

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

AUTO INTERLOCUTORIO No. 054 – 2022- 2da instancia

Radicado: 05-001-60-00206-2019-16322

PROCESADO: SERGIO ANTONIO ARANGO CHICA
DELITO: ACTOS SEXUALES ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS
DECISIÓN: CONFIRMA NULIDAD
ORIGEN: JUZGADO 3 PENAL DEL CIRCUITO DE BELLO
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

(Aprobado mediante Acta Nro. 106)

(Sesión del 26 de septiembre de 2022)

Medellín, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintidós (2022). Fecha lectura.

Se conoce del recurso de apelación interpuesto por el Fiscal 220 Seccional de Medellín y el representante de víctimas, contra el auto proferido por la **JUEZ TERCERA PENAL DEL CIRCUITO** de Bello, Antioquia, el 1º de julio de 2022, mediante el cual declaró la nulidad del proceso a partir de la audiencia preparatoria.

1. ANTECEDENTES

1.1. LOS HECHOS: Según la acusación, a eso de las 19:30 horas del 6 de julio de 2019, en inmediaciones de la calle 53 con carrera 43, barrio “Las Granjas”, del municipio de Bello, Antioquia, se topó el acusado SERGIO ANTONIO ARANGO CHICA con la menor MJM de escasos 8 años de edad, procediendo a hacerle tocamientos libidinosos, como palparle la vagina por encima de la ropa, hechos que fueron observados por la madre de la menor y su tío John Darío Montoya Diez, quienes intervinieron de inmediato, haciendo gritería, razón para que la comunidad retuviera al supuesto depredador hasta que hizo presencia la policía, procediendo con su captura.

1.2. ACTUACION PROCESAL: El 8 de julio de 2019, ante el Juez Veintisiete Penal Municipal de Medellín, Antioquia, se llevó a cabo la audiencia de legalización de captura

y formulación de imputación en contra del señor SERGIO ANTONIO ARANGO CHICA, como autor del delito de actos sexual con menor de 14 años, cargos que no fueron aceptados, para finalmente imponerle medida de aseguramiento en centro carcelario.

La Fiscalía presentó escrito de acusación el 27 de septiembre de 2019 en contra del imputado, correspondiéndole por reparto su conocimiento al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bello, donde se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación el siguiente 3 de diciembre. La audiencia preparatoria se adelantó el 29 de enero de 2020 y se inició el juicio oral adelantándose sesiones los días 3 de septiembre, 15 y 26 de octubre de 2021 y 30 de marzo de 2022. Para el 1º de julio pasado, la nueva defensora del acusado solicitó la nulidad de lo actuado, a lo que accedió la primera instancia, decisión apelada, motivo por el cual conoce la Sala el presente caso.

1.3. AUTO RECURRIDO: Para la juez de primera instancia es viable la solicitud de nulidad planteada por la defensa, pues desde la audiencia preparatoria se advirtieron solicitudes ambiguas e incoherentes, donde no se argumentaron siquiera la pertinencia y utilidad de los medios de convicción solicitados, incluso desechándose elementos valiosos a fin de llegar a una verdad material sobre los hechos investigados.

Al presentarse por el inicial defensor la teoría del caso, esta fue distante a lo pertinente para el caso, con un análisis demasiado temprano de acuerdo con la etapa procesal y frente a pruebas no practicadas.

Tampoco hubo técnica por parte del abogado en el interrogatorio de la menor víctima, pretendiendo interactuar con ella, sin enviar cuestionario a través de la Defensora de Familia, debiendo ser corregida esa situación, incluso el cuestionario también fue reformado por el tipo de preguntas, igual aconteció con el testimonio de la madre de la ofendida.

De otra parte, hizo el abogado referencia a documentos que no fueron introducidos y no tenían por qué ser valorados.

Frente a otros testimonios surtidos en el juicio, como el de los policías que hicieron la captura, el tío de la víctima, el topógrafo y el fotógrafo, frente a los cuales la Fiscalía realizó preguntas sugestivas, la defensa no efectuó las debidas objeciones.

Las pruebas en juicio de la defensa tampoco tuvieron idoneidad de cara a la construcción de evidencias, trayendo a colación testimonios de personas de la zona, incorporándose de manea referencial sus dichos. Se trajo a un perito para refutar una prueba pericial que nunca fue llevado por la Fiscalía al juicio.

Todo lo anterior llevó a que se declarará la nulidad desde la audiencia preparatoria a fin de garantizar el derecho de defensa.

2. ARGUMENTOS DEL APELANTE

2.1. El delegado fiscal interpuso recurso de apelación para lo cual argumentó:

- No se observa violación a los principios de trascendencia e instrumentalidad desde la audiencia preparatoria. El principio de trascendencia implica que debe existir un daño o perjuicio, cierto, concreto, real e irreparable, una irregularidad sustancial que afecte las garantías constitucionales o desconozca los fundamentos del proceso, pues no hay nulidad por nulidad; tanto defensa como Fiscalía solicitaron sus pruebas, la señora juez las decretó y le negó algunas a la defensa en cuanto las consideró intrascendentes. Se cumplió con el principio de instrumentalidad que implica que se debe cumplir con la finalidad de la audiencia, siendo un momento primigenio para determinar si la defensa es idónea o no.
- Si bien se avizora un poco de desconocimiento del defensor cuando pidió por ejemplo los audios de las audiencias preliminares, ello simplemente tiene que ver con diferentes formas de argumentar.
- La Juez y el Ministerio Público estuvieron presentes en la petición probatoria y nada se dijo en cuanto a la idoneidad del abogado.

- En la audiencia preparatoria, en criterio de la primera instancia, dice que *"se advierte solicitudes ambiguas e incoherentes sin que haya argumentado siquiera la pertinencia o utilidad de los medios de convicción"*; sobre el primer punto, puede que haya sido así, pero al final de cuentas se decretaron las pruebas que pidió.
- Dice la primera instancia, que *"se echan de menos varios elementos valiosos a fin de llegar a una verdad material de los hechos investigados"*, de lo cual difiere, pues esa afirmación implicaría prejuzgar, no se sabe cuáles son esos elementos valiosos a fin de llegar a una verdad material.
- En audiencia del 18 de mayo se presentó por parte del defensor una teoría del caso distante a lo pertinente para el caso en concreto, pero aun teniendo razón la primera instancia, los compromisos en esa audiencia son de la Fiscalía, la defensa no está obligada a presentar teoría del caso.
- En lo que tiene que ver con la audiencia del juicio del 3 de septiembre de 2021, en esa diligencia hubo presencia de la juez, fiscal, defensor, defensor de víctimas e incluso defensor de familia, realizándose conforme a lo establecido en el CIA, sin vulneración de derechos fundamentales de la menor. Repetir esa audiencia, implica revictimizar a la menor víctima.
- En cuanto a las declaraciones de la madre de la menor, de los policías que realizaron las labores para los álbumes fotográficos y topográficos y la declaración del tío de la niña, le llama la atención que el artículo 392 del Código de procedimiento señala que *"Es obligación del juez prohibir las preguntas sugestivas"*, entonces qué pasó frente a ello, por qué no intervino el juez frente a las preguntas sugestivas o es criterio de la defensa de que esas preguntas de la nueva defensora eran sugestivas. Se trata de una cuestión propia del trasegar del juicio y esa situación no puede generar nulidad, esto porque el abogado se haya quedado callado frente a esas preguntas sugestivas.
- Los jueces que han direccionado este caso guardaron silencio frente a esa situación; si era tan evidente debieron haberla decretado de oficio o el Ministerio Público, en la audiencia preparatoria, debió haber solicitado la remoción del defensor, pero nadie lo hizo.

- La víctima ha comparecido a todas las citaciones que se han realizado, incluso a unas que no se han podido hacer porque no llegó el defensor. En cierta ocasión la madre dijo que no quería ir a la audiencia, pero se tuvo que sensibilizarla para que asistiera y contará lo que había pasado. Ahora se pretende revictimizar a la menor, cuando precisamente es el juez el garante de la protección de sus derechos. Se debe aplicar el convenio de Belem do Pará.

Por lo anterior, solicita que se revoque la decisión de la señora juez de primera instancia y, en consecuencia, se continúe con el proceso. Subsidiariamente, se deje incólume la audiencia preparatoria y las audiencias del juicio del 18 de mayo y 3 de septiembre de 2021.

2.2. El representante de víctimas interpuso recurso de apelación señalando que se adhiere íntegramente a los fundamentos esbozados por el señor fiscal.

Adicionalmente, advierte que el artículo 132 del CGP establece que, agotada cada etapa del proceso, el juez deberá realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso, las cuales salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes sin perjuicio de lo previsto para los recursos de revisión y casación. Para el caso, le llama la atención varias cosas, entre ellas, este proceso ya lleva más de año medio de haberse realizado la audiencia preparatoria, entonces se pregunta ¿Dónde quedan los derechos de la víctima frente al Estado?

En la providencia impugnada se indica que desde la preparatoria se advierten solicitudes ambiguas e incoherentes; que iniciada la primera audiencia de juicio se presentó por parte del defensor una teoría del caso distante a la pertinente para el caso concreto; que en los actos procesales siguientes no se puede pasar por alto la falta de preparación técnica del togado. Sobre lo cual señala que la estrategia defensiva varía según el estilo de cada profesional y debe tenerse en cuenta que el abogado que estaba asistiendo al procesado era de confianza, lo escogió y lo contrató. El acusado procesado buscó una

nueva profesional del derecho, lo cual lo deja atónito, pensando porque no lo hizo antes si observaba que la defensa no era acorde; una defensa se puede observar y no se necesita ser estudiado para entender qué está haciendo la persona que lo está asistiendo técnicamente.

Considera que tendrá que analizarse detenidamente todas las audiencias para llegar a la conclusión de si efectivamente hubo una indebida asistencia técnica por parte del profesional del derecho, esto es si esta defensa técnica estaba acorde o no al caso, pero también tendrá que valorarse el desgaste que ha tenido el proceso, pues lleva más de año y medio en juicio.

Se debe ponderar los derechos de la víctima y del procesado, así como el saneamiento que muy posiblemente realizó el procesado respecto de su abogado de confianza.

Por todo lo anterior solicita que se revoque la decisión de primera instancia.

3. NO RECURRENTES

La defensora, como no recurrente, indica que existen tres situaciones que deben atenderse:

1. Se debe declarar desierto el recurso, por cuanto sólo se escucharon opiniones, pero no argumentos que sustenten la apelación; no se dijo, por ejemplo, que con la decisión se presenta una violación directa a la ley por falso juicio de aplicación n de la norma, por indebida interpretación o por falta de aplicación del artículo 457 C.P.P.
2. Cuando el señor fiscal dice que puede que sí o puede que no, sobre lo cual razona que la impugnación no es el escenario para que la Fiscalía se excuse, explique o defienda, mucho menos para que opine sobre la decisión, la misma está prevalida no solo de condicionamientos legales y constitucionales, sino que

también de fundamentos hondamente jurídicos, siendo una pieza absolutamente bien construida.

3. En términos de trascendencia e instrumentalidad de las formas como principios conculcados, debe repetirse el juicio desde la audiencia preparatoria, siendo importante porque hubo oportunidades probatorias desperdiciadas, como lo dice la jurisprudencia "*espacios que fueron desperdiciados por la falta de competencia del abogado*", así resalta ¿cómo es posible que se desperdicie la posibilidad de traer al investigador, señor Luis Eduardo Vargas Betancur?, simplemente por una mala petición frente a los criterios de admisibilidad de la práctica de la prueba, es que no basta con decir, "le negaron unos porque eran impertinentes y le admitieron otros"; no, era la pericia que se debía tener para sustentar, considerando que a estas alturas del sistema acusatorio, no es posible que se diga que es necesario todas las audiencias preliminares en las que intervino como defensor contractual, porque son muy buenas y necesito tenerlas acá; cuando la judicatura analiza cada una de las audiencias, no es un tema simplemente del embeleco de la defensa, está claro que el defensor no supo hacer el ejercicio de contradicción o confrontación, no se trata de un tema de opiniones, es un tema objetivo, no se cumplió el objetivo técnico de la defensa judicial, ni en la preparatoria, ni en el juicio oral.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Tribunal es competente para conocer de las decisiones adoptadas en este caso de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 34 y numeral 3° del artículo 177 de la Ley 906 de 2004.

De entrada, se debe señalar que no es procedente declarar desierto el recurso como lo peticiona la defensa, pues tanto la Fiscalía como el representante de víctimas hicieron una argumentación precisa frente a su disenso de cara a la fundamentación de la decisión de primera instancia.

Ahora bien, el objeto de apelación por la Fiscalía y el representante de víctima fue la declaratoria de la nulidad del proceso desde la audiencia preparatoria efectuada por la Juez *a quo*, en atención a la vulneración del derecho de defensa técnica.

Para la prosperidad de la nulidad, necesario es, como presupuesto de trascendencia que, de haberse efectuado una adecuada defensa, los resultados del proceso serán diferentes.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 29 de la carta Política, el derecho a la defensa técnica que tiene un procesado en el curso de la actuación penal se erige en una garantía fundamental para él mismo, por tanto, debe traducirse en un acompañamiento cualificado, además de real o material, con el que se pretenda defender sus intereses.

Ha dicho la Corte Constitucional que cuando se alega la ausencia total de una defensa técnica, será necesario demostrar los siguientes cuatro elementos a efecto de que pueda solicitarse el amparo constitucional: (1) que efectivamente existieron fallas en la defensa que, desde ninguna perspectiva posible pueden ser amparadas bajo el amplio margen de libertad con que cuenta el apoderado para escoger la estrategia de defensa adecuada; (2) que las mencionadas deficiencias no le son imputables al procesado; (3) que la falta de defensa material o técnica tuvo o puede tener un efecto definitivo y evidente sobre la decisión judicial de manera tal que pueda afirmarse que ésta incurre en uno de los cuatro defectos que hacen de una decisión judicial una vía de hecho; (4) que, como consecuencia de todo lo anterior, aparezca una vulneración palmaria de los derechos fundamentales del procesado¹. En otras palabras, si las deficiencias en la defensa del implicado no tienen un efecto definitivo y notorio sobre la decisión judicial o si no apareja una afectación ulterior de sus restantes derechos fundamentales, no podría proceder una nulidad en este caso.

En relación a este tópico, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha esgrimido:

¹ Cfr. Sentencia T-654 de 1998.

“Jurisprudencialmente², se ha reiterado que el derecho a la defensa **«constituye una garantía de rango constitucional, cuya eficacia debe ser vigilada y procurada por el funcionario judicial,...»**, que se caracteriza por ser intangible, real o material y permanente. La intangibilidad se predica de su carácter de irrenunciable, por cuanto debe el procesado designar un abogado de confianza y, en caso de que éste no pueda o no quiera, es obligación ineludible del Estado asignarle un defensor de oficio o público.

Es real o material cuando el actuar del defensor corresponde a actos tendientes a contrarrestar las teorías de la Fiscalía en el marco de un proceso adversarial, amparado por el principio de igualdad de armas, de manera tal, que no es garantía del derecho a la defensa la sola existencia nominal de un profesional del derecho³.

Se predica que el derecho a la asistencia letrada es permanente, pues debe ser ininterrumpido durante el transcurso del proceso, es decir, tanto en la investigación como en el juzgamiento. Por tanto, la no satisfacción de cualquiera de estas características, al ser esenciales, deslegitima el trámite cumplido e impone la declaratoria de nulidad, una vez evidenciada y comprobada su trascendencia.

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.

En materia probatoria, se ha establecido que invocar la violación del derecho a la defensa en casación requiere que el demandante enuncie las pruebas que dejaron de practicarse por omisión del abogado defensor, con indicación de su pertinencia, conducencia y utilidad, así como la exposición de una debida argumentación tendiente a evidenciar la posibilidad de haber sacado adelante una defensa más favorable al procesado⁴.⁵ (Negrilla fuera del texto)

Así entonces, debe entenderse que la ineffectividad de la defensa material prácticamente anula las posibilidades de controversia, desvirtuando los fundamentos epistemológicos de un sistema procesal de corte acusatorio, como el colombiano.

² CSJ. SP. de 19 de octubre de 2006, Rad. 22432, reiterado en SP. de 11 de julio de 2007, Rad. 26827.

³ *Ibidem*.

⁴ Cfr. CSJ. SP de 22 de abril de 2009, Radicado 26975; CSJ. SP de 14 de noviembre de 2002, Radicado 15640; y CSJ. AP de 12 de marzo de 2001, Radicado 16463.

⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de enero de 2017, Radicado No. 48128

En jurisprudencia reciente, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia advirtió que la falta de aptitud del abogado en la solicitud de pruebas en el curso de la audiencia preparatoria genera por sí misma una vulneración inadmisibles al derecho de defensa, por cuanto impide que la verdad declarada en la sentencia sea el resultado de la confrontación de las tesis de dos adversarios.

En este orden de ideas, debe en cada caso el juez hacer un control constitucional y legal en orden a verificar el respeto de los derechos fundamentales del procesado, examinando en detalle el ejercicio del derecho a la defensa y cuando constate que éste, bien por su contenido material o técnico ha sido vulnerado, ora porque el nombramiento recayó en una persona que no estaba acreditada como abogado, o que teniendo los conocimientos jurídicos especializados su labor no se ha traducido en actos reales de gestión defensiva, o cuando en algún interregno del trámite procesal penal cumplido ha sido cercenada la asistencia letrada, el funcionario judicial está obligado a declarar la nulidad de la actuación.

Al escuchar los registros de audio de la sesión de la audiencia preparatoria⁶, se advierte que el defensor se mostró neófito de la sistemática acusatoria, tanto formal como materialmente, al hacer una solicitud desatinada de las pruebas; ciertamente, como lo alude la abogada solicitante de la nulidad, hizo peticiones que de entrada se advierten impertinentes e inocuas para una adecuada defensa bajo la sistemática de la Ley 906 de 2004, tales como: consulta web del certificado de antecedentes de organismos de control como la Procuraduría, la Contraloría, así como penales y requerimientos judiciales frente a las medidas correctivas, como prueba de buena conducta; en el mismo sentido declaraciones de varias personas que no tienen conocimiento de los hechos; los CDS de las audiencias preliminares de imputación y medida de aseguramiento, al considerar importante que se vuelvan a escuchar, porque se van a contar las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar, para establecer que no se ha cambiado nada desde la primera declaración que se realizó, porque en sus palabras no es una estrategia defensiva, sino la verdad como ocurrieron los hechos. Lógico, la

⁶ Registro de audio del minuto 00:31:02 a 00:46:00.

mayoría rechazados, por falta de conducencia, pertenencia y utilidad, lo cual no puede confundirse como dice el fiscal recurrente con que las partes tienen diferentes formas de argumentar.

También peticionó el CD de la entrevista del menor que se anticipaba iba ser negado por cuanto no tenía pertinencia, toda vez que, de un lado, la Fiscalía misma lo había descubierto; y, del otro, la menor iba ir al juicio y así había sido peticionada por el ente acusador, entonces en su momento tendría la posibilidad de impugnar credibilidad. Ni siquiera frente a los testigos comunes se estableció una pertinencia distinta a la que tuvo la Fiscalía en su petición.

De las pruebas solicitadas se admitieron los testigos Julio Armando Salle Tahobada, Pola Vanesa Vásquez Vera y Camila Montoya, meros testigos de conducta, cuando como bien lo advirtió el Ministerio Público, se está frente a un derecho penal de acto y no de actor, es decir que se trata de testimonios pocos útiles para una estrategia defensiva. También se admitió al médico Juan José Botero Giraldo y al psicólogo Bernardo Cruz.

Frente a la inadmisión de prueba por falta de carga argumentativa de utilidad estuvo la labor desarrollada por el investigador de descargos, lo cual es catalogado por la solicitante como un *"un elemento absolutamente desperdiciado"*, por ser un punto ejidal de la teoría de la defensa. El investigador Luís Fernando Betancur indicó que cuando se desplazó a tomar entrevistas al lugar de los hechos y recopilar elementos materiales probatorios útiles, también fue víctima de una retención, en similares condiciones a la que en su momento ocurrió con el acusado SERGIO ANTONIO ARANGO CHICA, lo cual tiene una pertinencia indirecta por hacer más probable la versión del ciudadano frente a lo ocurrido el día de los hechos.

Dice el Fiscal recurrente que en la audiencia preparatoria estuvo presente el juez y el agente del Ministerio Público; sin embargo, nada dijeron frente a la idoneidad del abogado defensor; en este sentido se precisa que el actuar de estos funcionarios no convalida la falta de defensa, la misma que incluso, de ser avizorada por el superior en

sede de apelación de la sentencia, puede y debe ser decretada, por lo cual no resulta un argumento válido.

Fueron inadecuadas e infundadas las solicitudes de decretó de pruebas realizadas por el defensor, nada acorde con una verdadera estrategia defensiva de cara a un caso delicado y complejo, sin siquiera mostrar un mínimo enrutamiento en algún sentido del juicio, para así obtener una precisa conclusión; en fin, la actuación defensiva llevada de una forma diferente a la desplegada por el abogado, indudablemente que daría paso a un verdadero debate adversarial. No debe olvidarse que con la decisión que se emite en el proceso penal se busca la verdad procesal, lo que a su vez deriva de la paridad de las partes en el contradictorio, es decir de la puesta a prueba de sus teorías del caso, a través de su efectiva exposición, refutaciones y contrapruebas, producidas por una defensa dotada de poderes análogos a los de la acusación.

De manera que desde la óptica adversarial se promueve que las partes en contienda se opongan mutuamente a las pretensiones sustentadas del contrario, siendo la audiencia preparatoria, justamente, el acto procesal por excelencia para realizar las solicitudes de las pruebas que habrán de practicarse en el juicio oral.

Definitivamente, la falta de defensa no sólo se constata en la audiencia preparatoria, también se establece en el juicio, cuando sin la técnica necesaria se contrainterrogó, además, difusamente o más bien nulamente intentó impugnar credibilidad de los testimonios de cargos.

Propiamente en el juicio se tiene que, aunque no es obligación de la defensa presentar teoría del caso como lo advierte el fiscal, ello no quiere decir que al optar por presentarla deba hacerlo con técnica y conocimiento, las cuales estuvieron ausentes en ese momento, reforzando en todo caso esa falta de idoneidad.

De otro lado, si bien como dice el ente acusador en el interrogatorio de la menor estaban presente todas las partes e intervinientes, incluso el defensor de familia atendiendo a

lo preceptuado por el Código de Infancia y Adolescencia, no menos cierto es que se notaba la falta de conocimiento del defensor de confianza de los ritos propios para esa actuación, pues al inicio se refirió directamente a la niña, lo cual tuvo que ser corregido por la juez señalando que era necesario la elaboración de un cuestionario del cual se debía dar traslado previamente a los presentes; adicionalmente, las preguntas se muestran sin técnica y demandaron en reiteradas veces su corrección, sin avizorar que se agotará un eje temático.

En cuanto a los testimonios de la madre de la menor y su tío, no se puede hablar de un verdadero control adversarial de parte del defensor de cara al interrogatorio de la Fiscalía; ni que señalar del contrainterrogatorio, que como bien lo advierte la juez en la decisión cuestionada, notablemente inoportuno se muestra la utilización de la denuncia, elemento no incorporado al juicio, pero en el cual pretende fundamentarse el togado para varios de sus cuestionamientos.

Al respecto, indicó el fiscal recurrente que conforme al artículo 392 C.P.P., debió la Juez prohibir las preguntas sugestivas, sin embargo, no lo hizo, siendo cuestiones propias del trasegar del juicio, las cuales no pueden generar nulidad. El legislador en cuanto a la validez de la actuación siempre ha dicho que no puede admitirse en detrimento del derecho de defensa, como garantía procesal que es, aun cuando el acto cumpla la finalidad o el sujeto reclamante haya coadyuvado con su conducta o anuencia en la formación de la irregularidad sustancial, toda vez que en tales casos la nulidad es la única forma de enmendar el vicio, dado que no es posible de otra manera resolver el conflicto, debiéndose regresar las cosas a su cauce normal, pues es obvio que la agresión a dicha garantía conlleva consecuencias que no pueden restablecerse sino con la invalidación de lo actuado⁷.

En cuanto a los Policías Jasson Correa Molina y José Manuel Rodríguez, expertos en topografía y fotografía, respectivamente, no se presentó objeción por la defensa a las

⁷ Cfr. Sentencias de 22 de junio de 2006 y 6 de septiembre de 2007, Radicaciones N° 22304 y 16958, respectivamente.

preguntas sugestivas de la Fiscalía, además en el conainterrogatorio lo que hizo fue suplir los vacíos que su contraparte dejó.

Ciertamente, como viene de exponerse, perdió la defensa oportunidades valiosas de acoger lo expuesto por los testigos y capitalizarlos para su teoría del caso. Al respecto, tiene razón a la solicitante de la nulidad, quien indicó que, ante testigos técnicos para la presentación del álbum fotográfico y el plano topográfico, salvo que algunos abogados tengan conocimiento en criminalista, lo conveniente sería proveerse de la compañía de un experto.

La prueba de descargo, como ya se había dicho, básicamente está compuesta de tres testimonios que versan sobre la conducta del enjuiciado, sobre lo cual, como lo señala la togada y lo reafirma la juez en su decisión, aceptado como innegable por esta Sala, estas no muestran mayor utilidad y pertinencia; tampoco debe olvidarse que se llevó un perito para refutar una prueba pericial que no fue llevada a juicio por la Fiscalía.

Es cierto, como lo alega el representante de víctima, la estrategia defensiva varía según el estilo de cada profesional, no obstante, para el caso precisamente lo que no se advierte es mínimamente una estrategia coherente; tampoco resulta válido afirmar, como lo aduce este interviniente, que el acusado así no sea conocedor de asuntos técnicos, debió percatarse de las fallas de su representante, trasladándole con ello una carga contraria a la impuesta por la ley y la Constitución, en las cuales se fundamenta precisamente la garantía de su derecho de defensa, razón que ha llevado en pretéritas oportunidades a esta Sala a confirmar decisiones de jueces que han visto la necesidad de retirar al defensor de confianza del proceso, en aras de procurarle garantías al enjuiciado.

Frente a la posible revictimización que se pudiera producir con la nulidad para con la menor víctima, preocupación que embarga a la Fiscalía y al representante de víctimas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha referido al tema y con la expedición de la Ley 1652 de 2013

se establecieron medidas orientadas a evitar la revictimización de los niños, niñas y adolescentes que comparecen a la actuación penal en la calidad de probables víctimas de abuso sexual, entre la que se encuentra la posibilidad de utilizar sus declaraciones anteriores como prueba de referencia. No obstante, el ordenamiento jurídico no prohíbe que ellos rindan su testimonio en la audiencia de juicio oral, ni determina que dicha prueba constituya, en sí misma, una revictimización. Lo que se contempla es que su práctica se encuentra sometida a condiciones estrictas y medidas específicas de protección.

Concordante con lo anterior, si bien debe garantizarse la no revictimización de la menor víctima en delitos sexuales, esto no puede ser tomado de manera absoluta y general, se trata es de optimizar el trato a la víctima; pues no se puede olvidar que están en juego bienes tan preciados como la libertad, también con relevancia constitucional.

Está acreditada la grave afectación del derecho a la defensa técnica desde la audiencia preparatoria, por lo cual, en orden a garantizar la adecuada construcción de este proceso y obtener una sentencia que no afecte las garantías fundamentales del acusado, la Sala accederá a la solicitud de nulidad de lo actuado a partir de la audiencia preparatoria, la cual es de suma importancia, pues como bien lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia *“El derecho a la defensa se halla inescindiblemente vinculado con el derecho a probar”*, y ante la realidad que emerge por indebida técnica y manejo de la sistemática, esa parte se quedó sin prueba para desarrollar su teoría del caso.

Atendiendo a los principios que rigen las nulidades es que resulta posible decretar la nulidad propuesta en este caso, pues se encuentra la transcendencia como principio rector, atendiendo a que en todo caso el derecho de defensa en materia penal, en el contexto de las garantías procesales, está enfocado a impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede verse afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado.

Con base en las anteriores precisiones teóricas y jurisprudenciales, la Sala considera que el hoy enjuiciado careció de una real defensa técnica desde la audiencia preparatoria, en consecuencia, se impone CONFIRMAR la decisión de primera instancia que decretó la nulidad desde esa etapa procesal.

Sin necesidad de realizar mayores elucubraciones sobre el particular, esta Sala de Decisión Penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: Primero: Confirmar** la decisión de primera instancia por medio de la cual **decretó la nulidad** de lo actuado desde la audiencia preparatoria del 29 de enero de 2020 celebrada por la Juez 3ª Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bello, Antioquia, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído. **Segundo:** Devuélvase la actuación al Juzgado de origen, una vez realizada la audiencia de lectura de esta decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

Magistrado Ponente



SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA

Magistrado



OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Magistrado