



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

## SALA DE DECISIÓN PENAL

### APROBADO ACTA N° 088

Radicado: 05088-60-00200-2017-00460  
Procesado: Juan Esteban Zulucaica Carvajal  
Delito: Omisión del agente retenedor o recaudador  
Asunto: Defensor del procesado presenta recurso de queja  
Decisión: Concede  
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

**Medellín, 22 de agosto de 2022**

#### 1. ASUNTO.

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de queja interpuesto por el defensor contractual de Juan Esteban Zulucaica Carvajal, contra la decisión de la Juez Segunda Penal del Circuito de Bello-Antioquia, de declarar desierto el recurso de apelación por él interpuesto, por falta de sustentación dentro del término previsto.

#### 2. ANTECEDENTES PROCESALES.

**2.1.** El martes 26 de julio del año en curso –entre las 9:03 y las 9:38-, la Juez Segunda Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bello-Antioquia llevó a cabo audiencia de individualización de pena y sentencia, procediendo a darle traslado a las partes para que se pronunciaran sobre los aspectos consagrados en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal. Luego de ello, advirtió que ya tenía la sentencia lista la cual contaba con 11 páginas<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> Minuto 28:21 de la grabación.

preguntándole a las partes si la leía íntegramente o solo la parte resolutive a lo que al unísono contestaron que con la parte resolutive era suficiente y fue así como procedió la *a quo* a hacer lo propio condenando al ciudadano Juan Esteban Zuluca Carvajal a la pena principal de 45 meses de prisión y multa de \$16.594.933,33 tras hallarlo autor penalmente responsable del delito de Omisión del agente retenedor o recaudador, concediéndole para el efecto la prisión domiciliaria.

Posteriormente, se les preguntó a las partes si tenían interés en apelar a lo que tanto el Defensor como la Representante de la víctima – DIAN indicaron que interponían el recurso de apelación contra la sentencia, advirtiendo ambos que lo sustentarían por escrito, dentro del término de los 5 días consagrado en la ley. Acto seguido la Juez de primera instancia manifestó que dentro de los cinco minutos siguientes se les enviaría a las partes copia de la sentencia<sup>2</sup>.

**2.2.** Según consta en el expediente electrónico enviado a esta Sala por el Despacho de primera instancia, la sentencia fue enviada a los correos electrónicos de las partes al día siguiente, miércoles 27 de julio, a las 17:49 horas. Ese mismo día se expidió constancia secretarial en la cual se indica que a partir de ese día, 27 de julio desde las 8 de la mañana, se corría traslado a los apelantes a efectos de sustentar la alzada y que el término vencía el martes 2 de agosto a las 17 horas.

El miércoles 3 de agosto se profirió auto por medio de cual se declaraba desierto el recurso de apelación interpuesto por el Defensor y la Representante de la DIAN bajo el entendido de que, vencido el término otorgado por la ley, no habían sustentado el mismo. No obstante, en esa misma fecha la *a quo* debió expedir otro auto rectificando un error y concediendo el recurso de apelación a la Representante de la DIAN quien lo había sustentado debidamente desde el día anterior mediante correo electrónico enviado al Despacho a las 13:42 horas, mismo que no había sido visto por el Juzgado, ordenando correr el traslado a los no recurrentes y manifestando que, en lo demás, el primer auto se mantenía en firme, esto es, la declaratoria de desierto de la alzada interpuesta por el defensor.

---

<sup>2</sup> Minuto 33:10 de la grabación.

**2.3.** En esa misma fecha, 3 de agosto, el defensor del ciudadano interpuso el recurso de reposición en contra del segundo auto arguyendo que en la audiencia de lectura de sentencia llevada a cabo el 26 de julio solo se leyó la parte resolutive por lo que, una vez interpuestos los recursos, la Juez se comprometió a enviarles la sentencia dentro de los 5 minutos siguientes, cosa que solo se hizo el jueves 28 de julio.

Resaltó que para la elaboración del recurso es imperativo conocer la sentencia en su totalidad, para así determinar las razones que dieron lugar a la decisión y así poder sustentar la alzada. Es por ello que, desconociendo las razones de la sentencia se hace imposible realizar el recurso; los términos del artículo 179 del Código de Procedimiento Penal inician a correr desde ese momento y, en consecuencia, se surtirían el jueves 4 de agosto, fecha en la cual se cumplirían esos 5 días que confiere la norma, solicitando se revoque el auto y se le permita presentar el recurso dentro del término legal.

**2.4. Decisión de la *a quo*.** El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello-Antioquia, decidió no reponer y confirmar la decisión del mismo día 3 de agosto, en el entendido de declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el defensor del sentenciado Juan Esteban Zuluca Carvajal, por falta de sustentación.

Consideró la primera instancia que la reposición interpuesta no tiene un sustento de peso que pudiera considerarse, pues el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal es claro en lo atinente a que la sustentación debe hacerse a los cinco días siguientes a la lectura del fallo y no, a los cinco días siguientes a la remisión de la sentencia, como erróneamente lo afirmó el apoderado. Acotó además que si se tratara del tiempo en que se tuvo conocimiento de la sentencia condenatoria, el defensor contó entonces con cuatro días -entre el 28 de julio y el 2 de agosto-, para estudiar el contenido de la misma, por lo que no puede alegar su falta de conocimiento; distinto hubiese sido si el fallo se le hubiese enviado faltando un día para que se cumpliera el traslado de los recurrentes que, insiste, transcurrieron a posterioridad de la audiencia de lectura de fallo y no al momento de la remisión de la sentencia.

Resaltó además que, no solamente el apoderado del condenado indicó su intención de apelar el fallo, pues también lo hizo la Representante de la víctima – DIAN, quien también recibió el texto de la sentencia en la fecha señalada por el censor y sustentó dentro del término establecido en la ley.

**2.5.** El mismo 3 de agosto el defensor solicitó el trámite de queja afirmando que en atención al principio de economía procesal y lineamientos de la Corte, es viable realizar la sustentación del recurso antes de los tres días expuestos en el artículo 179D del Código de Procedimiento Penal. Argumentó el censor que este recurso representa un elemento de defensa que busca salvaguardar el principio de la doble instancia, por lo que solicita se dé trámite a lo señalado en el artículo 179B del Código del Procedimiento Penal. Arguye que, en este caso, mediante correo electrónico del pasado 3 de agosto se le notificó el auto por medio del cual la Juez Segunda Penal del Circuito de Bello-Antioquia declaró desierto el recurso de apelación por él interpuesto en audiencia del 26 de julio último, diligencia en la cual resalta, solo se leyó la parte resolutive.

Advierte que, como consta en el audio de dicha diligencia, al término de la lectura de la parte resolutive del fallo, una vez interpuestos los recursos, la *a quo* se comprometió a mandar la sentencia íntegra dentro de los 5 minutos siguientes, cosa que solo se hizo el jueves 28 de julio, es decir, dos días después. Señala que para la elaboración del recurso es imperativo conocer la sentencia en su totalidad, para así determinar las razones que dieron lugar a tal decisión y poder sustentar el disenso. Así las cosas, desconociendo las razones de la sentencia se hace imposible realizar la argumentación del recurso; él solo tuvo acceso a la sentencia el 28 de julio y por ello los términos del artículo 179 del Código de Procedimiento Penal comenzaron a correr desde ese momento y se surtirían el jueves 4 de agosto. Es ahí donde se cumplían esos 5 días, así lo entiendo la Defensa, por lo que solicita se revoque dicho auto y se le permita presentar la alzada, sin desconocerle los términos pues ello transgrede el derecho a la doble instancia, al debido proceso, el de defensa e incluso el de contradicción.

Resalta el censor que en el auto que resolvió sobre la reposición por él interpuesta se indica que a la fecha del día en que se declaró desierto el recurso de apelación ya habían pasado 4 días desde el envío de la sentencia, lo cual, considera, le da la razón de que al contabilizar los términos del artículo 179 se habla de 5 días que, itera, son después de conocer la sentencia. Solicita en consecuencia, se acceda a su solicitud, permitiéndole sustentar la alzada como debe ser.

### 3. CONSIDERACIONES

**3.1.** Es competente esta Sala para resolver el recurso de queja invocado por el defensor contractual de Juan Esteban Zuluca Carvajal, en razón de la calidad de superior funcional de la Juez que adoptó la decisión objeto de recurso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 179C del Código de Procedimiento Penal.

**3.2.** El recurso de queja está regulado por el artículo 179B del Código de Procedimiento Penal, adicionado por el 93 de la Ley 1395 de 2010, y que indica: *“Cuando el funcionario de primera instancia deniegue el recurso de apelación, el recurrente podrá interponer el de queja dentro del término de ejecutoria de la decisión que deniega el recurso.”*

Así entonces, el mecanismo previsto en el citado artículo procede cuando el funcionario de primera instancia niega el de apelación y tiene como finalidad preservar el principio de la doble instancia, por lo que su propósito es determinar si debe o no concederse la alzada, resultando ajeno al debate un pronunciamiento acerca del acierto o no del fondo de la decisión.

**3.3.** En el *sub examine*, la *a quo* declaró desierto el recurso vertical instaurado por el defensor en contra de la sentencia que condenó a Juan Esteban Zuluca Carvajal por el delito de Omisión del agente retenedor o recaudador, al considerar que el censor dejó vencer el término de cinco días conferido por el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal, para sustentar por escrito la impugnación interpuesta.

La discusión en este caso radica en establecer: (i) desde qué momento se debe contabilizar para las partes término que otorga la ley, si desde que se le da publicidad formal a la sentencia o si desde que se le da publicidad material. (ii) si debe dársele trámite o no al recurso de queja interpuesto.

Respecto del primer dilema jurídico planteado, para esta Sala razón le asiste al censor cuando arguye que, sin contar con las consideraciones o argumentos de fondo que concluyen con la parte resolutive es imposible sustentar el disenso y, por tanto, el término se contabiliza desde la notificación material.

Escuchado en detalle lo ocurrido en la audiencia adelantada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bello-Antioquia fue la Juez quien le propuso a las partes la lectura de la parte resolutive, a lo que todos manifestaron estar de acuerdo, luego de ello Defensa y Representación de víctima indicaron que apelarían por escrito dentro del término legal a lo cual la *a quo* respondió -a eso de las 9:30 de la mañana aproximadamente-, que en cinco minutos procedería con el envío de la sentencia que, según dijo, ya tenía lista. Ello no se cumplió, pues como se puede verificar, solo hasta el día siguiente, miércoles a las 17:49 horas, es decir, luego de finalizada la jornada laboral, se procedió con el envío de la sentencia objeto de disenso, por ende, procesalmente se entiende que la misma fue enviada solo hasta las 8 de la mañana del día hábil siguiente, esto es jueves 28 de julio, es decir, en ese momento se le dio publicidad material a la providencia y las partes pudieron dar lectura íntegra a los argumentos y consideraciones de la Juez de primera instancia.

Para la Sala la interpretación más adecuada y garantista es la de la Defensa y no la de la Juez de primera instancia quien, sin mayores argumentos niega la alzada, argumentando que la norma establece el término de cinco días siguientes a la lectura del fallo, obviando el hecho de que el fallo no se leyó íntegramente y entonces pese a que ese desorden y confusión fue promovido por ella, en últimas termina dando una interpretación que desfavorece completamente al procesado. Es completamente rigurosa con los cinco días que establece la ley, pero laxa con los cinco minutos en que se suponía procedería con el envío del fallo.

Resulta deleznable el argumento de la *a quo* al resolver la reposición de la defensa de que la Representante de la DIAN no tuvo la misma interpretación del defensor y por el contrario envió su apelación dentro del término señalado por el Juzgado aunado a que si, en gracia de discusión admite lo manifestado por el Defensor de que el término se cuenta a partir de que se tuvo conocimiento de la sentencia, pues entonces él contó con cuatro días para sustentar su apelación y, sin embargo, no lo hizo. Este argumento deviene irrazonable y contrario a una norma que consagra un término de cinco días, no de cuatro; es la ley la que otorga los términos para que las partes e intervinientes hagan uso de ellos y no pueden ser recortados por los Jueces.

En el hipotético caso de que la primera instancia hubiese enviado la sentencia completa luego de pasados los cinco días hábiles con que cuentan los apelantes para sustentar, entonces en ese escenario sería absurdo pensar que se les declarara desierto el recurso por una interpretación formal y completamente exegética de la norma, a pesar de que las partes no tuvieron dentro de esos cinco días, conocimiento de los argumentos de la sentencia que pretenden atacar.

El artículo 179 establece como término para sustentar la apelación, cinco días siguientes a la audiencia de lectura del fallo, pero ello bajo el entendido de que en el proceso penal rige la oralidad lo cual impone colegir que en dicha audiencia se debe dar lectura íntegra de la sentencia –publicidad material– empero ello no ocurrió en este caso pues al momento de la lectura, únicamente de la parte resolutive, las partes e intervinientes no conocieron la parte considerativa que es lo que normalmente se acostumbra en la práctica; sin embargo, se itera, la Juez no cumplió su compromiso de enviar la sentencia, cinco minutos después de terminar la audiencia y fue por cuenta de esta actuación irregular que se presentó la confusión que termina resolviendo mediante una interpretación de la norma *in malam partem* en perjuicio de los intereses del sentenciado, quien ya de por sí es la parte más débil del proceso penal, vulnerando con ello el principio de legalidad que es raigambre constitucional.

**3.4.** En atención a lo expuesto y, acogiendo la interpretación que la Defensa le da a la norma, toda vez que apenas el 28 de julio las partes tuvieron conocimiento de la sentencia, los cinco días siguientes para apelar se cuentan a partir del viernes 28 de julio e iban hasta el jueves 4 de agosto; es decir, al defensor le quedaba el miércoles 3 de agosto –fecha en la que se profirió el auto de declaratoria de desierto- y jueves 4 de agosto para sustentar la alzada.

**3.5.** Encontrada una respuesta positiva al primer dilema debemos entrar a determinar si procede el trámite al recurso de Queja. Pues bien, según lo prevé el artículo 179B del Código de Procedimiento Penal, el recurso de queja solo procede cuando el funcionario de primera instancia deniega el de apelación; cuando se declara desierto el recurso solo procede, conforme al artículo 179A *ibídem* el de reposición. Esta interpretación literal de la norma venía siendo acogida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, hasta la decisión con Radicado 50560 del 2 de agosto de 2017<sup>3</sup>, en el que la Sala cambió de criterio y consideró que la anterior interpretación resultaba inadecuada, al comportar una restricción irrazonable y desproporcionada del principio general de la doble instancia.

Como se advirtió al resolver el primer asunto, al apelante no se le permitió presentar el recurso al declararlo desierto antes de que se venciera el término, por lo que resulta razonable otorgarle la posibilidad de que sus argumentos lleguen a oídos del superior. Los recursos contra las providencias judiciales están establecidos para garantizar el derecho a la segunda instancia y ese ha sido el desarrollo que la Sala de Casación Penal le ha dado al asunto; así en el radicado 61.159 del 6 de abril del año en curso, se enseña:

*“El art. 179B de la Ley 906 de 2004 estipula que el recurso de queja procede «cuando el funcionario de primera instancia deniegue el recurso de apelación». Sin embargo, mediante decisión CSJ AP3042 – 2020 (Rad. 58318) la Corte amplió el espectro de aplicabilidad de dicho mecanismo para disponer que es admisible «en todos los casos en que se niegue a la parte el acceso al recurso de casación, ya sea i) porque se establezca que el recurso o la demanda se interpusieron extemporáneamente, o ii) porque se le niegue al interesado el acceso al propio recurso.”<sup>4</sup>*

<sup>3</sup> CSJ AP4870-2017, MP. Luis Antonio Hernández Barbosa.

<sup>4</sup> CSJ AP1482-2022, MP. Patricia Salazar Cuellar.



El cambio de posición interpretativa de lo que debe ser la garantía de la doble instancia tiene fundamento en la providencia 54.133 del 16 de enero de 2019, en la que fue explicada a mayor espacio, así:

*“16. La Sala de Casación Penal venía sosteniendo que, si en primera instancia se declaraba desierta la apelación, porque el recurso no se sustenta, o su fundamentación es deficientemente o extemporánea, contra ésta decisión sólo procedía el recurso de reposición y no el de queja.*

*Así, por ejemplo, en Auto del 16 de noviembre de 2010 (radicación 35242): “Siendo improcedente el recurso de queja contra la decisión por medio de la cual se declara desierto el recurso de apelación por falta de sustentación, esta Corporación se abstendrá de resolverlo y ordenará la devolución de la actuación para que se continúe con su tramitación”.*

*La misma Corporación reeditó su postura, en Auto de 28 de septiembre de 2016 (radicación 48865) al disponer: “Como lo ha manifestado esta Corporación (CSJ AP3961, 15 jul. 2015, rad. N° 46319), la queja procede cuando el funcionario de primera instancia deniega el de apelación, como lo prevé el canon 179 B de la Ley 906 de 2004, adicionado por el 93 de la Ley 1395 de 2010. Por su parte, contra el auto que declara desierto el recurso de apelación, solo procede reposición, atendiendo el mandato del artículo 179 A ibídem.”*

*17. Sin embargo, esta Corporación morigeró su línea de precedentes para sostener que si el A-quo niega la apelación por estimar que la sustentación fue indebida o deficiente, entonces, el funcionario que así lo decida no debe declarar desierta esa impugnación (pues sólo es pasible de reposición); sino rechazar o negar la alzada, para que se habilite el recurso de queja.*

*18. Al respecto, en Auto de 2 de agosto de 2017 (radicación 50560), la Sala de Casación Penal expresó:*

*“En este orden, el principio de la doble instancia tiene como propósito garantizar los fines del Estado y reforzar la presunción de acierto y legalidad predicable de las providencias judiciales, objetivo que no se agota con la sola existencia formal de medios de recursos, sino que demanda del Estado la garantía de acceso a aquéllos.*

*Dada la trascendencia de este principio, estima la Sala que en aquellos eventos en que media algún grado de sustentación del recurso de apelación, de considerarse ésta indebida o insuficiente, lo procedente no es la declaración de desierto que, como se dijo, solo contempla como medio de control el recurso de reposición, sino su rechazo o negación, a efectos de habilitar la posibilidad que la parte afectada interponga, si lo estima pertinente, el recurso de queja.*

*Lo anterior, por cuanto no resulta razonable que la posibilidad de revisión por el superior jerárquico de una decisión, cuando se ha hecho uso de la oportunidad procesal para exhibir las razones de inconformidad con aquélla, quede supeditada exclusivamente al arbitrio del juez que la emitió. Ello por cuanto la declaratoria de desierto del recurso de alzada impide de plano que otro funcionario revise si, en efecto, los argumentos expuestos son insuficientes para activar la competencia de la segunda instancia.*

Radicado: 05088-60-00200-2017-00460  
Procesado: Juan Esteban Zuluca Carvajal  
Delito: Omisión del agente retenedor o recaudador

*Por ello, reitera la Sala, siempre que haya controversia en torno a si el impugnante cumplió con la carga de sustentación suficiente de la alzada, deberá denegarse esta con el propósito de permitir al interesado la interposición de queja, para que sea el superior jerárquico quien decida sobre la idoneidad de la fundamentación.”*

*De ese modo, para salvaguardar el principio de doble instancia, tiene mucho sentido que, a través del recurso de queja, el superior funcional decida sobre la idoneidad de la fundamentación.”*

El asunto que nos convoca es *sui generis* pues cuando el defensor manifiesta en su escrito que los términos del artículo 179 del Código de Procedimiento Penal inician a correr desde el momento en que es notificado materialmente de la decisión porque tiene acceso a su contenido y, en consecuencia, se surtirían el jueves 4 de agosto, fecha en la cual se cumplían esos 5 días que confiere la norma, solicitando se revoque el auto y se le permita presentar el recurso dentro del término legal, la Juez, siendo responsable del problema, al no haber cumplido con lo prometido en la audiencia, mínimamente debió interpretar que frente a la irregular actuación del Despacho, el defensor solicitaba prórroga y restitución de términos artículo 158 *ibídem*, pero de manera irrazonable no permitió que ni siquiera se presentaran los argumentos.

Corolario a lo anterior, prospera el recurso de queja y, en consecuencia, se le concederá a la Defensa los dos días hábiles que le restaban para sustentar ante la primera instancia, en debida forma y por escrito el recurso de apelación por él interpuesto en contra de la sentencia que condenó a su prohijado, el señor Zuluca Carvajal por el delito de Omisión del agente retenedor o recaudador. Estos dos días se contarán a partir del día hábil siguiente a la fecha en que se le notifique este proveído.

Por lo expuesto, **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **DECLARA FUNDADO EL RECURSO DE QUEJA** interpuesto por el defensor del ciudadano Juan Esteban Zuluca Carvajal, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, **SE LE CONCEDE** dos (2) días hábiles para que presente por escrito ante la primera instancia, la sustentación del recurso de apelación por él interpuesto; ello a efectos de que el Despacho *a quo* haga lo de su cargo.

Radicado: 05088-60-00200-2017-00460  
Procesado: Juan Esteban Zuluaga Carvajal  
Delito: Omisión del agente retenedor o recaudador

Contra esta providencia no proceden recursos. Se ordena notificar a las partes y devolver la carpeta al Juzgado de origen para que le imprima el trámite correspondiente.

**COMUNÍQUESE Y DEVUÉLVASE**



**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE**  
*Magistrado*



**NELSON SARAY BOTERO**  
*Magistrado*  
(Con Salvamento de voto)



**HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA**  
*Magistrado*  
(Con Aclaración del voto)

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA PENAL

#### SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Medellín, veintidós (22) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Si bien en esta oportunidad estuve de acuerdo con la decisión de conceder el recurso de queja para el caso sometido a estudio, luego de oídas las razones del magistrado ponente, consideré necesario aclarar mi voto, bajo el entendido que en la Sala presidida por el Magistrado Nelson Saray Botero, del pasado 28 de julio pasado, al resolver un recurso de reposición interpuesto por el delegado del Ministerio Público, en el proceso penal de radicado 05 001 60 00 000 2019 01568, en un asunto con supuestos fácticos similares, se confirmó la decisión de declarar desierto el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia, lo cual en esa ocasión compartí.

Para el asunto que hoy nos ocupa se resolvió: *"concederá a la Defensa los dos días hábiles que le restaban para sustentar ante la primera instancia, en debida forma y por escrito, el recurso de apelación por él interpuesto en contra de la sentencia que condenó a su prohijado, el señor Zuluaga Carvajal por el delito de Omisión del agente retenedor o recaudador"*.

Pienso que esta decisión es más ajustada a los preceptos constitucionales, específicamente al debido proceso y al derecho de defensa; como consecuencia, a la parte reclamante se le debe habilitar el lapso en el cual

no tuvo la posibilidad de conocer completamente el fallo, no bastando con solo darle publicidad a la parte resolutive, no obstante lo pactado de darle lectura a la misma, sin que se pueda soslayar que igual se condicionó esa publicidad a que el *a quo* allegaría instantes después toda la providencia, lo cual no hizo a tiempo. Lo anterior se hace necesario en el entendido de que los motivos de impugnación deben ir en consonancia con las razones de la decisión, los cuales obviamente se encuentran en la parte motiva de la providencia; para el caso, acreditado quedó que el interesado sólo tuvo oportunidad de conocer la decisión completa dos (2) días después de la lectura de la parte resolutive, término que en este momento es el que habilita la Sala Mayoritaria.

La audiencia dispuesta para la lectura del fallo debe cumplir con todos los requisitos y propósitos procesales para los cuales se estableció, siendo necesario contar con el texto completo de la providencia, de forma que le permita a todos los sujetos intervinientes estudiarla con detenimiento y detalladamente, para que al momento de sustentar cualquier recurso, se haga de una manera informada, dentro del lapso dispuesto por el legislador, que para el caso de las sentencias es de cinco (5) días.

El conocimiento del texto completo de la sentencia es lo que permite a las partes establecer las posibilidades mismas del recurso de apelación, en torno a la razón de sus argumentos, sin que la virtualidad pueda ser el fundamento para cercenar las garantías de las partes. Al respecto en sede de tutela la Corte Suprema de Justicia expresó:

*"En este orden de ideas, el acto de comunicación del fallo en la audiencia respectiva –Arts.179 y 447 de la Ley 906 de 2004—, cualquiera sea la forma que adopte, se considera suficiente en tanto permita conocerlo en su integridad. Por ejemplo, puede leerse la parte resolutive y entregarse copia íntegra del texto completo del fallo. O puede leerse un resumen del mismo y suministrar el texto a las partes. Tales modalidades, o las que acepten las partes, son aceptables a partir de la trascendencia del rito, en tanto es el que permite la interposición de los recursos, para cuya determinación,*

*por parte de los sujetos procesales, es condición necesaria el conocimiento pleno del contenido de la sentencia. Y tales características no pueden relativizarse o aminorarse con la excusa de la virtualidad, pues el mandato legal –existente desde antes de la pandemia– ordena que el uso de los medios técnicos tiene el definido propósito de imprimir mayor agilidad, pero sin perder la fidelidad de cada actuación procesal. De modo que la una no puede ir en detrimento de la otra.”<sup>1</sup>.*

Como bien se indica por el ponente en la decisión, el asunto que nos convoca resulta *sui generis*, pues el defensor entendió que el traslado para la apelación empezaba a correr desde el momento en que conoció materialmente la decisión, esto es cuando tuvo un discernimiento pleno de su contenido.

De mis colegas con el debido respeto,



**HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA**

**Magistrado**

---

<sup>1</sup> CSJ STP9076-2022.



## SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05088-60-00200-2017-00460
Procesado	Juan Esteban Zuluaga Carvajal
Delito	Omisión del agente retenedor o recaudador
Hechos	Durante los años 2005 a 2013
Juzgado a quo	Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello, Antioquia
Asunto	Recurso de queja contra auto que declara desierto el recurso de apelación interpuesto, por falta de sustentación dentro del término previsto.
Magistrado Ponente	JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Salvamento de voto	NELSON SARAY BOTERO

Medellín, Antioquia, veintitrés (23) de agosto de dos mil veintidós (2022)

### SALVAMENTO DE VOTO

Presento salvamento de voto en el asunto del epígrafe.

Seguidamente presentaré los argumentos de disenso con la providencia mayoritaria.

#### 1. LA ACTUACIÓN ANTE LA PRIMERA INSTANCIA

En el *sub lite* la juez de instancia pregunta a las partes si era necesario leer en su integridad toda la sentencia o solo la parte resolutive y al «*unísono contestaron que con la parte resolutive era suficiente*». Luego «*tanto el Defensor como la Representante de la víctima –DIAN– indicaron que interponían el recurso de apelación contra la sentencia, advirtiendo ambos que lo sustentarían por escrito, dentro del término de los 5 días consagrado en la ley. Acto seguido la Juez de primera instancia manifestó que dentro de los cinco minutos siguientes se les enviaría a las partes copia de la sentencia*»<sup>1</sup>, pero la providencia se envió a los dos (2) días siguientes.

El 3 de agosto se profirió auto declarando desierto el recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor ***por falta de sustentación***. Contra dicho auto la defensa interpuso el **recurso de reposición**. El auto no se repone por decisión del 3 de agosto de 2022.

---

<sup>1</sup> Minuto 33:10 de la grabación.

Luego el defensor interpone queja.

El trámite en audiencia de lectura de sentencia fue avalado por todas las partes, así que en ninguna falencia incurrió el Despacho de primera instancia.

## 2. DECISIÓN MAYORITARIA DEL *AD QUEM*

En Sala Mayoritaria, se decide:

«Por lo expuesto, **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **DECLARA FUNDADO EL RECURSO DE QUEJA** interpuesto por el defensor del ciudadano Juan Esteban Zuluaga Carvajal, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, **SE LE CONCEDEN** dos (2) días hábiles para que presente por escrito ante la primera instancia, la sustentación del recurso de apelación por él interpuesto; ello a efectos de que el Despacho *a quo* haga lo de su cargo».

## 3. ARGUMENTOS DEL SALVAMENTO DE VOTO

Varios reparos, de manera evidente, se observan en la decisión *ad quem*:

En primer lugar, el único recurso que procede **cuando NO se sustenta el recurso de apelación**, como en el *sub lite*, es el de reposición según voces del artículo 179-A del CPP.

La ley, la jurisprudencia ni la doctrina, admiten otro mecanismo de impugnación en caso de **no** sustentación del recurso. Únicamente el recurso de reposición, y nada más.

En segundo lugar, cuando se concede el recurso de queja la única obligación del superior es «*determinar el efecto que le corresponda*», que es señalar el efecto de la apelación, según el artículo 179-E del CPP.

Por ninguna parte se observa el efecto en que se concede el recurso de apelación, que es obligación del *ad quem*.

En tercer lugar, en una decisión que no se compadece con la dogmática procesal, el *ad quem* concede dos (2) días «*para que presente por escrito ante la primera instancia, la sustentación del recurso de apelación por él interpuesto*», cuando ese no es el objeto el recurso de queja según los artículos 179-B a 179-E del CPP, y además, se acepta que **no se sustentó** el recurso de apelación en la oportunidad legal.

La norma procesal no estableció el recurso de queja para la ampliación o prórroga de términos, eso es totalmente ajeno a este recurso.

Esa podría ser una pretensión ante el *a quo* con fundamento en el canon 158 del CPP («*prórroga y restitución de términos*»), pero no de oficio por el *ad quem*, y menos en un sistema rogado.



En cuarto lugar, la Sala Mayoritaria cita jurisprudencia de la Corte, pero la aplica incorrectamente, pues confunde **deserción por no sustentación** del recurso con **sustentación deficiente o insuficiente**.

Este es un caso de **falta de sustentación** dentro del término legal y oportuno, razón por la cual contra el auto de primera instancia solo procedía reposición, como en efecto así se hizo por el *a quo*.

Este no es un caso de **sustentación insuficiente**, pues hasta ahora no se ha presentado ninguna clase de sustentación, por mínima que sea.

Incorre la Sala Mayoritaria en una evidente confusión e inadecuada lectura de la jurisprudencia sobre el particular.

En efecto,

En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el vocablo denegar significa «*no conceder lo que se pide o solicita*»<sup>2</sup>.

El recurso de queja es el medio de impugnación previsto en el ordenamiento para que la apelación injusta o erróneamente denegada sea concedida.

En virtud de este medio de impugnación, el superior debe definir si el recurso de apelación cuya procedencia el juez *a quo* negó, fue correctamente denegado, o si, por el contrario, debió concederlo, en cuyo caso debe otorgarlo con indicación del efecto que corresponda<sup>3</sup>.

Se trata de un instrumento de defensa tendiente a preservar el principio de la doble instancia, cuya finalidad gira exclusivamente en torno a la concesión de la apelación, resultando ajeno al debate un pronunciamiento acerca del acierto o no del fondo de la determinación<sup>4</sup>.

Al efecto expresa el canon 179-E del CPP:

«Artículo 179-E. **Decisión del recurso.** Artículo adicionado por el artículo 96 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente: Si el superior concede la apelación, determinará el efecto que le corresponda y comunicará su decisión al inferior».

Es decir, que es el superior quien concede el recurso de apelación denegado y además indicará el efecto que le corresponde a dicho recurso de alzada.

La claridad del tenor literal del artículo 179-B del Código de Procedimiento Penal no abre la posibilidad a interpretaciones diferentes a la que corresponde: «*cuando el funcionario de primera instancia deniegue el recurso de apelación (...)*»; lo cual entraña que la procedencia de la queja, se encuentra inescindiblemente atada a que la providencia admita su controversia en segunda instancia<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> CSJ AP 050-2019, rad. 54.133 de 16 enero 2019; CSJ AP 5964-2021, rad. 60.666 de 9 diciembre 2021.

<sup>3</sup> CSJ AP 1097-2020, rad. 57.346 de 10 junio 2020.

<sup>4</sup> CSJ AP 2944-2019, rad. 55.633 de 27 julio 2019; CSJ AP 4096-2019, rad. 56.161 de 25 septiembre 2019; CSJ AP 166-2020, rad. 56.802 de 22 enero 2020.

<sup>5</sup> CSJ AP 2005-2019, rad. 55.354 de 29 mayo 2019.

El recurso de queja únicamente procede contra aquellas decisiones que tienen la virtualidad de ser controvertidas a través del recurso de apelación<sup>6</sup>, criterio que no sigue a aquellos autos que deniegan, por improcedente, el recurso de casación.

Conforme al artículo 179-B del CPP, es claro que el recurso de queja es viable únicamente cuando el funcionario de primera instancia deniega el de apelación. Por tanto, vale anotar, si quien niega ese medio de impugnación es el Juez de segunda instancia, el recurso de queja es improcedente<sup>7</sup>.

La declaratoria de desierto (**por no sustentación o sustentación extemporánea**) y la negativa a conceder el recurso de apelación son disímiles y, por ende, no puede acudirse a ellos como si se tratara de lo mismo.

La queja se habilita ante la negativa del *a quo* a conceder la alzada y esto sucede, no por ausencia de sustentación, sino cuando, propuesta la apelación, el juzgador de primera instancia concluye que contra su decisión no procede tal recurso por cuanto, por ejemplo: la parte inconforme carece de legitimidad para el proceso o de interés jurídico para recurrir, o porque el proveído no es pasible de ella por tratarse, valga el caso, de una decisión de simple impulso, de trámite, de sustanciación, de una orden<sup>8</sup>, etc.

La Corte ha señalado que las hipótesis de rechazo y de declaratoria de desierto del recurso de apelación obedecen a temáticas distintas, de cara a la posibilidad de acceder a la segunda instancia como expresión del debido proceso y escenario para examinar la legalidad de lo actuado<sup>9</sup>.

Es obligación de la parte, presentar alguna sustentación del recurso. Esa es una carga procesal de la parte interesada. En efecto:

«(...) las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso(...)»<sup>10</sup>.

En algunas situaciones se puede presentar:

Uno: Algún grado de sustentación del recurso de apelación.

Dos: Una indebida sustentación del recurso.

Tres: Una insuficiente argumentación

<sup>6</sup> CSJ AP, 3 mayo 2017, rad.50.167; CSJ AP 2005-2019, rad. 55.354 de 29 mayo 2019; CSJ AP 5964-2021, rad. 60.666 de 9 diciembre 2021.

<sup>7</sup> CSJ AP, 20 enero 2021, rad. 58.634; CSJ AP, 17 febrero 2021, rad. 58.895; CSJ AP, 9 diciembre 2021, rad. 60.666; CSJ AP, 2 febrero 2022, rad. 60.638; CSJ AP 2739-2022, rad. 61.720 de 22 junio 2022.

<sup>8</sup> CSJ AP 7234-2014, rad. 45.108 de 26 noviembre 2014.

<sup>9</sup> CSJ AP 4870-2017, 02 agosto 2017, rad. 50.560; CSJ AP 3008-2021, rad. 59.743 de 21 julio 2021.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-279 de 2013. CSJ STP 8562-2022, rad. 124.601 de 5 julio 2022.

Entonces, cuando hay controversia en torno a si el apelante cumplió o no con la carga de sustentación suficiente de la alzada, el juez deberá, no declararla desierta, sino denegarla con el fin de permitir al interesado la interposición del recurso de queja, para que el superior se pronuncie respecto de la idoneidad de su fundamentación, en salvaguarda del derecho a la doble instancia<sup>11</sup>.

En esos casos, lo procedente **no es la declaración de desierto**, que solo contempla como medio de control el recurso de reposición, sino **su rechazo, negación o denegación**, a efectos de habilitar la posibilidad que la parte afectada interponga, si lo estima pertinente, el **recurso de queja**<sup>12</sup>.

Lo anterior, por cuanto no resulta razonable que la posibilidad de revisión por el superior jerárquico de una decisión, cuando se ha hecho uso de la oportunidad procesal para exhibir las razones de inconformidad con aquélla, quede supeditada exclusivamente al arbitrio del juez que la emitió. Ello por cuanto la declaratoria de desierto del recurso de alzada impide de plano que otro funcionario revise si, en efecto, los argumentos expuestos son insuficientes para activar la competencia de la segunda instancia.

Siempre que haya controversia en torno a si el impugnante cumplió con la carga de sustentación suficiente de la alzada, deberá denegarse ésta con el propósito de permitir al interesado la **interposición de queja**, para que sea el superior jerárquico quien decida sobre la idoneidad de la fundamentación.

#### 4. SITUACIÓN FÁCTICA SIMILIAR ADOPTADA POR DOS INTEGRANTES DE ESTA SALA

Mediante sentencia del radicado 05 001 60 00 000 2019 01568 de 28 de julio de 2002, integrada por dos magistrados de esta Sala de Decisión (Nelson Saray Botero, en calidad de ponente, y Hender Augusto Andrade Becerra, primer revisor) en un caso fácticamente similar a este declararon desierto el recurso de apelación interpuesto por la agente del ministerio público.

Se dijo en dicha sentencia:

«El apoderado judicial, doctor ANDRES LOPEZ MEJIA, solicitó **se declare desierto el recurso de apelación** por extemporaneidad interpuesto por la delegada del Ministerio Público, toda vez que interpuso el recurso de apelación el 30 de septiembre de 2020 y el viernes 9 de octubre de 2020 allegó al correo del despacho el escrito de apelación, así pues, se evidencia la extemporaneidad de la alzada acorde al Art. 179 del CPP.

Por su parte, la delegada del Ministerio Público, manifestó en su escrito que la **lectura del fallo** de fecha 30 de septiembre de 2020 fue incompleta, pues la juzgadora sólo **se limitó a dar lectura a la parte resolutive**; tan solo hasta el viernes 2 de octubre de 2020

<sup>11</sup> CSJ AP 4870-2017, 2 agosto 2017, rad. 50.560; CSJ AP 506-2020, 19 febrero 2020, rad. 56.961; CSJ AP 3438-2022, rad. 61.896 de 27 julio 2022.

<sup>12</sup> CSJ AP 4870-2017, rad. 50.560 de 2 agosto 2017; CSJ AP 039-2019, rad. 54.359 de 16 enero 2019; CSJ AP 1928-2019, rad. 55.299 de 22 mayo 2019; CSJ AP 2272-2019, rad. 55.295 de 12 junio 2019; CSJ STP 7579-2020, rad. 111.588 de 13 agosto 2020.

**conoció de manera completa el texto de la sentencia**, esto es una vez llegó a su correo electrónico.

Ha de precisarse que no existe registro de audio de la sesión de audiencia de fecha 30 de septiembre de 2020 por problemas técnicos con la plataforma *stream*, conforme a la constancia secretarial del juzgado, empero se cuenta con el acta de la sesión de audiencia, donde se describe en detalle los pormenores de la diligencia.

Se constata entonces que, **el día 30 de septiembre de 2020, se dio lectura a la sentencia de preacuerdo**, fecha en la cual la delegada del Ministerio Público, doctora ANA DORIS GONZALEZ SEPULVEDA manifestó su intención de interponer el recurso de apelación.

El artículo 179 del CPP establece la posibilidad interponer el aludido recurso como control constitucional y legal contra la sentencia, por escrito, dentro de los cinco (5) días siguientes a la lectura de sentencia.

«Art. 179. **Trámite del recurso de apelación contra sentencias.** El recurso se interpondrá en la audiencia de lectura de fallo, se sustentará oralmente y se correrá traslado a los no recurrentes dentro de la misma o por escrito en los cinco (5) días siguientes, precluido este término se correrá traslado común a los no recurrentes por el término de cinco (5) días».

En este evento, la lectura de sentencia se hizo el día miércoles 30 de septiembre de 2020, es decir, **fue notificado en estrados** en esa misma fecha; donde en efecto, la representante del Ministerio Público manifestó su intención de interponer el recurso de alzada.

De ahí entonces que contaba con los días comprendidos entre el jueves primero (1°), viernes dos (2) de septiembre de 2020; lunes cinco (5), martes seis (6) y miércoles **siete (7) de octubre de 2020**, para presentar el escrito de apelación.

Empero, lo hizo hasta el **viernes nueve (9) de octubre de 2020** a las 4:57 p.m., es decir, por fuera del término previsto por la Ley.

No es de recibo para esta Magistratura el argumento de la delegada del Ministerio Público cuando señaló que, el término del Art. 179 del CPP empieza a correr, desde el día viernes dos (2) de septiembre de 2020, cuando llegó a su correo electrónico el texto completo de la sentencia.

La Corte ha señalado que las hipótesis de rechazo y de declaratoria de desierto del recurso de apelación obedecen a temáticas distintas, de cara a la posibilidad de acceder a la segunda instancia como expresión del debido proceso y escenario para examinar la legalidad de lo actuado<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> CSJ AP 4870-2017, 02 agosto 2017, rad. 50.560; CSJ AP 3008-2021, rad. 59.743 de 21 julio 2021.

De conformidad con los artículos 179-A y 179-B de la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal había sostenido pacíficamente que la **declaratoria de desierto** de un recurso aplica: (i) cuando el recurso es sustentado deficientemente, esto es, cuando a pesar de haber hecho uso del término para la sustentación, la parte no da a conocer los motivos de disenso<sup>14</sup>, (ii) cuando la sustentación es inexistente. Hay silencio del recurrente durante el traslado para la sustentación<sup>15</sup>, y (iii) cuando la sustentación es extemporánea.

De todos modos, al declararse la deserción del recurso de apelación, como castigo al recurrente incurso en el comportamiento expresamente previsto en la codificación procesal, el juzgador debe obrar con estricta sujeción a la ley y con especial sindéresis, sin perder de vista que la aplicación injustificada de semejante sanción procesal entraña una restricción excesiva de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, en el que se encuentra contenida la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva<sup>16</sup>.

La agente el ministerio público pudo solicitar prórroga para la presentación del recurso de apelación en los términos del artículo 158 del CPP, pero no lo hizo.

La prórroga es un instituto procesal *«diseñado por el legislador en beneficio de las partes y frente al cual el funcionario judicial carece por completo de facultades oficiosas. Aquí el término corre de manera ininterrumpida y puede extenderse más allá de la fecha de su vencimiento únicamente a petición de la parte, previa acreditación de una causa grave y justificada que le haya imposibilitado actuar»*. Requiere de solicitud de parte previa acreditación de la causa que lo justifique y de la correspondiente decisión judicial al respecto.

La prórroga puede obedecer a circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito<sup>17</sup>.

La prórroga debe responder a criterios de legitimidad, oportunidad y procedencia, teniendo en cuenta que el vencimiento de los plazos opera de *iure* y las autoridades no pueden pretermitirlos, reducirlos o extenderlos sin atender lo dispuesto en la ley<sup>18</sup>.

Frente a la petición de prórroga el funcionario judicial debe resolver a más tardar al día siguiente si la concede o no. De acceder a ella, no podrá exceder *«el doble del término prorrogado»* y por secretaría deberá dejarse constancia de la fecha en que inicia y en la que termina<sup>19</sup>.

El marco normativo para la prórroga de términos a instancia de la defensa es más amplio, pues se tienen las siguientes normas: Art.

<sup>14</sup> CSJ AP 1069-2016, rad. 44.684; CSJ AP 8489-2016, rad. 48.178 de 5 diciembre 2016.

<sup>15</sup> CSJ AP 1069-2016, rad. 44.684; CSJ AP 8489-2016, rad. 48.178 de 5 diciembre 2016.

<sup>16</sup> CSJ SP 709-2019, rad. 49.430 de 6 marzo 2019.

<sup>17</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-451 de 1993.

<sup>18</sup> CSJ AP rad. 40.032 de 6 febrero 2013.

<sup>19</sup> CSJ AP rad. 40.032 de 6 febrero 2013.

29 C. Pol., artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, literal i del Art. 8 del CPP, entre otras<sup>20</sup>.

Por lo expuesto, **se declarará desierto** el recurso de apelación por extemporaneidad presentado por la representante del Ministerio Público.

Contra esta decisión procede el recurso de reposición».

Interpuesto en audiencia el recurso de reposición por la agente del ministerio público, la Sala de Decisión Penal, por unanimidad lo negó, para lo cual a manera de conclusión se dijo:

«Las partes fueron citadas a audiencia le lectura de fallo de primera instancia, la agente el ministerio público compareció, fue notificada personalmente de la decisión, así que la presentación del recurso debía hacer dentro del término legal en la medida que no medió solicitud de fuerza mayor o caso fortuito para la extensión del término, que podía hacer, pero no lo hizo; adicionalmente, con su comportamiento expreso convalidó la actuación y ahora no puede sacar provecho de su propio dolo».

Entonces a la agente del Ministerio Público, que **sí sustentó** el recurso de apelación, pero por fuera del término, se declaró desierto, y no se le concedieron los dos (2) días, y ahora en una situación fáctica similar, al abogado defensor se le permite el recurso de queja, y sin petición expresa, de oficio, se le conceden dos (2) días para la sustentación del recurso, que **hasta ahora no ha sustentado**.

Ese es un trato que vulnera la Carta Fundamental en el principio de igualdad de trato (Art. 13 Superior), también atenta contra la seguridad jurídica al no seguirse, sin justificación suficiente, el precedente horizontal (al menos por el magistrado que suscribe ahora la decisión mayoritaria).

Aunque no es obligatorio seguir el propio precedente horizontal, al menos se debe procurar la coherencia en guarda de la seguridad jurídica<sup>21</sup>.

## 5. CONCLUSIÓN

Estos son los motivos que me llevan a apartarme de la decisión mayoritaria, de manera muy respetuosa, pues considero que no estamos ante una situación de recurso de queja, razón por la cual se debió devolver la actuación al despacho de origen por auto de cúmplase proferido por el magistrado ponente.

Atentamente,

**NELSON SARAY BOTERO**  
Magistrado

<sup>20</sup> CSJ STC 3122-2017, rad. 02301-01 de 8 marzo 2017.

<sup>21</sup> CSJ SL 4099-2019; CSJ STP 15806-2019, rad. 107.644 de 19 noviembre 2019.