



SALA PENAL

Radicado: 05-266-60-00203-2016-03058
Acusado: Alejandro Pacheco Ospina
Delito: Omisión de agente retenedor o recaudador
Asunto: Apelación de auto que niega nulidad
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 114

Medellín, veintitrés (23) de agosto de dos mil veinticuatro (2024)

1. EL ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor del acusado Alejandro Pacheco Ospina en contra del auto del 8 de agosto de 2024 proferido por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Envigado, mediante el cual negó la nulidad de la actuación solicitada cuando apenas se daba inicio al juicio oral.

2. ANTECEDENTES

2.1. La imputación y la acusación

En audiencia preliminar realizada el 29 de agosto de 2018 ante el Juzgado 3° Promiscuo Municipal de Sabaneta, la Fiscalía formuló imputación en contra del señor Alejandro Pacheco Ospina por el delito de omisión de agente retenedor o recaudador (artículo 402 del Código Penal), sin que aceptara el cargo endilgado.

La imputación fáctica, según el escrito de acusación, es la siguiente:

“El día 11 de mayo de 2016 la doctora María Magdalena López Bedoya, abogada de la División de Gestión Jurídica Tributaria G.I.T. de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, presenta denuncia penal contra el señor Alejandro Pacheco Ospina, en calidad de representante legal del ente jurídico Bordados y Servicios S.A.S. identificado con el NIT. 811-037.932, por cuanto presentó las declaraciones bimensuales de impuestos sobre las ventas de los períodos 2012-4 por \$6.599.000, 2012-5 por \$10.317.000, 2012-6 por \$6.739.000, 2013-1 por \$16.769.000, 2013-2 por \$21.321.000, 2013-3 por \$32.603.000 y 2014-1 por \$11.353.000, sin haber efectuado el pago dentro de los dos meses siguientes a la fecha señalada por el Gobierno Nacional para su presentación, teniendo a la fecha pendiente el pago de dichas obligaciones tributarias.”

El 5 de octubre de 2020, la Fiscalía formuló acusación en los mismos términos de la imputación ante el Juzgado 1º Penal del Circuito de Envigado. La audiencia preparatoria se hizo el 16 de agosto de 2022.

2.2. La solicitud probatoria de la defensa

El 8 de agosto de 2024, cuando el juzgado se aprestaba a instalar la audiencia de juicio oral, la defensa pidió la palabra para presentar una solicitud de nulidad.

2.2.1. Sustentó el defensor su pretensión en la eventual vulneración de garantías fundamentales del derecho de defensa y del debido proceso en aspectos sustanciales, advirtiendo que se trata de una causal de nulidad sobreviniente a la audiencia de acusación, la cual reviste un carácter insubsanable y no sería una solicitud dilatoria.

Inicialmente alegó una indebida notificación de la audiencia de acusación a su defendido que le impidió conocer este acto procesal y acceder al descubrimiento probatorio de la

Fiscalía, toda vez que en el escrito de acusación se anotó como lugar de domicilio la ciudad de Bogotá, Cundinamarca, cuando lo cierto es que el del procesado siempre ha sido en el municipio de La Estrella, Antioquia, y sus datos correctos los otorgó desde la audiencia de formulación de imputación cuando fue interrogado sobre sus generales de ley, siendo una imprecisión que el juez, al inicio de la audiencia, lo considerara como contumaz y que por ello no se requería su presencia. Así mismo, criticó el que las citaciones del juzgado se enviaran a la dirección del procesado sin anotar su número de apartamento, situación que impidió su comunicación y sin que el Centro de Servicios Judiciales de Envigado indicara los resultados de la notificación personal, desconociéndose lo sucedido con esta.

De otro lado, discutió la afectación del derecho de defensa ante la falta de comunicación del anterior defensor con el acusado, de quien solo habría recibido asesoría para su conexión a la audiencia preparatoria y que no se allanara a cargos, situación que dio lugar a que no se presentara ninguna solicitud probatoria de la defensa y, por ende, conllevó a la inviabilidad de construir una teoría del caso alternativa para controvertir la de la Fiscalía, como sería plantear una causal eximente de responsabilidad.

Advirtió sobre una indebida actuación del anterior defensor en tanto manifestó no tener los elementos materiales probatorios y estos le fueron trasladados por la Fiscalía en la misma audiencia preparatoria, lo que daría a entender que no le habían sido descubiertos y, además, que fue muy poco el

tiempo empleado para su estudio y revisión, situación que generó vulneración de las garantías del imputado, específicamente, la de conocer y controvertir las pruebas, en tanto ha quedado sin material probatorio para aportar y ha perdido la oportunidad de pronunciarse frente a recursos contra el auto que decidió las solicitudes probatorias.

Consideró que la nulidad desde la acusación es el único remedio extremo por cuanto a estas alturas del proceso no podría solicitar una prueba de refutación o sobreviniente, pues el procesado contaría con testigos y documentos para hacer valer en el juicio, pero no se reunirían los requisitos para plantear una solicitud en ese sentido, quedando la defensa restringida al contrainterrogatorio que pueda realizar a los testigos de la Fiscalía y no podría demostrar los motivos de la falta de pago o alegar una causal de exoneración que eventualmente se pudiera presentar.

2.2.2. La delegada de la Fiscalía se opuso a la nulidad solicitada precisando que los datos de contacto del procesado son los aportados en la denuncia por la DIAN por lo que sí correspondían a los suyos, relatando inconvenientes con la ubicación que finalmente logró hacerse y fue así como se le formuló imputación, etapa a partir de la cual el señor Alejandro Pacheco no volvió a acudir a averiguar por el estado de su proceso ni indicó cambios de dirección, admitiendo que existió un error en el escrito de acusación al omitir anotar los datos de ubicación, pero que sí estaban desde la audiencia de imputación; agregando que, el acusado se hizo presente en la audiencia preparatoria con ocasión de una orden a policía

judicial, y no ratificó sus datos, pese a saber que era su obligación reportar todo cambio de domicilio, lo que tampoco le informó a su defensor. Afirmó que el traslado de los elementos materiales probatorios se hizo efectivamente al defensor, lo cual ocurrió en pandemia y por ello debieron ser escaneados, notándose dejadez de parte del procesado al no buscar a su defensor con quien tuvo contacto.

2.2.3. El representante de la DIAN también se opuso a la solicitud de nulidad manifestando que los datos de contacto y ubicación del acusado aportado en la denuncia son los que reportaba en el registro único tributario. Así mismo, aludió a que el procesado estuvo en la audiencia de imputación y tenía conocimiento de la investigación, además de que las citaciones del juzgado para la formulación de acusación se hicieron a la dirección citada por el solicitante, pese a que existió un error en el escrito de acusación, por lo que no habría una indebida notificación. Agregó que el descubrimiento probatorio se produjo en el año 2020, entrando la pandemia, y lo que realizó la fiscal fue escanear estos elementos para enviarlos al defensor durante la audiencia preparatoria, por lo que no habría ninguna causal de nulidad.

2.3. La decisión de primera instancia.

El juez de primer grado negó la nulidad deprecada al considerar que no existió una indebida notificación, en tanto verificó las constancias respectivas en las que se da cuenta de los intentos fallidos de ubicación del procesado —que se hicieron con los datos de contacto que aparecían en la

denuncia de la DIAN—, además de un telegrama enviado el 14 de junio de 2019 a la dirección del imputado en La Estrella y, aunque no se plasmó el número de apartamento, lo cierto es que la audiencia se declaró fallida, sin que pudiera ser ubicado para comunicarle la fecha de la audiencia que se realizó el 5 de octubre de 2020, en la que el juez determinó que podría adelantarse por cuanto la presencia del procesado no es obligatoria, sino facultativa al no estar privado de la libertad, siendo deber de este averiguar por la suerte de su proceso al haber sido vinculado mediante imputación en la que estuvo presente, y no fue necesario declararlo contumaz o persona ausente.

Igualmente, bajo el escenario de que existiera indebida notificación, consideró que sería intrascendente la nulidad desde la acusación por cuanto en dicha diligencia poco o nada podía señalar la defensa al respecto, sin que fueran planteados reparos a la imputación o aclaraciones al escrito de acusación o frente al descubrimiento probatorio, y sin que hayan existido irregularidades que habiliten a retrotraer la actuación.

En cuanto al descubrimiento señaló que le dio un tiempo prudente al defensor para que conociera los elementos y luego este manifestó que no tenía elementos qué descubrir, lo cual no es obligación para la defensa, advirtiéndole que, en este evento, ante el cambio de defensor, se pretende imponer una visión particular del asunto en el que no advierte ninguna arbitrariedad del anterior abogado, quien tuvo la oportunidad de conversar con el procesado al darse un receso para ello y si

este hubiere manifestado su deseo de pedir pruebas, el juzgado habría accedido a una eventual suspensión de la audiencia.

De otro lado, reprocha que el solicitante dé por acreditado que no podría pedir prueba sobreviniente como si anticipara la decisión del juez, pues solo se sabrá su procedencia planteándola en el escenario pertinente, omitiendo señalar alguna trascendental como sería la prueba del pago de las obligaciones o que el responsable es otra persona y no el procesado, contrayéndose la inconformidad a una falta de notificación.

En conclusión, el juez de conocimiento estima que no se satisfacen los requisitos para acceder a la declaratoria de nulidad de lo actuado y, en cambio, advierte que se trata de una maniobra dilatoria que busca entorpecer la tramitación y evitar la continuación del juicio oral, en tanto que, ni aun dando por cierto que hubo errores en la notificación, ello daría pie a retrotraer la actuación. No obstante, permitió la interposición de recursos, motivo por el cual el defensor presentó el de apelación.

2.4. La sustentación de la apelación.

La defensa sustentó el recurso interpuesto con el fin de que se revoque la anterior decisión y, en su lugar, se decrete la nulidad desde la formulación de acusación, reiterando la existencia de una indebida notificación, lo cual habría sido corroborado por el juez de primera instancia al confirmar los

errores en el escrito de acusación de los datos de contacto y, aunque afirmó que existen constancias de citación y que se intentó la comunicación a unos abonados telefónicos que el acusado no tiene claro conocerlos, se le impone la carga de acudir ante la Fiscalía o el juzgado para averiguar por el trámite de las audiencias, cuando no debe soportarla porque no es abogado y la obligación de su debida citación está a cargo del Estado a través de los juzgados y sus secretarías, además de que la imputación se hizo en el año 2018, por lo que no podría pretenderse que con el trasegar de los años siguiera atento a un proceso del que no recibió notificación.

Sostiene que el deseo de su representado de ir a juicio se mantiene incólume y es necesario garantizar que se ejerza la contradicción, permitiendo la incorporación de elementos materiales probatorios que el anterior defensor manifestó no tener, con lo cual se afectó el debido proceso y el derecho de defensa que debe ser material en tanto no hubo una conversación entre abogado y cliente relacionada con la presentación de esos elementos, pues se restringió a una asesoría para el ingreso a la audiencia virtual y sobre el no allanamiento a cargos, además de que el defensor no habría teniendo tiempo suficiente para valorar y estudiar los elementos materiales probatorios que le fueron trasladados por la Fiscalía en la audiencia preparatoria, sobre cuya dinámica no tiene conocimiento el procesado por lo que no sabía que debía aportar elementos, ni su abogado le indagó al respecto.

Sostiene que no es posible solicitar prueba sobreviniente por cuanto esta debe ser obtenida con posterioridad a la etapa procesal donde es descubierta y solicitada la prueba, por lo que no tendría argumento, como por ejemplo si pidiera testigos, con los que contaban en su momento y que no habrían sido encontrados con posterioridad al año 2022, al igual que documentos que se tendrían con anterioridad, con lo cual se evidencia aún más la afectación al derecho de defensa, y no decretar la nulidad sería anticipar una condena.

La Fiscalía y la representación de víctimas manifestaron que, como no recurrentes, se atenían a los argumentos brindados inicialmente.

3. CONSIDERACIONES

Dado que existe el deber específico de “evitar maniobras dilatorias y todos aquellos actos que sean manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos, mediante el rechazo de plano de los mismos” (numeral 1 del artículo 139 de la Ley 906 de 2004), ante toda solicitud debemos los jueces de modo preliminar verificar que esta tenga alguna opción, por mínima que sea, de prosperar, porque, de no ser así, no tiene sentido procesal darle curso al debate de lo solicitado.

Este postulado adquiere mayor significación tratándose de las discusiones de nulidades en el juicio cuando se procura retrotraer el trámite, en tanto se habría llegado a un punto culminante del procedimiento, en este evento a punto de dar

apertura al efectivo debate probatorio, cuyos resultados fundamentarán el sentido del fallo.

En la regulación legal de la fase de juzgamiento, solo se establecieron dos momentos procesales para alegar nulidades: al momento inicial en la audiencia de acusación, con miras al saneamiento de la actuación, y al final en la alegación de conclusión; sin embargo, cuando surgen vicios en el procedimiento que alcancen a afectar las garantías de las partes o la estructura procesal estos pueden alegarse en el intermedio de estas fases, eventos en que los jueces pueden diferir su solución para la culminación del juicio, salvo que por la naturaleza de la irregularidad que se demuestre, deba retrotraerse la actuación, caso en el cual para la integridad del juicio debería hacerse lo más pronto posible.

En este contexto, si el juez de primer grado obtuvo la convicción de que la solicitud carecía de mérito y era dilatoria, debió proceder de conformidad y rechazar el trámite de la misma. Como no lo hizo y la Sala llega a la misma conclusión, se impondrá el rechazo de la solicitud como pasará a explicarse.

El defensor alega como causas de nulidad: (i) una indebida notificación del justiciable a la audiencia de acusación y (ii) el inadecuado ejercicio de la defensa técnica que se habría desentendido de solicitar pruebas, por no comunicarse con su asistido.

Entonces, para que tenga alguna opción de prosperar dicha alegación deben demostrarse los vicios señalados y, además, alegar y probar la incidencia del yerro de procedimiento en las garantías o derechos del procesado en este caso, o el trastrocamiento del procedimiento.

Pues bien, a simple vista se encuentra que el pregonado error en el procedimiento de notificación fue insustancial en tanto consta que (i) el acusado conoce del proceso y de los cargos que le han sido imputados, por cuanto concurrió a la audiencia de imputación. (ii) El procesado compareció a la audiencia preparatoria, sede en la cual se recibirían sus iniciativas probatorias.

En cuanto a la actuación presuntamente defectuosa del defensor técnico, el solicitante exhibe una errada comprensión sobre el traslado de los elementos de conocimiento en un proceso que no reviste mayor complejidad, en el que ciertamente se da cuenta de la sustentación documental de unas insolutas obligaciones como retenedor del IVA, lo que ciertamente no amerita mayor estudio.

De otro lado supone, pero no demuestra, la carencia de comunicaciones entre el anterior defensor y el procesado, en tanto en modo alguno ello está probado; de manera que no puede suponerse que cuando el defensor se abstuvo de solicitar pruebas no lo hiciera fundadamente, conociendo plenamente la actuación.

Pero, además de la falta de entidad y acreditación de los errores en el procedimiento atribuido, lo palmario es que no se alega trascendencia alguna en cuanto a la indebida notificación de una audiencia de acusación cuyo conocimiento y términos no revisten ninguna sorpresa. Aparentemente, su incidencia podría reconducirse a que no se habría obtenido la debida información por parte del anterior abogado para pedir pruebas.

La trascendencia que se alega en lo que concierne a los defectos atribuidos a la defensa técnica consistiría en que dichas falencias afectaron el derecho a la prueba; no obstante, se reserva el solicitante la explicación de qué medios probatorios se omitieron pedir cuando eran imprescindibles que se solicitaran para liberar de responsabilidad a su asistido o desvirtuar la comisión del ilícito.

Esta omisión, pese a los requerimientos del juez al respecto, revela la escasa seriedad e insustancialidad de la pretensión de la defensa puesto que, por las características del delito por el que se procede, la significación de la prueba de la defensa debería ser constatable por cuanto sería la forma de establecer no solo el vicio del procedimiento sino también su trascendencia.

En suma, ateniéndonos a lo meramente alegado, se constata que no se invocan razones serias, sustanciales y fundadas para invalidar la actuación procesal y, en todo caso, no se alega ni se demuestra la trascendencia de los yerros atribuidos, causa por la cual se percibe a simple vista su

notoria improcedencia, circunstancia que era y es causa suficiente para rechazar de plano la solicitud y con ella la resolución del recurso.

No sobra advertir que a este proceso debe dársele prioridad para su resolución atendiendo a que la imputación y la consecuente interrupción de la prescripción data de agosto del 2018.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

R E S U E L V E

Primero: Rechazar de plano la pretensión del defensor de anular la actuación procesal y, por ende, el recurso interpuesto.

Contra esta decisión, la que queda notificada en estrados al momento de su lectura, no caben recursos, por lo que se ordena la devolución inmediata del expediente al juzgado de conocimiento.

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO

JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
MAGISTRADO

Firmado Por:

Miguel Humberto Jaime Contreras
Magistrado
Sala 08 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jorge Enrique Ortiz Gomez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
Funcionario
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Pio Nicolas Jaramillo Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
Funcionario
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **40528bb38124e66bc3b8504a4f9c951f9a18b44badd0d28bbe265bcdbecf2818**

Documento generado en 26/08/2024 08:48:36 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>