

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



## RAMA JUDICIAL

**Radicado: 05212 60 00201 2012 06871**  
**Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes**  
**Imputados: Faber Andrés Cataño Rojo**  
**Asunto: Nulidad en juicio oral**  
**Decisión: Revoca**  
**Magistrado Ponente: Pío Nicolás Jaramillo Marín**  
**Aprobado Acta N°: 123**

### TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

#### Sala de Decisión Penal

**Medellín, diez de noviembre de dos mil dieciséis.**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Delegado Fiscal 210 Seccional, contra la decisión interlocutoria proferida por el Juez Penal del Circuito del municipio de Girardota, el 15 de septiembre de la presente anualidad, mediante la cual decretó nulidad de la actuación por vulneración de garantías fundamentales, dentro del proceso que se surte contra el señor **Faber Andrés Cataño Rojo**, por la presunta comisión del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

## **1. ANTECEDENTES:**

De acuerdo con los hechos narrados por la Fiscalía 210 Seccional del municipio de Girardota, se tiene que el 25 de octubre del año 2012, siendo aproximadamente las 09:50 horas, algunos Agentes de la Policía Nacional del municipio de Barbosa, Antioquia, realizaban labores de patrullaje en el corregimiento de El Hatillo, vereda El Paraíso de esa localidad, cuando observaron a una persona de sexo masculino que al advertir la presencia de los uniformados, emprende la huida, arrojando una bolsa negra que llevaba en su mano derecha, debiendo usar la fuerza los policiales para poder lograr su aprehensión en tanto opuso resistencia para ello. Al verificar el contenido de la bolsa se halló dentro de seis bolsas pequeñas herméticas, contenido de sustancia vegetal similar a la marihuana; 4 bolsas herméticas con contenido cada una de 3 cigarrillos con envoltura blanca que contenía sustancia verde similar a la marihuana, y 2 bolsas plásticas con cierre hermético transparente, que contenía seis cigarrillos con envoltura de papel aluminio que en su interior contenían una sustancia verde similar a la marihuana; 3 bolsas plásticas herméticas transparentes que contenían la primera 15 papeletas que en su interior contenían una sustancia con características similares a la base de coca; una bolsa con 10 papeletas y otra bolsa con 30 papeletas transparentes que contenían en su interior una sustancia con características similares a la coca; en un bolso color verde con bordados de hilo, tenía la suma de \$10.500 pesos. De inmediato procedieron los uniformados a efectuar la captura del aprehendido y su identificación, respondiendo al nombre de Faber Andrés Cataño Rojo, quien manifestó ser titular de la cédula nro. 1.035.222.375.

Efectuada la valoración técnica a las sustancias incautadas, se obtuvo como resultado positivo para cannabis y sus derivados en cantidad de 52.2 gramos, y positivo para cocaína y sus derivados en un peso neto de 15.8 gramos.

El 26 de octubre de 2012, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Barbosa, Antioquia, declaró legal la captura en circunstancias de flagrancia efectuada contra el procesado, formulándose seguidamente por parte de la Fiscalía, imputación en su contra por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en su modalidad de llevar consigo, absteniéndose el Delegado Fiscal de solicitar imposición de medida de aseguramiento en su contra<sup>1</sup>.

Radicado el escrito de acusación el 11 de enero de 2013<sup>2</sup>, el 2 de mayo de 2016<sup>3</sup>, esto es, 3 años y 3 meses después, el Juzgado Penal del Circuito de Girardota, Antioquia, fija fecha para llevar a cabo audiencia de formulación de acusación, misma que tuvo lugar el día 25 del mismo mes y año. La preparatoria del juicio oral se agotó el 2 de agosto de 2016<sup>4</sup>.

El Despacho de instancia, en cabeza de un nuevo titular, optó por decretar la nulidad de lo actuado, habiendo sido impugnada su decisión por parte del Delegado Fiscal, razón por la cual conoce ahora la Sala de este asunto.

---

<sup>1</sup> Ver acta de audiencias concentradas del 26 de octubre de 2012 y respectivo registro de audio

<sup>2</sup> Folio 1 fte. supra

<sup>3</sup> Folio 12 fte.

<sup>4</sup> Folio 16 fte.

## **2. DECISIÓN IMPUGNADA**

Al inicio de lo que sería la audiencia del juicio oral, concretamente el día 15 de septiembre de 2016, el nuevo titular del Despacho decreta la nulidad de lo actuado por vulneración del debido proceso, ordenando retrotraer la actuación hasta la audiencia de formulación de acusación. Para ello, el señor Juez argumentó esencialmente:

i) Hubo indebida citación al imputado Faber Andrés Cataño Rojo, toda vez que sólo se intentaron algunas llamadas telefónicas a un abonado, obteniéndose como respuesta que éste no había sido asignado al público, desconociéndose con ello los parámetros establecidos en el artículo 172 de la Ley 906 de 2004 que establece el adecuado proceso de citación. El juicio sólo puede adelantarse sin la presencia del procesado cuando se ha declarado su contumacia o se le ha declarado persona ausente. Si no se logra la comparecencia de éste, debe darse aplicación a la Sentencia C-591 de 2005. ii) El señor Faber Andrés Cataño Rojo no tiene conocimiento del impulso del presente asunto, cuyos hechos ocurrieron desde el año 2012 y aún se tramita. iii) No comparte el Despacho el criterio de que por haberse formulado imputación el procesado tiene la carga de estar atento del trámite, porque es a la Fiscalía a la que le corresponde velar por su ubicación. iv) Pese a que el artículo 339 de la Ley 906 de 2004 determina que es la audiencia de formulación de acusación el escenario propicio para plantear las nulidades, en este caso tanto el entonces titular del Despacho como el Defensor no avizoraron la existencia de la nulidad, lo cierto es que al no haber podido estar presente en ese momento procesal, le corresponde ahora al actual titular sanear la actuación por existencia de

nulidad absoluta por vulneración de los derechos fundamentales, por falta de defensa técnica y afectación del debido proceso que asiste al señor Cataño Rojo a quien no se brindó oportunidad de allanarse por no haberse efectuado su citación en adecuada forma –artículos 356 y 357 de la Ley 906 de 2004-. v) Frente a la declaratoria de nulidad, debe darse aplicación en este caso a los postulados de la Ley 600 de 2000, aún vigente, en la medida en que permite decretar la misma en cualquier estado del proceso, siendo esa una norma que favorece a los intereses del señor Faber Andrés Cataño Rojo.

### **3. ARGUMENTOS DE LA REPOSICIÓN Y APELACIÓN:**

Inconforme con la decisión de instancia, el Delegado Fiscal 210 Seccional, interpuso los recursos de reposición y apelación, habiéndose ratificado en su decisión de nulidad el Juez titular del Despacho para lo cual en esencia reiteró sus argumentos iniciales. Los aspectos tenidos en cuenta por el apelante para atacar la decisión, se centran en que:

i) El trámite procesal lleva más de 4 años, pues el señor Cataño Rojo fue capturado llevando consigo considerables cantidades de estupefaciente en el año 2012, debiéndose ejercer la fuerza en su contra porque pretendió evadir la acción de la justicia intentando huir del sitio, siendo ello indicativo de que no tiene interés para enfrentar la acción penal que se sigue en su contra. ii) En audiencias preliminares el Juez de garantías también le solicitó proporcionar sus datos de ubicación pero fue evasivo para hacerlo, de lo que se colige no quiere ser ubicado para el proceso, sin que se le haya podido obligar a brindar más información porque estaba amparado por el derecho de no

autoincriminación. No obstante la Fiscalía plasmó los pocos datos que éste proporcionó para ser ubicado. iii) El procesado siempre ha contado con defensa técnica asignada a través de la Defensoría Pública, inicialmente con un Abogado y posteriormente mediante la asignación de otro. iv) En audiencia de acusación se avaló el procedimiento por el titular del Despacho y las partes, siendo esa una decisión que se encuentra en firme. La etapa procesal ya está precluida y por tanto debe operar la seguridad jurídica, pues no puede ser que la actuación quede sometida al vaivén del cambio de operador jurídico. v) Sólo ante la detención del procesado se hace obligatoria su presencia en audiencia, salvo que éste decida no acudir. En este caso el señor Cataño Rojo no está privado de la libertad, y voluntariamente ha decidido no comparecer al proceso. vi) La contumacia y la declaratoria de persona ausente no opera en este caso en el que ya el procesado conoce del trámite. vii) Cuando se formuló la imputación, seguramente se explicó al procesado que el trámite procesal continuaría. Por tanto considera que no se dan los presupuestos contenidos en los artículos 455 y 456 para declarar la nulidad de lo actuado.

#### **4. CONSIDERACIONES:**

Es competente esta Sala de Decisión Penal para entrar a resolver el presente trámite, de acuerdo con lo descrito en el art. 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004.

Debe acotarse desde este momento, que la Sala se centrará, atendiendo al orden lógico del asunto, puntualmente en los aspectos relevantes tenidos en cuenta por el impugnante para formular la censura contra la decisión del Juez de instancia,

misma que se advierte de una vez será objeto de revocatoria, teniendo para ello como referente obligado, el trámite agotado por el Despacho de conocimiento, si se hacía necesario o no declarar la contumacia o declaratoria de persona ausente del procesado, la actitud asumida por éste frente al presente trámite procesal, y la posibilidad o no de convalidar la actuación que se tilda de irregular con miras a evitar la declaratoria de nulidad.

En la sistemática de la Ley 906 de 2004, se disponen tres causales a efectos de plantear la ineficacia de los actos procesales, dispuestas en el los Arts. 455 a 457 del C.P.P.: i) Cuando la nulidad se derive de prueba ilícita, ii) Por incompetencia del juez en razón de su fuero o que estuviere asignado a los jueces del circuito especializados, y iii) Por violación de garantías fundamentales en el derecho de defensa o el debido proceso, en aspectos sustanciales.

Ello, en efecto, debe concordarse con los principios dispuestos en la Ley 600 de 2000, pues si bien no están consagrados expresamente en la Ley 906 de 2004, jurisprudencialmente se ha extendido tal interpretación, sin que riña con este sistema.

En torno a la declaratoria de nulidad y los principios que deben orientar la decisión que positiva o negativamente deba adoptarse, ha referido la Corte Suprema de Justicia:

*“(...) los motivos de ineficacia de los actos procesales -a que se alude en el Libro III, Título VI, artículos 455 y siguientes de la Ley 906 de 2004-, no son de postulación libre, sino que, por el contrario, se hallan sometidos al cumplimiento de precisos principios que los hacen operantes”.*

En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que de acuerdo con dichos principios, solamente es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley (*taxatividad*); **no puede invocarse el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, salvo el caso de ausencia de defensa técnica, (protección); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (convalidación)**; quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación y/o el juzgamiento (*trascendencia*); **no se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad a que estaba destinado, pues lo importante no es que el acto procesal se ajuste estrictamente a las formalidades preestablecidas en la ley para su producción, sino que a pesar de no cumplirlas estrictamente, en últimas se haya alcanzado la finalidad para la cual está destinado (instrumentalidad) y; además, que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte (residualidad)**<sup>5</sup>.

Imprimiendo entonces un orden lógico a los motivos de impugnación, es dable señalar, en primer lugar, que no puede alegarse la existencia de nulidad de lo actuado en este asunto por no haberse proferido la declaratoria de contumacia o de persona ausente, en la medida en que éstas presentan un carácter excepcional, y ambos fenómenos se encuentran específicamente reglamentados conllevando unas rigurosas exigencias para las autoridades judiciales, tanto para aquella que realiza la pretensión en tal sentido, como para el funcionario encargado de decidir la misma. De igual manera, se encuentran justificadas a efectos de darle celeridad y eficacia a la administración de justicia, en ausencia del procesado pero bajo ciertas condiciones.

---

<sup>5</sup>Decisión 32.143 de 2011.



Debe señalarse entonces, a través de la Sentencia C-591 de 2005, se declararon exequibles los Arts. 127 –*persona ausente*- y 291 –*contumacia*- de la Ley 906 de 2004, bajo el entendido: i) Que el Estado debe agotar todos los medios idóneos necesarios para informar a la persona sobre el inicio de un proceso penal en su contra, ii) Que exista identificación plena o suficiente del indiciado y iii) Que sea evidente su renuencia.

Sumado a ello la Corte Suprema de Justicia, ha referido que la figura de la contumacia –Art. 291 del C.P.P.- presupone que la Fiscalía tiene plenamente identificado al indiciado y que lo ha localizado sin equívocos, o cuenta con los elementos necesarios y suficientes para su ubicación en un lugar específico:

*“En ese orden de ideas, sólo es posible declarar la contumacia del indiciado, cuando el Juez de Control de Garantías –después de agotar los medios disponibles y razonablemente aplicables- sabe con seguridad que aquél ya se enteró de que su presencia es requerida para llevar a cabo la audiencia preliminar, y, sin embargo de ese conocimiento, decide no asistir, sin excusarse al menos sumariamente, por rebeldía contra la administración de justicia”<sup>6</sup>. (Subrayas y negrillas fuera de texto)*

De lo transcrito, sin realizar mayor esfuerzo, surge diáfano que, contrario a lo afirmado por el Juez de instancia, en este caso en particular, se insiste, no se hacía necesario declarar contumaz y menos aún persona ausente al procesado **Faber Andrés Cataño Rojo**, porque éste estuvo presente en el acto de formulación de imputación consiguiente a la legalización de la captura que en circunstancias de flagrancia fue declarada en su contra, constatándose en el registro que al minuto 18.20 de la

---

<sup>6</sup> Sala Penal. Radicado 27.788 del 3 de septiembre de 2007.

formulación de imputación el Delegado Fiscal informó al procesado que la Fiscalía continuaría con la presente investigación, siéndole reiterada tal situación por la Jueza con función de control de garantías en la misma audiencia, al minuto 23.30 del registro, razón por la cual es evidente, el procesado conocía del adelantamiento del presente asunto, y en la actual sistemática procesal penal, dichas figuras jurídicas operan antes de ser agotadas las audiencias preliminares cuando no ha sido posible lograr su comparecencia, bien sea porque fue notificado debidamente para ello sin atender el llamado para la imputación, caso en el cual opera la declaratoria de contumacia, o bien porque no ha podido ser ubicado, evento en el cual, debe ser declarado persona ausente. En uno y otro caso, deben agotarse con rigurosidad todas las gestiones necesarias para lograr el enteramiento del procesado de la existencia de su requerimiento para formulación de imputación, y del día, hora y lugar en que se llevará a efecto la audiencia preliminar en la que la Fiscalía concretará su pretensión punitiva.

No obstante lo anterior, es claro que el simple hecho de que el procesado esté presente en la audiencia de formulación de imputación, tampoco releva, en manera alguna al Estado, de procurar con la diligencia debida, su ubicación personal a fin de ser notificado en adecuada forma de cada una de las audiencias subsiguientes hasta el agotamiento total del proceso.

Sin embargo, de tiempo atrás el precedente jurisprudencial también ha tenido en cuenta la misma actitud del imputado frente al proceso, estableciendo diferencia entre el procesado que se oculta o que procura no ser localizado, a aquél que está siempre dispuesto a ser ubicado para el adelantamiento

del proceso. En la referida Sentencia C-591 de 2005, retomando su propia jurisprudencia, acotó la Corte Constitucional:

“A lo largo de su jurisprudencia, la Corte ha examinado la compatibilidad de la realización de juicios en ausencia con el artículo 29 Superior. En tal sentido, esta Corporación en sentencia C- 488 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, estableció una clara diferencia entre el procesado que se oculta y el sindicado que no tiene oportunidad de enterarse de la existencia del proceso:

*“En el caso del **procesado ausente**, debe distinguirse entre el procesado que **se oculta** y el **sindicado que no tiene oportunidad de enterarse de la existencia** del proceso, para efectos de determinar los derechos que les asiste. Así, cuando la persona se oculta, está renunciando al ejercicio personal de su defensa y delegándola en forma plena en el defensor libremente designado por él o en el que le nombre el despacho judicial del conocimiento. No obstante, conserva la facultad de hacerse presente en el proceso en cualquier momento e intervenir personalmente en todas las actuaciones a que haya lugar de acuerdo con la etapa procesal respectiva; pero no puede pretender que se repitan las actuaciones ya cumplidas, aunque sí solicitar la declaración de nulidad por falta de defensa técnica”.*

Ahora bien, sin perjuicio de lo que demanda el precedente jurisprudencial transcrito, que también deja en claro que “la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, en tanto también debe buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como los de las víctimas”, es claro que en este caso en concreto, el procesado, desde el momento de su captura mostró el ánimo de evadir su compromiso con la justicia, y de hecho ya en el estrado judicial

contribuyó para dificultar su localización posterior, pues no sólo proporcionó un número telefónico “*no asignado al público*”, sino que se abstuvo de brindar mayores datos para su ubicación, evidenciando con su propio actuar el desinterés de atender el llamado de la justicia para el trámite del proceso. A ello sumado, que éste enterado como está de la iniciación y consecuente existencia del proceso en su contra, también tiene cargas que cumplir frente al mismo, entre ellas precisamente el de brindar la información necesaria para su ubicación, y actualizar frente a un potencial cambio de residencia, los nuevos datos de localización.

Es por ello que la no presencia del procesado en las diferentes audiencias agotadas en el proceso, *per se* no amerita declarar la nulidad en los términos en que en este caso se hizo, pues en efecto, en ello contribuyó el mismo imputado.

De otro lado, la declaratoria de nulidad se rige por claros principios, como son la “**convalidación, trascendencia, instrumentalidad y residualidad**”, ampliamente reiterados por el precedente jurisprudencial como de necesaria observancia para poder acudir al remedio extremo de la nulidad<sup>7</sup>, sin que éstos hayan sido observados en este caso en particular en el que se itera, el procesado ha asumido desde el principio una actitud reticente sobre su ubicación por parte de la jurisdicción.

Clarificado lo anterior debe acotarse igualmente que tampoco está llamada a prosperar la declaratoria de nulidad en este caso, por falta de Defensa técnica como lo autoriza la norma, en la medida en que quienes fungieron como tal, asistieron a las audiencias preliminares en las que inclusive solicitaron en favor de aquél su liberación inmediata, a la acusación y preparatoria,

---

<sup>7</sup>Decisión 32.143 de 2011.

haciendo constar en el estrado que no fue posible su localización, y solicitando en la preparatoria como práctica probatoria el testimonio de su prohijado si es que éste comparecía. De hecho, uno de los Defensores expresó en el estrado que el procesado no fue localizado, sin que se haya concretado mayor información sobre el particular.

A ello sumado, que no puede descartarse que ante una captura que evidentemente se materializó en circunstancias de flagrancia, la estrategia defensiva por obvias razones, pueda ser la abstención de probar, sin que ello necesariamente implique el incumplimiento de las obligaciones propias del rol que desempeñaron ambos Defensores en este caso.

Es claro, entonces, que no está acreditado que se haya faltado a la defensa técnica en favor del procesado, quien se repite, ha contribuido desde los albores de la actuación, con la dificultad enfrentada para ser localizado aún por su propio defensor quien en medida de lo posible, ha efectuado actos positivos de gestión defensiva que le fue asignada por la Defensoría Pública, ante la imposibilidad que al parecer enfrentó desde un principio el imputado para designar un profesional por cuenta propia.

En decisión de la Corte Suprema<sup>8</sup>, reiterada en la Sentencia C-069 de 2009, se aludió:

*“3. Igualmente la Corte tiene definido<sup>9</sup> que el derecho a la defensa técnica, como garantía constitucional, posee tres características esenciales: debe ser intangible, real o material, **y permanente en todo el proceso. La***

---

<sup>8</sup>Decisión 16.958 del 6 de septiembre 2007.

<sup>9</sup> Sala Penal. Sentencia de 19 de octubre de 2006. Proceso N° 22432.

**intangibilidad está relacionada con la condición de irrenunciable, por lo tanto, en el evento de que el imputado no designe su propio defensor, el Estado debe procurárselo de oficio o a través de la Defensoría Pública; material o real porque no puede entenderse garantizada por la sola existencia nominal de un profesional del derecho, sino que se requieren actos positivos de gestión defensiva, y finalmente la permanencia conlleva a que su ejercicio debe ser garantizado en todo el trámite procesal sin ninguna clase de excepciones ni limitaciones.**

**En consecuencia, la no satisfacción de cualquiera de estas características, por ser esenciales, deslegitima el trámite cumplido, y por lo tanto, impone la declaratoria de su nulidad, una vez comprobada su trascendencia”.**

Como viene de acotarse en el último párrafo jurisprudencial transcrito, en este caso en particular no se ha establecido la trascendencia o no de la declaratoria de nulidad por la no comparecencia de un procesado que desde el comienzo evidenció su renuencia al proceso, desconociéndose si tiene interés o no de hacer solicitud probatoria alguna, o de permanecer o no incólume en su posición de no aceptar los cargos imputados.

Por tanto, se revocará la decisión objeto de alzada, debiéndose continuar con el rito del juicio oral, sin perjuicio de intentar con ahínco la localización del procesado a través de los diferentes medios informativos estatales para lograr su comparecencia.

Por último, como aspecto en el que se encuentran seriamente comprometidos tanto el Despacho de Conocimiento como la Fiscalía y aún la misma Defensa en lo que se refiere a evitar actuaciones dilatorias en este asunto, advierte la Sala que **la prescripción de la acción penal en el presente trámite**

**operará en el mes de abril del año 2017** de no proferirse antes las sentencias de primera y/o segunda instancia que pongan fin a la actuación. Por tanto, la misma deberá agotarse con prelación a fin de evitar la ocurrencia de tal fenómeno y las investigaciones disciplinarias y aún penales a que haya lugar.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN** -Sala Novena de Decisión Penal –

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO: REVOCAR** la decisión de origen, fecha y contenido indicados. En su lugar, se ordena continuar con la realización del juicio oral, previa citación del procesado, en los términos indicados.

**SEGUNDO:** Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

**TERCERO.** Remítase la carpeta al juzgado de origen para los fines pertinentes.

**DÉJESE COPIA YCÚMPLASE.**

**PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN**

**Magistrado**

**MARITZA DEL S. ORTIZ CASTRO**

**Magistrada**

**CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO**

**Magistrado.**