**DEBIDO PROCESO / ACCIÓN DE TUTELA / REQUISITOS GENERALES DE PROCEDIBILIDAD**

Como quiera… que en la presente tutela se ataca una providencia emitidas por una autoridad judicial, es indispensable estudiar de manera inicial lo relacionado con la viabilidad de la acción a efectos de revisar la citada providencia, en tanto para ello deben cumplirse los presupuestos generales fijados en la SU-215 de 2022, es decir, que: (i) se acredite la legitimación en la causa; (ii) la providencia cuestionada no sea un fallo de tutela…; (iii) cumpla las exigencias de subsidiariedad e inmediatez, y (iv) identifique con claridad los hechos y los derechos vulnerados o amenazados…

**DEBIDO PROCESO / ACCIÓN DE TUTELA / REQUISITOS ESPECÍFICOS DE PROCEDIBILIDAD**

Así mismo, se debe demostrar que la decisión o actuación cuestionada incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico, procedimental, fáctico, sustantivo, de motivación, error inducido, desconocimiento del precedente o violación directa de la Constitución (SU215 de 2022, C-590/05 y T-332/06), e igualmente en punto del presupuesto de la subsidiariedad, quien acude a la tutela debe haber agotado todos los mecanismos de defensa judicial que el ordenamiento jurídico pone a su disposición en el proceso que la motiva, para salvaguardar sus derechos…

**DEBIDO PROCESO / TUTELA CONTRA DECISIÓN JUDICIAL / CARGA ARGUMENTATIVA**

Es de recordarse también, que la Corte Suprema de Justicia ante la interposición de acciones de constitucionales contra providencias judiciales, ha expresado que si bien la tutela procede contra las mismas, en aplicación de los anteriores criterios de procedibilidad, quien la ejercite tiene una mayor exigencia argumentativa, puesto que no puede quedarse simplemente en el planteamiento de censuras y omitir su demostración, sino que por el contrario debe probar de forma irrefutable que se incurrió en un error garrafal por el funcionario y por ello la providencia que está amparada por la presunción de acierto y legalidad no es ajustada a derecho…

**DEBIDO PROCESO / DERECHO DE DEFENSA / ASISTENCIA TÉCNICA**

… la jurisprudencia constitucional le ha dado un superlativo realce al derecho a la defensa, cuando expresó que es: “[…] la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como ejercitar los recursos que la ley otorga”. Igualmente, respecto a la asistencia técnica, se ha indicado que la misma: “[…] puede ser ejercida por un abogado de confianza o por uno asignado por el Estado…”

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente

**CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

Pereira, once (11) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Acta de Aprobación No. 1124

Hora: 9:30 a.m.

Radicación: 66001220400020230014800

1.- VISTOS

Procede la Sala a decidir la tutela instaurada por el señor **JACM**, en contra del **Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas (Rda.)**, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, libertad, vida digna y mínimo vital.

2.- SOLICITUD

Aduce el señor **JACM** que el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas (Risaralda), lo condenó en septiembre 13 de 2023, a la pena de 48 meses de prisión y multa de $3.550.000,00 como responsable del delito de omisión de agente retenedor o recaudador, sin concederle el subrogado de la suspensión de la ejecución de la pena. Señala que pese a estar probada su deuda ante la DIAN, el abogado que lo asistió no le presentó como alternativa las rebajas que tendría de allanarse a cargos, lo que le sería favorable, y del argumento que expresó la defensa en el fallo se puede observar su falta de interés en el asunto, y al elevar escrito al juzgado donde dio cuenta de la vulneración de su derecho a la defensa, sus pretensiones le fueron negadas, por cuanto la sentencia se encuentra ejecutoriada, y al carecer de conocimientos jurídicos o recursos para ejercer su defensa, se le designó un abogado de oficio, y aunque en algunas etapas se le preguntó si quería apelar el fallo, respondió desconocer qué era una apelación y las implicaciones que ello podría traer en su beneficio, máxime que su defensor tampoco impugnó. Agrega que por su condición económica no pudo llegar a un arreglo con la DIAN para el pago de lo adeudado.

Pide en consecuencia, se protejan los derechos que estima quebrantados y se ordene al Juzgado que decrete la nulidad de lo actuación, o en su defecto, se le permita interponer recurso contra la sentencia allí proferida.

3.- CONTESTACIÓN

El despacho por auto de septiembre 28 de 2023, admitió la tutela y dispuso correr traslado de la misma al juzgado accionado, a la vez que vinculó de manera oficiosa a quienes intervinieron en el proceso penal que se adelantó en su contra en el despacho judicial accionado, bajo radicación 661706000066-2018-00804-00 -fiscal, defensor apoderado de víctimas, agente del Ministerio Público-, así como al Juzgado donde se le formuló imputación, frente a lo cual se obtuvieron las siguientes respuestas:

- *El titular del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas (Rda.),* luego de hacer una relación de la actividad procesal desarrollada en el proceso que se surtió contra el señor **JACM**, informó que si bien en dicho caso se presentó una mora, lo fue por cuanto el procesado fue insistente, con llamadas a la Secretaría e incluso al acudir en forma personal al despacho, para que le dieran tiempo de conseguir el dinero y cancelar lo adeudado a la DIAN, y al no ser mucha la cantidad, a ello se accedió, pero ante la proximidad de la prescripción no se accedió más a sus peticiones, en su mayoría telefónicas. Señala que el despacho, al emitir el fallo, se apegó a lo dispuesto por este Tribunal en relación con la incorporación de documentos privados a juicio, y por consiguiente no se avizora vulneración de derechos al señor **JACM**, quien siempre contó con defensa técnica, el cual tiene amplia experiencia en materia penal.

*- El titular del Juzgado Segundo Penal Municipal de Dosquebradas (Reda.), con funciones mixtas,* aduce que en marzo 07 de 2019 se realizó la audiencia de formulación de imputación contra **JACM** por la conducta de omisión de agente retenedor o recaudador, pero en punto de lo pedido por el actor, ello escapa de su competencia, toda vez que el procedimiento que ataca el actor se realizó ante el juez de conocimiento, por lo cual pide su desvinculación de este asunto.

- Las demás personas vinculadas, guardaron silencio.

4.- PRUEBAS

Se tuvieron en cuenta los documentos aportados por cada una de las partes.

5.- Para resolver, SE CONSIDERA

El Tribunal es competente para fallar este caso de conformidad con la facultad consagrada en la Constitución Política en su artículo 86 y en los Decretos 2591/91 y 1382 de 2000, modificado por el 1069 de 2015 y este a su vez por el 1983 de 2017 y el 333 de 2021.

**5.1.- Problema planteado**

Corresponde establecer a la Sala si por parte del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas (Rda.), se han quebrantado los derechos fundamentales del actor.

**5.2.-** **Solución a la controversia**

De lo arrimado al dosier se aprecia que el señor **JACM** fue condenado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas (Rda.), a una pena de 48 meses de prisión y multa de $3.550.000,oo como responsable del delito de omisión de agente retenedor o recaudador, sin concederle el subrogado de la suspensión de la ejecución de la pena, habiéndose ordenado su captura, determinación que se encuentra ejecutoriada, y considera que se vulneraron sus derechos ante la falta de defensa técnica, al no haberse interpuesto alzada por su apoderado, y carecer él mismo de conocimientos jurídicos para obrar en ese sentido, como así lo entiende la Sala de su argumentación. Ante ello pide se decrete la nulidad de lo actuado, o se le conceda la posibilidad de interponer el recurso de apelación contra el fallo de condena.

Como quiera entonces, que en la presente tutela se ataca una providencia emitidas por una autoridad judicial, es indispensable estudiar de manera inicial lo relacionado con la viabilidad de la acción a efectos de revisar la citada providencia, en tanto para ello deben cumplirse los presupuestos generales fijados en la SU-215 de 2022, es decir, que: **(i)** se acredite la legitimación en la causa; **(ii)** la providencia cuestionada no sea un fallo de tutela -excepto que se acredite que el mismo es producto de una situación de fraude-[[1]](#footnote-1), “ni una decisión proferida con ocasión del control abstracto de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, como tampoco la que resuelva el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad por parte del Consejo de Estado[[2]](#footnote-2)”; **(iii)** cumpla las exigencias de subsidiariedad e inmediatez, y **(iv)** identifique con claridad los hechos y los derechos vulnerados o amenazados y la discusión haya sido planteada dentro del proceso judicial.

Así mismo, se debe demostrar que la decisión o actuación cuestionada incurrió en **una vía de hecho** por defecto orgánico, procedimental, fáctico, sustantivo, de motivación, error inducido, desconocimiento del precedente o violación directa de la Constitución (SU215 de 2022, C-590/05 y T-332/06), e igualmente en punto del presupuesto de la subsidiariedad, quien acude a la tutela debe haber agotado todos los mecanismos de defensa judicial que el ordenamiento jurídico pone a su disposición en el proceso que la motiva, para salvaguardar sus derechos, en aras de la protección de los postulados de autonomía e independencia de la función jurisdiccional; no obstante, la jurisprudencia ha sostenido que en acciones contra providencias o procedimientos judiciales, esta limitante se estructura cuando: **(i)** existe un proceso judicial en curso, **(ii)** los medios de defensa judicial que el procedimiento ofrece al actor no se han agotado, y **(iii)** es utilizada para sustituir al funcionario judicial en la función jurisdiccional que le es propia, o para revivir etapas procesales donde no se utilizaron los mecanismos de impugnación disponibles (C.C. sentencia T-103/2014) [[3]](#footnote-3).

Es de recordarse también, que la Corte Suprema de Justicia ante la interposición de acciones de constitucionales contra providencias judiciales, ha expresado[[4]](#footnote-4) que si bien la tutela procede contra las mismas, en aplicación de los anteriores criterios de procedibilidad, quien la ejercite tiene una mayor exigencia argumentativa, puesto que no puede quedarse simplemente en el planteamiento de censuras y omitir su demostración, sino que por el contrario debe probar de forma irrefutable *que se incurrió en un error garrafal por el funcionario* y por ello la providencia que está amparada por la presunción de acierto y legalidad *no es ajustada a derecho*, de forma que se haga necesaria la intervención del juez de tutela en el conocimiento de un proceso que por su naturaleza recae en el juez ordinario.

Para el caso en ciernes, el accionante estima que con la decisión del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas (Rda.), se vulneran, entre otros, el derecho fundamental al debido proceso, e igualmente, como así lo entiende la Sala, el de contradicción, por cuanto dada la “falta de interés” de quien lo asistió jurídicamente en tal actuación, se no se presentaron alternativas para obtener las rebajas por allanarse a cargos, así como de lo expuesto por este en el juicio -más concretamente en las alegaciones finales-, y finalmente por no haber interpuesto recurso contra el fallo que le resultó adverso.

En este asunto en particular, considera la Sala que se cumplen con las exigencias para ingresar al estudio de fondo de esta actuación, por cuanto evidentemente nos encontramos ante una asunto que tiene relevancia constitucional, al encontrarse en juego no solo los derechos a la defensa y doble instancia como componentes del debido proceso, sino también el de la libertad del señor **JACM**, frente al cual se ordenó librar orden de captura, luego de ser hallado responsable del delito que se le imputó y por el que fue acusado, lo que al parecer, como así lo da cuenta, se dio por ausencia de defensa técnica, y más relevante aún, que frente a la aludida decisión no procede recurso alguno, por cuanto al no haberse interpuesto alzada, el fallo cobró firmeza y por lo mismo el actor carece de la posibilidad de acudir a otro medio de defensa judicial que sea idóneo o eficaz para controvertir las circunstancias que denota en curso de este trámite, aunado a que también se suple el requisito de la inmediatez.

Lo primero a significar, es que la jurisprudencia constitucional[[5]](#footnote-5) le ha dado un superlativo realce al derecho a la defensa[[6]](#footnote-6), cuando expresó que es: “[…] la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como ejercitar los recursos que la ley otorga”[[7]](#footnote-7). Igualmente, respecto a la asistencia técnica, se ha indicado[[8]](#footnote-8) que la misma: “[…] puede ser ejercida por un abogado de confianza o por uno asignado por el Estado. El derecho de postulación es el “que se tiene para actuar en los procesos, como profesional del derecho, bien sea personalmente en causa propia o como apoderado de otra persona”. Ahora bien, “no se trata de disminuir la capacidad para comparecer en proceso, sino de reglamentar su ejercicio en defensa de los mismos interesados y de la profesión de abogado que, por su contenido social merece protección[[9]](#footnote-9)”.

Ahora, de lo expuesto por el señor **JACM** se advierte que el mismo da cuenta que al parecer careció en curso del proceso penal de una defensa técnica idónea, pero frente a esa postura, debemos empezar por señalar, como de tiempo atrás lo ha dicho la Sala de Casación Penal, es deber del censor no sólo criticar la gestión adelantada por su apoderado judicial, sino que también tiene el deber de enseñar como otra hubiese sido su suerte de haberse variado la estrategia defensiva. Al respecto se ha indicado:

*“Las simples discrepancias frente a la estrategia de defensa del abogado que actuó en el proceso no resultan suficientes para estructurar la afectación del derecho fundamental. Tampoco la genérica referencia a que se vulneró su derecho a la defensa técnica, pero en momento alguno explicó las razones para hacer tal afirmación.*

*El accionante debió precisar i) la falencia específica de la decisión de segunda instancia, ii) la alternativa de defensa que se tenía y que no fue utilizada por el defensor y iii) la transcendencia de esos errores en las determinaciones adoptadas de modo tal que implicaran la modificación del fallo en algún aspecto específico.*

*7.3. Sobre la formulación de este tipo de planteamientos en sede de tutela, ha señalado esta Corporación (STP15411- 2021):*

*En el presente caso el fallo objeto de impugnación merece ser confirmado, pues como ahí se dijo, la demanda se quedó corta en la prueba de* ***trascendencia*** *de la supuesta falta de defensa técnica que en ella se planteó. Recuerda la Sala que cuando se habla de probar la* ***trascendencia*** *de este vicio, lo que se propone es la observancia objetiva del proceso penal, las pruebas practicadas, las providencias que en su curso se dictaron, para, a partir de tales elementos ónticos y concretos, establecer que mediante la ejecución de un acto de defensa especial o una estrategia defensiva diferente, otra hubiese sido la suerte del encartado. Ahora bien, esa tarea está a cargo del demandante. Recordemos que la decisión judicial en firme, constituye una expresión de la judicatura que se presume* ***legal*** *y* ***acertada,*** *razón por la cual,* ***quien denuncia lo contrario, debe probarlo****.*

***En conclusión, el demandante incurrió en profundas deficiencias al momento de plantear su demanda, pues se conformó sólo con denunciar la falta de defensa técnica desde una óptica pasiva, omitiendo demostrar qué consecuencias tendría otra estrategia defensiva ejecutada activamente.”*** [[10]](#footnote-10)*-negrillas de la Sala-*

En este caso, el señor **JACM** esgrime que existió una falta de defensa técnica, toda vez que el abogado que lo asistió en curso del proceso en su contra, esto es, el Dr. JUAN ESTEBAN HENAO HENAO[[11]](#footnote-11), no le dio alternativas para allanarse a cargos, lo que sería más beneficioso e igualmente por lo que este expuso en juicio -el actor transcribió en la tutela el resumen de las alegaciones finales del letrado-, a voces del actor, se demuestra su falta de interés en el proceso.

Pues bien, con miras a determinar lo pertinente, debe la Sala empezar por decir, que al revisar el registro de la audiencia de formulación de imputación, llevada a cabo en marzo 07 de 2019 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con función de control de garantías de Dosquebradas (Rda.), en la que intervinieron la Fiscalía 8ª Seccional de Dosquebradas, el Procurador 150 Judicial II Penal, el defensor del procesado y el imputado **JACM**, se advierte que una vez la delegada del ente acusador hizo alusión a la situación fáctica**,** consistente en que **Córdoba Moreno** como representante legal de la Corporación CLUB SOCIAL LEÑA VERDE, omitió el deber de consignar las sumas recaudadas **-atinentes al impuesto al consumo-** por los siguientes períodos así: ***(i)*** *06 de 2016 por valor de $636.000,oo;* ***(ii)*** *períodos 01, 02, 03, 04, 05 y 06 de 2017, por valores de $497.000,oo, 463.000,oo y $472.000,oo, $429.000, $380.000 Y 515.000,oo, respectivamente;* ***(iii)*** *período 02 de 2019, por valor de $366.000,oo, y* ***(iv)*** *por impuesto al IVA período 01 de 2018 por $422.000,oo,* razón por la cual se le formuló imputación por la conducta de **OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR**, contemplada en el canon 402 C.P., a la vez que refirió:

 “la Fiscalía también le informa al señor ALFREDO CÓRDOBA que en el evento de que usted cancele las sumas adeudadas a la DIAN con sus intereses y sanciones tributarias, a Fiscalía solicitara la preclusión de la investigación por pago. En este momento la Fiscalía le ofrece tres posibilidades, usted tiene la posibilidad de guardar silencio, tiene otra posibilidad de no aceptar cargos, en caso de que usted no acepte cargos tendrá derecho a ir a un juicio que es público y oral ante un juez de conocimiento en el que podrá presentar las pruebas que se dice en su defensa y controvertir las que la fiscalía le presente en ese momento, y tiene una tercera posibilidad que es la de aceptar cargos, en caso de que usted acepte cargos en esta audiencia, tendrá derecho de una rebaja hasta de un 50% de la pena imponible que será ya ante un juez de conocimiento quien definirá en cuanto le queda a usted la pena, pero es un 50% porque no se trata en situación de flagrancia”.[[12]](#footnote-12)

Culminada dicha intervención, al momento de preguntársele por parte de la a-quo al señor **JACM** si entendió lo que la Fiscalía acabó de manifestar, este indicó “no muy bien”, y al requerirlo para indicar quién, ante lo cual nuevamente la fiscal, palabras más, palabras menos, le hace nuevamente una narración del aspecto fáctico para referirle que inicialmente le fue puesta una denuncia por el no pago de unos impuestos al consumo, que fue luego adicionada por otros períodos por similar impuesto y finalmente se adicionó una tercera por el no pago de un impuesto a las ventas, por cuanto al parecer no le canceló dichos valores a la DIAN, pese a los cobros prejurídicos que adelantó para que se allanara al cumplimiento de lo adeudado, ante lo cual hizo caso omiso, por lo cual se arrima la documentación pertinente a la Fiscalía, siendo ello lo que ahora se le imputa, ante lo cual podrá decir si está de acuerdo o no, esto es, si acepta los cargos o no lo hace, al final de lo cual nuevamente el indiciado dice **“yo no entendí”.**

Ante lo acaecido, la juez señala que luego de que la Fiscalía hiciera una explicación más clara acerca de los hechos por los cuales se le formula cargos, le quiere preguntar cuál de las tres propuestas escoge, si acepta cargos, si no lo hace o decide guardar silencio, previo a hacerle ver los derechos que tiene, y que en caso de aceptar obtendrá una rebaja de hasta el 50% de la pena, sin que exista posibilidad de retractarse, y al estar asistido por un abogado, si lo desea puede dialogar con el mismo, ante lo cual el señor **JACM**, dice: **“hablar con el abogado”**.

Finalmente, y luego del dialogo que sostuvo con su defensor, la juez le reitera los derechos que le asisten, entre ellos la rebaja por la aceptación de cargos, para indicar **“no acepto”.** Al cabo de ello y al concedérsele la palabra al apoderado que lo asistió, este dejó constancia en el sentido que **“mi prohijado fue debidamente asesorado antes y durante esta audiencia”.**

De ese necesario recuento, de lo sucedido en la audiencia de formulación de imputación, puede decirse, sin lugar a equívocos, que si bien en principio el señor **JACM**, mostró su incertidumbre frente la situación fáctica que la Fiscalía planteó en un principio, lo que incluso se mantuvo posteriormente, luego de que la funcionaria nuevamente hiciera alusión al aspecto fáctico, lo que se evidencia de lo allí plasmado es que pese a que para la Sala la exposición de los hechos jurídicamente relevantes por parte de la Fiscalía pudieron haber sido más concretos, con miras a un mejor entendimiento del procesado, lo que incluso podía haber hecho la juez, a la postre lo que allí se evidenciaba es que adeudaba al erario público diversas sumas de dinero por concepto de impuesto al consumo y de IVA, y que en caso de pagarlas, podría conllevar que fuera acreedor a la preclusión o lo que es lo mismo a la terminación del proceso a su favor por pago, pero de lo contrario y de aceptar cargos podría ser merecedor a una rebaja del 50% de la pena impuesta.

Para la Sala entonces, en contravía de lo esgrimido por el señor **JACM**, de lo allí evidenciado, aunado a la posibilidad que tuvo de ser asesorado por un defensor público de amplia trayectoria en la región, se tiene que este sí fue debidamente enterado de los cargos por los cuales se llamaría a juicio, esto es, por no haber pagado impuestos al Estado, lo que comporta una sanción penal, situación que en principio no traería ninguna clase de complejidad para entender por parte de un comerciante como lo es el acá accionante, a la vez que allí se le indicó que de cancelar la misma podría ser merecedor a la terminación del proceso, o en su defecto, de aceptar cargos, que se haría acreedor a una rebaja de hasta el 50% de la pena.

De ahí que lo expuesto por el actor, en el entendido que no fue bien asesorado acerca de la conducta por la que era imputado y de las posibilidades que tenía de allanarse para obtener una rebaja, no es correcta, en tanto la situación fáctica acaecida en ese momento procesal, da cuenta de lo contrario y aunque si bien es cierto, al principio el señor **CÓRDOBA** adujo no entender lo que sucedía, finalmente, se reitera, dada la nueva explicación de la Fiscalía y el asesoramiento que le brindó su defensor, se advierte que tomó la decisión que consideraba más apropiada para el ejercicio de su defensa, como era el de no aceptar cargos.

En ese orden no advierte la Sala vulneración alguna a los derechos fundamentales del señor **JACM** al momento en que la Fiscalía le formuló cargos por el ilícito de omisión de agente retenedor o recaudador.

Ahora, en relación con supuesta falta de interés de la defensa, para atender su caso, debe decir la Sala, que si bien es cierto, acorde con la información arrimada a la Sala, la defensa no aportó pruebas para practicar en sede de juicio oral, ello *per se*, no es suficiente para pregonar una falta de defensa técnica, toda vez que el silencio igualmente puede ser una estrategia defensiva, aunado a que en este caso, como se aprecia de lo sucedido en juicio oral, la Fiscalía, acorde con pronunciamiento de esta Corporación, ingresó a juicio oral, como prueba directa, sin requerir para ello testigo de acreditación, el raudal probatorio que daba cuenta que el señor **JACM**, en efecto adeudaba a la DIAN, para el momento del juicio oral el pago del impuesto al consumo correspondiente a los períodos 03 de 2017 por $472.000,oo; 06 de 2017 por $515.000,oo; 01 de 2018 por $422.000,oo; y 02 de 2018 por $366.000,oo.

Si la defensa no arrimó prueba para desvirtuar lo pretendido por la DIAN, lo fue por cuanto al parecer careció de elemento alguno para controvertirlo, aunado a que, como así lo indicó el a-quo, la actuación incluso se suspendió en diversas ocasiones, con miras a atender la petición del señor **JACM**, con el fin de ponerse al día con sus obligaciones tributarias, lo que al parecer cumplió parcialmente, por cuanto al final de cuentas, existieron algunas de ellas que no canceló y que a la postre conllevó a que se continuara con el trámite.

Ahora aunque se queja el actor de lo plasmado en el fallo por su defensor, específicamente en punto de los alegatos conclusivos, lo cual lo lleva a pregonar su falta de interés en este asunto, contrario a ello, de ese resumen contenido en la sentencia, lo que se advierte es que el letrado consideró en contravía de lo referido por el ente acusador, que los elementos probatorios que se arrimaron a juicio se hizo de forma indebida al no existir testigo de acreditación, exigencia que se debe tener en cuenta para los documentos privados que allí se arrimaron, por lo cual pidió se emitiera un fallo a favor del señor **JACM**. Esa disertación, fue objeto de análisis por parte del a-quo en su fallo, y para controvertir lo expuesto por la defensa, trajo a colación decisión que emitió esta misma Sala[[13]](#footnote-13), donde se determinó que con los requisitos allí exigidos, los documentos privados podrían incluso ingresar a juicio oral sin necesidad de testigo de acreditación, conforme lo dispuesto por el artículo 244 del Código General del Proceso, siempre y cuando no hubiesen sido tachados de falsos.

No puede en consecuencia, tildarse, como lo hace el señor **JACM** de una falta de interés de la defensa, en tanto como se sabe la defensa técnica igualmente debe contar con la colaboración del procesado para arrimar a juicio las pruebas que considere pertinentes para demostrar su inocencia o por lo menos controvertir las pruebas de la Fiscalía, pero lo que acá se sabe es que el procesado, solo procuró el pago de las obligaciones tributarias, para lo cual pidió el aplazamiento del juicio, a lo que accedió el despacho, con el fin de que este pudiera ponerse al día con sus tributos, pero finalmente solo alcanzó a hacerlo con algunas de ellas, lo que a la final conllevó a que se dictara un fallo de condena en su contra.

De ello, aprecia la Sala que no puede tildarse tampoco como de vulneración al derecho a la defensa técnica, el que no se hubieran presentado pruebas en curso del juicio oral, en tanto se sabe que la labor defensiva no puede quedar en manos exclusivamente de la defensa técnica, sino que el procesado, en ejercicio de su defensa material también puede colaborar a su abogado con la consecución de elementos de prueba, lo que acá al parecer no acaeció.

Ahora, situación diferente, como se verá, es lo que acaeció ya en curso de la finalización del juicio y específicamente luego de la emisión del fallo de condena, donde, en sentir de la Sala, sí se generó un quebrantamiento al derecho a la **defensa material** y a la doble instancia que le asistía al señor **JACM** para interponer alzada contra el fallo que lo halló responsable del delito de omisión de agente retenedor y por el cual, una vez en firme, se ordenó captura en su contra para su posterior reclusión en centro carcelario.

A ese respecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha plasmado:

“El derecho a la defensa material, en el contexto del sistema penal acusatorio, tiene varias connotaciones, por ejemplo, la facultad que le asiste al procesado de presentar alegatos introductorios y conclusivos, **interponer recursos**, elevar solicitudes y peticiones de diferente índole, interrogar a los testigos directamente, pedir pruebas y guardar silencio o renunciar a hacerlo.

[…]

De lo anterior puede concluirse preliminarmente que toda persona sometida a procesamiento penal tiene el derecho, legal y constitucionalmente reconocido, **de ejercer materialmente su propia defensa**, […]” [[14]](#footnote-14)

Con miras a dilucidar lo que acaba de plantearse, considera la Sala necesario igualmente traer a relevancia lo que en ese momento procesal acaeció, específicamente una vez el a-quo dictó el fallo, así: 58:02

“**Juez:** la presente decisión queda notificada en estrados, contra la misma procede el recurso de apelación que de interponerse debe hacerse en esta misma audiencia. ¿Señora fiscal?

**Fiscal:** sin interés de recurrir señor juez.

**Juez:** ¿apoderada de víctimas?

**Apoderada de víctimas:** conforme con su decisión señor juez.

**Juez:** ¿señor defensor?

**Defensor:** sin elementos con que interponer recursos su señoría.

**Juez:** ¿señor JOSÉ ALFREDO?

**José Alfredo:** ¿Aló?

**Juez:** si escuchó la decisión señor JOSÉ ALFREDO, ¿cierto?

**José Alfredo:** si, uno no entiende mucho porque eso tiene mucho cuento [el procesado habló algo más pero el juez lo interrumpe sin poder entenderse en debida forma qué dijo el procesado].

**Juez:** bueno, va a interponer recurso de apelación, ¿algún recurso?

**José Alfredo:** ¿yo?

**Juez:** sí

**José Alfredo:** Pues yo le había dicho a mi defensa, que propusiera que yo.

**Juez:** no, no, ya usted escuchó el señor defensor, que el señor defensor no interpuso ningún recurso, ¿usted?

**José Alfredo:** ah, no, yo el único recurso que interpongo, era que yo había propuesto como yo soy de la junta de Asobares, ellos en vista de mi situación dijeron que propusiera que yo iba a pagar esa deuda en once meses, porque ellos se iban a poner de acuerdo para recoger mensualmente.

**Juez:** ya, ya, listo don JOSÉ ALFREDO. La manifestación que hace el señor JOSÉ ALFREDO, pues no tiene, no está pues impugnando la decisión y entonces, al no interponerse ningún recurso, se declara legalmente ejecutoriada esta decisión y se dispone su envío a los jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de este Distrito para la vigilancia de la sanción impuesta.” [[15]](#footnote-15)

De lo allí sucedido se evidencia, que pese al desconocimiento jurídico que demostró tener el señor **JACM**, si se percibió su intención de mostrar la inconformidad contra el fallo emitido en su contra, no obstante, ya fuera por premura, incuria o indiferencia del a-quo, sin dejar de lado el silencio que a ese respecto mostró quien asistía jurídicamente al allí procesado, en lugar de proceder a explicarle en debida forma de lo que se trataba dicho momento procesal, decidió finiquitar de raíz el trámite, declarando ejecutoriado el fallo al considerar que lo manifestado por el señor **JACM** no era una apelación frente a su decisión.

Para la Sala, lo correcto ante una situación de tal naturaleza, con el fin de propender por un mejor entendimiento del acusado, quien se sabe no es abogado, como acá se vio, era que el funcionario judicial, incluso por qué no decirlo, su propio defensor, procedieran a explicarle que frente al proveído que se adoptó en su contra, al haber sido hallado penalmente responsable del delito de omisión del agente retenedor, donde se le condenó a una pena de 48 meses de prisión, así como al pago de una multa, a la vez que se dispondría su captura, tenía derecho a impetrar recurso de apelación en ese mismo instante, pero que podía ser sustentado verbalmente allí o por escrito dentro de los cinco (05) días siguientes, para que el superior funcional revisara la actuación.

De ello como viene de verse nada se hizo, y el juez, pareció entender que todos los presentes tenían plenos conocimientos en derecho y que debían conocer la temática de dicho procedimiento, cuando claramente se advirtió que el señor **JACM** estaba totalmente desubicado de lo que podría ser la interposición de un recurso contra el fallo que le resultó adverso, sin que el funcionario judicial le brindara claridad al respecto y por el contrario, como se observó en el registro de esa audiencia, en lugar de ilustrarlo, lo que hizo fue interrumpirlo en su exposición, y por consiguiente quedó en el vacío si en realidad entendió lo que sucedía en tal momento.

Es cierto, a no dudarlo que el defensor técnico del señor **JACM** manifestó no interponer alzada al no contar con elementos para rebatir la decisión judicial, pero el que ello fuera así, no le impedía al sentenciado, en ejercicio de su defensa material, acceder a una segunda instancia para que se estudiara el asunto, ya fuera porque él mismo sustentara su inconformidad o se valiera de otro letrado para hacerlo dentro de los plazos que el ordenamiento procedimental estipula.

Para la Sala, en casos como este, no puede prevalecer la defensa técnica por sobre la material, en tanto en manos del procesado también está la posibilidad de oponerse a las determinaciones judiciales que le sean contrarias, y por tal motivo puede efectuar de manera directa actos defensivos, precisamente en ejercicio del derecho constitucional a la defensa, como garantía del debido proceso, como así lo tiene decantado la Corte Constitucional ha señalado:

“3.2. Una de las principales garantías del debido proceso, es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, “de ser oíd[a], de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga”[[16]](#footnote-16).

La jurisprudencia constitucional ha destacado la importancia del derecho a la defensa en el contexto de las garantías procesales, señalando que con su ejercicio se busca “impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado”[[17]](#footnote-17). Acorde con ello, ha reconocido igualmente que el derecho de defensa es una garantía del debido proceso de aplicación general y universal, que “constituyen un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico”[[18]](#footnote-18).”[[19]](#footnote-19)

De igual manera y en relación con el derecho de alzada o doble instancia, la Corte Constitucional ha sostenido que *“[…] el recurso de apelación forma parte de la garantía universal de impugnación que se reconoce a quienes han intervenido o están legitimados para intervenir en la causa, con el fin de poder obtener la tutela de un interés jurídico propio, previo análisis del juez superior quien revisa y corrige los defectos, vicios o errores jurídicos del procedimiento o de la sentencia en que hubiere podido incurrir el a-quo...*”[[20]](#footnote-20)” [[21]](#footnote-21).

En conclusión, y sin lugar a mayores disquisiciones, con fundamento en todo lo anterior, considera la Sala que en este evento en particular, en curso de la audiencia de lectura de sentencia, se evidencia que el señor JACM, no fue debidamente enterado por el a-quo de la posibilidad que tenía de recurrir la sentencia, ya fuera de manera oral o por escrito, y aunque se evidencia que el sentenciado, pese a sus desconocimientos en derecho, sí dio a entender su inconformidad con lo decidido, ante la falta de ilustración y premura del a-quo por finalizar la audiencia, se quebrantaron sus derechos fundamentales a la defensa material, y a la doble instancia, como componentes del debido proceso que le asistía en dicha actuación.

Por lo antes mencionado, se ordenará dejar sin efectos la ejecutoria de la sentencia proferida en septiembre 13 de 2023 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas (Rda.), por medio de la cual se condenó al señor **JACM** como autor responsable del delito de omisión del agente retenedor o recaudador, e igualmente se ordenará al a-quo que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta decisión, convoque nuevamente a quienes intervinieron en dicho asunto, para reanudar la audiencia de notificación en estrados del aludido fallo, con la finalidad de que en la misma, explique con la debida claridad al allí acusado, en qué consiste el recurso de apelación, y que de estar interesado en recurrir el fallo, deberá interponer la alzada en esa ocasión, pero que la sustentación, si bien puede presentarla en esa oportunidad de forma oral, también lo podrá hacer dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes. Una vez finiquitado lo anterior, se procederá por parte del a-quo a impartir al trámite el procedimiento de ley.

Como consecuencia, se ordena también al funcionario de primer nivel, que comunique lo pertinente al Juzgado de Ejecución de Penas al que se remitió el proceso, en tanto deberá retomar su conocimiento para dar cumplimiento a lo dispuesto por la Sala, e igualmente que de manera inmediata deberá proceder a cancelar la medida restrictiva de la libertad que se ordenó en contra del señor **JACM**, una vez cobrara firmeza el fallo proferido, al haber quedado sin efectos.

6.- DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República, por mandato de la Constitución y de la Ley,

FALLA

**PRIMERO: SE TUTELAN** los derechos fundamentales a la defensa y doble instancia, como componentes del debido proceso del que es titular el señor **JACM**, quebrantados por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas (Rda.).

**SEGUNDO:** Como consecuencia de ello, **SE ORDENA DEJAR SIN EFECTOS** la **ejecutoria de la sentencia emitida en septiembre 13 de 2023**, en contra del señor **JACM** por el delito de **omisión del agente retenedor o recaudador,** y en su lugar, se ordena al titular del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas (Rda.), que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, convoque nuevamente a quienes intervinieron en dicho asunto, para reanudar la audiencia de notificación en estrados del aludido fallo, con la finalidad de que proceda a explicarle al procesado con la debida claridad, en qué consiste el recurso de apelación, y que de estar interesado en recurrir el fallo, deberá interponer la alzada en esa mismo instante, pero que la sustentación, si bien puede presentarla en esa oportunidad de manera oral, también lo podrá hacer dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes. Una vez finiquitado lo anterior, se procederá por parte del a-quo a impartir a la actuación el procedimiento de ley.

**TERCERO:** Como consecuencia, se ordena al funcionario de primer nivel, que comunique lo pertinente al Juzgado de Ejecución de Penas al que se remitió el trámite, en tanto deberá retomar su conocimiento para dar cumplimiento a lo dispuesto por esta Sala, e igualmente procederá a cancelar de manera inmediata la medida restrictiva de la libertad -orden de captura- que emitió en contra del señor **JACM**, habida cuenta que la ejecutoria del fallo quedará sin efectos, con ocasión de lo acá decidido.

**CUARTO:** Si el fallo no fuere impugnado, remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

1. La única excepción a esta regla tiene que ver con la doctrina de la cosa juzgada fraudulenta y el principio del fraude todo lo corrompe. Al respecto ver, entre otras, las Sentencias: T-218 de 2012 y T373 de 2014 M.P. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver: Sentencia SU-074 de 2022. [↑](#footnote-ref-2)
3. Cfr. Sentencia SU-074 de 2022. [↑](#footnote-ref-3)
4. CSJ STP, 22 sept. 2015, Rad. 81747 [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia SU-116 de 2018. [↑](#footnote-ref-5)
6. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 25) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14), considera que el derecho a la protección judicial, salvaguarda al ciudadano frente al ejercicio arbitrario del poder público, y que ese “es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos”. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia C-025 de 2009. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia T-018 de 2017. [↑](#footnote-ref-8)
9. Devis Echandía, Hernando. Tratado de Derecho Procesal Civil. Citado en el Auto 025 de 1994. [↑](#footnote-ref-9)
10. CSJ STP2625-2022, 01 feb. Rad.121466. [↑](#footnote-ref-10)
11. Como se advierte del link que aportó el Juzgado del Circuito. Abogado reconocido en la región, quien por muchos años ha laborado al servicio de la Defensoría Pública en el municipio de Dosquebradas. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ver registro de audio a partir del minuto 14:29. [↑](#footnote-ref-12)
13. Auto de abril 24 de 2023, rad. 66 170 60 000391 2022 50058 01. M.P. Manuel Yarzagaray Bandera [↑](#footnote-ref-13)
14. CSJ AP6357-2015, 12 nov. Rad. 41198. [↑](#footnote-ref-14)
15. Ver registro de lectura de sentencia, a partir del minuto 58:02. [↑](#footnote-ref-15)
16. Sentencia C-617 de 1996. [↑](#footnote-ref-16)
17. Sentencia Ibídem. [↑](#footnote-ref-17)
18. Sentencia C-799 de 2005. [↑](#footnote-ref-18)
19. Sentencia C-025 de 2009. [↑](#footnote-ref-19)
20. Sentencia C-650 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [↑](#footnote-ref-20)
21. Sentencia C-782 de 2012. [↑](#footnote-ref-21)