El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: NULIDAD PROCESAL / POR VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA TÉCNICA / SE CONFIGURA SOLO POR EL ABANDONO ABSOLUTO DEL DEFENSOR / NO LA CONSTITUYE LA CONSIDERACIÓN DE QUE OTRA DEBIÓ HABER SIDO LA FORMA DE EJERCER LA DEFENSA.**

… la tesis propuesta por la apelante cabalga en la hipótesis del espejo retrovisor al cuestionar lo que supuestamente mal hizo su antecesor y lo que Ella hubiera hecho en el evento de haber asumido la Defensa del encausado en ese entonces, lo cual constituye en una simple y mera especulación que desconoce que el nuevo Letrado que ingresa a un proceso lo toma en el estado en el que se encuentra y que éticamente le es vedado censurar lo que hizo o no dejo de hacer su antecesor, salvo claro está que ese Togado haya dejado al Procesado abandonado a su suerte a expensas de ser masacrado por la Fiscalía, lo cual, como ya se sabe en momento alguna sucedió en el caso en estudio.

Sobre lo anterior, bien vale la pena traer a colación lo que en los siguientes términos dijo la Corte:

“La violación al derecho a la defensa real o material, se configura por el absoluto estado de abandono del defensor, esto es, una situación de indefensión generada por la inactividad categórica del abogado, por lo que no basta, de cara a la prosperidad del cargo, con la simple convicción de que la asistencia del profesional del derecho pudo haber sido mejor, toda vez que se tiene decantado que la estrategia defensiva varía según el estilo de cada profesional, en el entendido de que no existen fórmulas uniformes o estereotipos de acción. Es decir, la simple disparidad de criterios sobre un punto no tiene la fuerza de configurar una violación al estudiado derecho…”

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente:

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**AUTO INTERLOCUTORIO DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado por acta 1048-A del 18 de noviembre de 2019. H: 3:55 p.m.

Pereira, veintidós (22) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 8:14 a.m.

Procesado: DEVV

Radicación # 66400-31-89-001-2018-0004-01

Delitos: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales abusivos con menor de 14 años

Asunto: Resuelve alzada en contra de auto que negó la nulidad del proceso

Tema: Nulidad por violación del derecho a la defensa técnica.

Procedencia: Juzgado Único Promiscuo del Circuito de La Virginia

Decisión: Confirma auto confutado

**ASUNTO:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de alzada interpuesto por la Defensa del Procesado **DEVV**, en contra del auto interlocutorio proferido por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de La Virginia en las calendas del veintitrés (23) de octubre hogaño, en virtud de la cual, en el devenir de la audiencia del juicio oral, no se accedió a una solicitud de nulidad deprecada por la Defensa, dentro del proceso que se adelanta en contra de DEVV por haber incurrido en la presunta comisión de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

**ANTECEDENTES:**

Acorde con lo consignado en el escrito de acusación, se aduce que la menor “*M.A.C.C.”* de trece años de edad, en una entrevista que sostuvo el 21 de marzo de 2.017 ante una psicóloga del hospital *“San Pedro* y *San Pablo”* del municipio de La Virginia, formuló una serie de incriminaciones en contra de su tío político DEVV[[1]](#footnote-1), a quien sindicó de haber estado abusando sexualmente de Ella desde que era una infante, pero que dichos hechos no los había ventilado, por miedo a unas amenazas que DEVV le profirió en contra de su progenitor.

Según se asevera en el libelo acusatorio, la menor agraviada afirmó que los abusos sexuales empezaron a ocurrir desde que Ella tenía dos años de edad, y consistían en que DEVV en varias ocasiones le practicaba *cunnilingus*. Asimismo, la Fiscalía en la acusación también expuso que la víctima narró que esos atropellos en contra de su integridad sexual prosiguieron de la siguiente manera: a) A los cuatro años de edad DEVV empezó a introducirle el dedo en la región vaginal; b) A la edad de siete años, cuando su familia residía en el municipio de Balboa, en la 1ª planta de una vivienda ubicada en Cll. 10 # 8-24, y el acusado en la 2ª planta, dicho fulano aprovechaba las oportunidades en que las que la madre de la menor viajaba a Pereira, para accederla carnalmente mediante la penetración de su asta viril en la vagina; c) En una época en la que la estuvo residiendo en el municipio de Balboa en el inmueble habitado por su tía JEIMY ALEXANDRA CARDONA RAMÍREZ, en horas de la noche el acusado procedía a meterse en la cama en donde Ella dormía, para luego accederla carnalmente; d) Durante el periodo comprendido entre los meses de noviembre a diciembre de 2.016, periplo en el que estuvo pasando una temporada en una finca denominada *“el Rincón”,* ubicada en la vereda *“la Siria”* del municipio de Pereira, en donde también laboraba el acusado, quien sacaba provecho de las oportunidades en las que Ellos se encontraban a solas para proceder a accederla carnalmente.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el día 21 de noviembre del 2.017 ante el Juzgado Único Promiscuo Municipal de La Virginia, con funciones de Control de Garantías, en las que: a) Se le impartió legalidad a la captura del entonces indicado DEVV, la cual fue precedida de una orden librada por el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Balboa el 30 de octubre de esa anualidad; b) Al procesado DEVV se le imputaron cargos por incurrir en la presunta comisión de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales abusivos con menor de 14 años; c) Al encausado se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.
2. El escrito de acusación data del 17 de enero de 2.018, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado Único Promiscuo del Circuito de La Virginia, ante el cual, el 5 de marzo de 2.018 se celebró la audiencia de formulación de la acusación, en la cual la Fiscalía reiteró los mismos cargos endilgados en contra del Procesado DEVV.
3. La audiencia preparatoria tuvo ocurrencia el 25 de junio de 2.018; mientras que la audiencia de juicio oral se inició el 6 de noviembre de esa anualidad y, después de múltiples aplazamientos, prosiguió el 23 de octubre de los corrientes.
4. Al inicio de la vista pública arriba aludida, la nueva abogada Defensora del procesado DEVV, la togada CLAUDIA ROCIÓ CASTRO OROZCO, deprecó por la nulidad del proceso, a partir de la audiencia preparatoria, aduciendo que su apadrinado careció de una adecuada defensa técnica, por cuanto: a) La estrategia defensiva asumida por el Letrado que la antecedió no fue la mejor ni la más idónea y eficaz, ya que con las pruebas que pidió, solo estuvo encaminado a demostrar las condiciones sociales y personales del acusado, pero que en nada servían para desvirtuar los hechos y las conductas delictivas que la Fiscalía enrostró en contra del Procesado; b) El Defensor de otrora estuvo inactivo, porque no solicitó la práctica de pruebas en pro de los intereses del Procesado, tales como: I. Un peritaje psicológico para determinar la personalidad de la víctima; II. Una prueba pericial para refutar la prueba sexológica de la Fiscalía; III. Los testimonios de personas que tuvieron conocimiento de los hechos, entre ellos los de FLOR MARINA RAMÍREZ FORONDA y JOHAN SEBASTIÁN OSORIO CARTAGENA; IV. La petición como pruebas comunes de los testimonios de la Sra. ADÍELA RAMÍREZ y de la menor “*M.A.C.C.”.*
5. Luego de escuchar la opinión de la Fiscalía, quien se opuso a la petición de nulidad, y del apoderado de las víctimas, que adujo atenerse a lo que el Despacho resolviera, el Juzgado de primer nivel no accedió a la petición de nulidad deprecada por la Defensa. En contra de dicha decisión se alzó oportunamente la Letrada Defensora.

**EL AUTO OPUGNADO:**

Como bien se dijo se trata de la decisión proferida por parte del Juzgado Único Promiscuo del Circuito de La Virginia en el devenir de la audiencia de juicio oral acaecida en las calendas del veintitrés (23) de octubre hogaño, mediante la cual el Juzgado *A quo* no accedió a la solicitud de nulidad procesal deprecada por parte de la Defensa.

Los argumentos invocados por el Juzgado de primer nivel para despachar desfavorablemente la petición deprecada por la Defensa, consistieron en aducir que en el presente asunto no tuvo lugar una violación de derecho de defensa, por ausencia de defensa técnica, del procesado DEVV, porque el Letrado que en el pasado defendió sus intereses en momento alguno estuvo inactivo ni lo abandonó a su suerte, tanto es así que en la audiencia preparatoria, la cual estuvo acorde con el principio de igualdad de armas, solicitó la práctica de unas pruebas, cuya idoneidad y relevancia serán valoradas en su debida oportunidad.

De igual manera, el Juzgado de primer nivel adujo que ante el cambio de Defensor, tal situación no legitimaba a la nueva Defensora para que mediante cuestionamientos del desempeño de quien lo antecedió procediera a pedir nulidades procesales, porque la disparidad de criterios en momento alguno se constituye en razón suficiente como para deprecar nulidades por violación del derecho de defensa. A lo que se le debía sumar que con una petición de nulidad en tales términos, lo único que se perseguía era revivir unas etapas procesales que se encontraban finiquitadas, máxime cuando las nulidades procesales deben solicitarse es en la audiencia de formulación de la acusación y no en la fase del juicio oral.

Por otra parte, en lo que tenía que ver con las pruebas que supuestamente el anterior Defensor no pidió, el Juzgado A *quo* expuso que no era necesario que la víctima fuera sometida a unas nuevas pruebas periciales porque lo único que se conseguiría es su revictimización. Además, la Defensa puede ejercer sus derechos frente a las supuestas pruebas comunes no pedidas con un debido contrainterrogatorio de los testigos echados de menos.

**LA ALZADA:**

Como tesis de su inconformidad, la recurrente adujo que en el presente asunto si tuvo ocurrencia una vulneración del derecho a la defensa técnica que le asiste a su prohijado, lo que conllevaría a la nulidad de la actuación a partir de la audiencia preparatoria, porque el Letrado que la antecedió no actuó idóneamente ni de manera eficaz, por cuanto con la estrategia defensiva que propuso con las pruebas que solicitó en la audiencia preparatoria, en momento alguno podría contrarrestar la teoría del caso de la Fiscalía.

Acorde con lo anterior, adujo la apelante que las falencias en las que incurrió el Defensor de otrora iban a repercutir en detrimento de los intereses del Procesado, y de manera indirecta favorecería los intereses de la Fiscalía y de la representación de las víctimas.

De conformidad con lo anterior la apelante solicitó la revocatoria del proveído confutado, y que en consecuencia se anulará el proceso hasta la audiencia preparatoria, para que de esa forma se pueda corregir el yerro acaecido en el proceso, como consecuencia de la violación del derecho a la defensa del Procesado.

**LAS RÉPLICAS:**

**- La Fiscalía** durante su intervención como no recurrente, solicitó la confirmación del auto opugnado, por cuanto en el presente asunto no tuvo lugar una carencia de defensa técnica del acusado, debido a que el Letrado que lo asistió en el pasado, se desempeñó de manera activa en el devenir de la audiencia preparatoria.

De igual manera, el no apelante adujo que en este asunto lo que se ha presentado es una disparidad de criterios que el nuevo Defensor tiene sobre el desempeño de quien lo antecedió en ese rol, la cual, en su sentir, no es suficiente para que se decrete la nulidad de un proceso.

**- El apoderado de las víctimas,** expresó que se adhería a todo lo dicho por la Fiscalía en su réplica.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto en contra de un auto proferido en primera instancia por un Juzgado Promiscuo del Circuito que hace parte de este Distrito judicial.

**- Problema Jurídico:**

De la sustentación del recurso de alzada, y de lo aducido por los no recurrentes, se desprende el siguiente problema jurídico:

¿La actuación procesal se encuentra viciada de nulidad como consecuencia de las supuestas falencias en las que incurrió en la audiencia preparatoria el Letrado que para ese entonces representaba los intereses del procesado DEVV, las cuales conllevaron a que se le conculcara el derecho a la defensa técnica?

**- Solución:**

Como punto de partida para poder resolver el problema jurídico surgido como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de lo resuelto y decidido por el Juzgado de primer nivel, el cual está relacionado con establecer si en efecto al procesado DEVV se le vulneró el derecho a la defensa técnica como consecuencia de la supuesta errónea estrategia defensiva propuesta por el Letrado que representaba sus intereses, se debe de tener en cuenta que el Derecho a la Defensa es una de las garantías fundamentales que hacen parte de ese cúmulo de principios conocidos como Debido Proceso consagrado tanto en el inciso 3º del artículo 29 de la Carta así como en el inciso 2º del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José[[2]](#footnote-2), el inciso 3º del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[[3]](#footnote-3), y el artículo 8º del C.P.P.

Del contenido de la normatividad antes enunciada, se desprende que es muy amplio el radio de acción del Derecho a la Defensa, puesto que el ejercicio del mismo comprende:

* El Derecho que le asiste al Procesado de conocer los cargos que son objeto de la acusación o de la imputación.
* La posibilidad de ser representado por un Profesional del Derecho, ya sea designado por el mismo Procesado o en su defecto por el Estado, para que asuma la Defensa Técnica.
* El ejercicio del Derecho de controvertir las pruebas que se alleguen en contra del Procesado, así como de presentar pruebas para desvirtuar la acusación.
* El Derecho a impugnar el fallo o la sentencia ante un Tribunal o Juez de superior jerarquía.

Al cotejar lo anterior con la tesis propuesta por el recurrente en la alzada, quien argumenta que la actuación procesal se encuentra viciada de nulidad por violación del derecho de defensa, por ausencia de defensa técnica, debido a que el Procesado, pese a que estuvo asistido por un abogado, dicho profesional del derecho prácticamente no hizo nada útil e idóneo en pro de los intereses del acusado, la Sala considera que no le asiste la razón a los reproches formulados por la apelante en contra de lo resuelto por el Juzgado *A quo*, por cuanto el rol que desempeñó el antiguo Letrado que representó los intereses del encausado se encuentra dentro de los estándares mínimos que se pueden esperar de lo que debe hacer un profesional del derecho en el devenir de una audiencia preparatoria, por cuanto ese Togado cumplió con la obligación que le asistía de descubrir pruebas y de solicitar la práctica de pruebas, para así poder rebatir la acusación, lo cual es lo mínimo que se espera que un Defensor haga en una audiencia preparatoria.

Así tenemos que en el devenir de la audiencia preparatoria celebrada el 25 de junio de 2.018, el Dr. WILSON GIANCARLO SANABRIA, quien era el Letrado que representaba los intereses del acusado, llevó a cabo las siguientes actuaciones: i) Señaló no tener observaciones al descubrimiento probatorio efectuado por la Fiscalía; ii) Solicitó las pruebas que pretendía hacer valer en juicio, entre las cuales se encontraba: a) El testimonio de la menor víctima, que sería considerado como prueba común; b) El testimonio del investigador de la Defensa JOSÉ ROBLEDO GIRALDO; c) Los testimonios de JEIMY ALEXANDRA CARMONA; DANIELA SÁNCHEZ RAMÍREZ; LUDIVIA MÁRQUEZ; DANIEL VÁSQUEZ; MARÍA HELENA SALAZAR, y el del procesado DEVV; d) Una serie de pruebas documentales, entre las cuales descollaba una carta suscrita por la víctima de su puño y letra con destino al Procesado iii) Se refirió a las pruebas que deprecó en términos de pertinencia y utilidad, los cuales no estaban únicamente circunscritos al buen comportamiento social o personal del acusado; iiii) Adujo no tener interés en refutar el arsenal probatorio de su contraparte.

De lo antes expuesto se desprende que no es cierta la tesis de la orfandad de defensa técnica que supuestamente aquejaba al Procesado, ni de la incuria en la que incurrió el Letrado que representaba sus intereses, porque está más que claro que el abogado WILSON GIANCARLO SANABRIA en momento alguno estuvo inactivo ni de brazos cruzados, ni que mucho menos haya abandonado al Procesado a su suerte, porque cumplió con las expectativas de lo que mínimamente se esperaba que un Defensor debía hacer en el devenir de una audiencia preparatoria, lo que no es otra cosa diferente que la de solicitar la práctica de pruebas que redunden en favor de los intereses del encausado.

Ahora, en lo que tiene que ver con las críticas que la recurrente ha formulado sobre la eventual inutilidad y poca solvencia probatoria de los medios de conocimiento pedidos por el Defensor de otrora, la Sala dirá que ello no es cierto, porque, como bien lo adujo la *A quo,* ello es tópico que se debe analizar es al momento de la apreciación del acervo probatorio. Además, si se tiene en cuenta lo dicho por la Defensa sobre la conducencia y la pertinencia de las pruebas deprecadas, muchas de las cuales no estaban circunscritas a demostrar el buen comportamiento social y personal del acusado, como falazmente lo adujo la apelante, ya que las mismas, según el decir del Defensor de otrora, tenían como propósito «*esclarecer las circunstancias en las que ocurrieron los hechos»*, se puede colegir que la Defensa con la solicitud de esas pruebas, de una u otra forma lo que pretendía era oponerse a las pretensiones punitivas de la Fiscalía esgrimidas en la acusación.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con:

* Las pruebas que según la recurrente su antecesor debió pedir su práctica y no lo hizo, la Sala considera, acorde con el principio de la transcendencia, que ese supuesto acto de incuria que se le reprocha al Defensor de otrora no es relevante, porque dichas pruebas preteridas, o sea los testimonios de FLOR MARINA RAMÍREZ FORONDA; ADÍELA RAMÍREZ y JOHAN SEBASTIÁN OSORIO CARTAGENA, se deben considerar como pruebas inútiles e inadmisibles por tratarse de testigos de oídas o pruebas de referencia, por cuanto esos testigos lo único que iban a hacer era replicar en el juicio lo que la menor agraviada le dijo a Ellos sobre lo acontecido, y por ende, con la práctica de tales medios probatorios, lo único que se lograría seria desconocer la prohibición que en tal sentido consagra el artículo 438 C.P.P. sobre las pruebas de referencia, las cuales, por regla general son inadmisibles.
* No es cierto, como erradamente lo afirma la apelante, que el Defensor de otrora no haya pedido como prueba común el testimonio de la menor “*M.A.C.C.”*, por cuanto de lo acontecido en la audiencia preparatoria celebrada el 25 de junio de 2.018, se tiene todo lo contrario, o sea que sí solicitó como prueba común el testimonio de la agraviada.
* Al aplicar el principio de la transcendencia, por el mero hecho que en la audiencia preparatoria la Defensa no haya solicitado la práctica de pruebas periciales para desvirtuar los informes periciales sexológicos y psicológicos descubiertos por la Fiscalía, ello no le impide a la recurrente asesorarse y ser asistida en el juicio de expertos en dichas ciencias para que de esa forma pueda ejercer un debido contrainterrogatorio a lo atestado por los perito de la Fiscalía; e incluso, con fines de refutación, tiene la posibilidad de poder descubrir de manera excepcional pruebas periciales en los eventos en los que tenga lugar las hipótesis aludidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema en la Providencia adiada el veinte (20) de agosto de 2014. Rad. # 43749, sobre la procedencia de la prueba de refutación[[4]](#footnote-4).

De lo dicho hasta ahora se desprende que la tesis propuesta por la apelante cabalga en la hipótesis del espejo retrovisor al cuestionar lo que supuestamente mal hizo su antecesor y lo que Ella hubiera hecho en el evento de haber asumido la Defensa del encausado en ese entonces, lo cual constituye en una simple y mera especulación que desconoce que el nuevo Letrado que ingresa a un proceso lo toma en el estado en el que se encuentra y que éticamente le es vedado censurar lo que hizo o no dejo de hacer su antecesor, salvo claro está que ese Togado haya dejado al Procesado abandonado a su suerte a expensas de ser masacrado por la Fiscalía, lo cual, como ya se sabe en momento alguna sucedió en el caso en estudio.

Sobre lo anterior, bien vale la pena traer a colación lo que en los siguientes términos dijo la Corte:

“La violación al derecho a la defensa real o material, se configura por el absoluto estado de abandono del defensor, esto es, una situación de indefensión generada por la inactividad categórica del abogado, por lo que no basta, de cara a la prosperidad del cargo, con la simple convicción de que la asistencia del profesional del derecho pudo haber sido mejor, toda vez que se tiene decantado que la estrategia defensiva varía según el estilo de cada profesional, en el entendido de que no existen fórmulas uniformes o estereotipos de acción. Es decir, la simple disparidad de criterios sobre un punto no tiene la fuerza de configurar una violación al estudiado derecho…”[[5]](#footnote-5).

En suma, lo dicho hasta ahora es suficiente para concluir que no le asiste la razón a los reproches que la apelante ha efectuado en contra del proveído confutado, porque en momento alguno al Procesado DEVV se le vulneró el Derecho a la Defensa, ni mucho menos la gestión desempeñada por el Letrado que lo representó se puede considerar como inane e irrelevante respecto a lo que se espera que debe hacer un Togado que representa los intereses de alguien que ha sido acusado de presuntamente cometer una conducta punible.

Siendo así las cosas, la providencia confutada ha de ser confirmada por la Colegiatura.

En mérito de todo lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Pereira,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la providencia proferidapor el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de La Virginia en las calendas del veintitrés (23) de octubre hogaño, en virtud de la cual, en el devenir de la audiencia del juicio oral, no se accedió a una solicitud de nulidad deprecada por la Defensa, dentro del proceso que se adelanta en contra de **DEVV**, por haber incurrido en la presunta comisión de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

**SEGUNDO:** Devolver el expediente al Despacho de origen para que se continúe con los trámites dentro de la causa penal.

**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. El cual funge como marido de la Sra. JEIMY ALEXANDRA CARDONA RAMÍREZ, tía de la menor agraviada. [↑](#footnote-ref-1)
2. Aprobado mediante le Ley 16 de 1.972. [↑](#footnote-ref-2)
3. Aprobado mediante Ley 74 de 1.968. [↑](#footnote-ref-3)
4. Las cuales en esencia, están relacionadas con aquellos eventos en los que los peritos, de manera imprevisible para la contraparte, al momento de testificar expresen opiniones que rebasan o van más allá de lo consignado en el informe base de su opinión experta. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 18 de enero de 2017. SP154-2017. Rad. # 48128. M.P. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA. [↑](#footnote-ref-5)