



SALA PENAL

Radicado: 05-001-60-00207-2022-51532
Acusado: Carlos Andrés Franco Pérez
Delito: Acceso carnal violento
Asunto: Apelación de auto que niega nulidad
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 140

Medellín, diecisiete (17) de octubre de dos mil veinticuatro (2024)

1. EL ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación de la defensa del acusado Carlos Andrés Franco Pérez en contra del auto del 4 de septiembre de 2024 proferido por el Juzgado 2° Penal del Circuito de Itagüí, mediante el cual negó la nulidad de la actuación solicitada en el juicio oral.

2. ANTECEDENTES

2.1. La imputación y la acusación

En audiencia preliminar realizada el 25 de mayo de 2023 ante el Juzgado 3° Penal Municipal con función de control de garantías de Itagüí, la Fiscalía formuló imputación en contra del señor Carlos Andrés Franco Pérez por el delito de acceso carnal violento (artículo 205 del Código Penal), sin que este aceptara el cargo endilgado.

La imputación fáctica, según la formulación de acusación realizada el 14 de febrero de 2024 ante el Juzgado 2° Penal del Circuito de Itagüí, es la siguiente:

“El 28 de junio del año 2022, en la tarde, Sofía Rivera Franco, que para entonces tenía 20 años de edad, se citó con el señor Carlos Andrés Franco Pérez para tener relaciones sexuales voluntarias; y, en efecto, se dirigieron a un motel ubicado en el sector de La Raya, a lindes con la plaza Mayorista en el municipio de Itagüí donde, en efecto, como se había planificado entre los dos, comenzaron a tener en forma consentida ese tipo de relaciones sexuales; sin embargo, en un momento dado, cuando él quiso penetrarla analmente, ella se negó, le hizo repulsa, se negó a que la penetrara analmente y aun así continuó y la penetró por el ano contra la voluntad, utilizando la fuerza, doblegando la voluntad de ella. Aun así, contra su voluntad, continuó penetrándola vaginalmente hasta eyacular.

Aclaró el fiscal que la violencia fue la utilización de la fuerza en contra de la víctima para continuar penetrándola vaginalmente luego de que ella se había negado.”

La audiencia preparatoria se hizo el 18 de marzo de 2024.

2.2. La solicitud de nulidad de la defensa

El 4 de septiembre de 2024, cuando el juzgado se aprestaba a iniciar la audiencia del juicio oral, la defensa presentó una solicitud de nulidad para que se retrotraiga la actuación hasta la etapa de audiencia preparatoria.

2.2.1. Alegó la defensora la vulneración de garantías fundamentales del derecho de defensa y del debido proceso en aspectos sustanciales, ocurrida con posterioridad a la acusación, debido a que la anterior defensora dejó en indefensión al acusado para enfrentar el juicio oral ante la

inactividad y negligencia por la omisión de descubrimiento probatorio y de solicitud de pruebas, a sabiendas de la existencia de elementos importantes para la defensa, pues el mismo procesado le habría indicado los posibles actos investigativos a realizar y puso a su disposición los elementos de que tenía conocimiento, omisión que motivó a que le revocara el poder conferido.

Sostuvo que, aunque la estrategia defensiva varía según el criterio de cada profesional, no puede entenderse como tal la falta de descubrimiento probatorio, acorde con lo dicho por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicado 48128 del 28 de enero de 2017, en la cual se dijo 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 inadmisibile del derecho de defensa; y aduce que en este caso el procesado será juzgado sin oportunidad de controvertir ningún aspecto de lo acontecido ni oponerse a lo narrado por la postulada víctima.

Señaló que, si bien el acusado es abogado, no cuenta con conocimientos del derecho penal lo que impidió que presentara oposición en la audiencia preparatoria al no contar con el conocimiento jurídico de lo que a futuro traería la omisión puesta de presente, sin que pueda hablarse de una convalidación a la irregularidad por tratarse de una violación directa al derecho irrenunciable de la defensa técnica.

Afirmó que como defensora atendió los planteamientos de su asistido respecto a las solicitudes de elementos materiales con vocación probatoria que este tenía y, a pesar de

la etapa en que se encuentra el proceso, se han recolectado elementos muy importantes para su ingreso en sede de juicio oral, advirtiéndole que no pretendía hacer un descubrimiento de estos porque la etapa pertinente sería la audiencia preparatoria, pero hizo alusión a que se contaba con dos testigos que presenciaron hechos de vital importancia, diferentes a los ya citados a juicio, así como un testigo de acreditación y 12 elementos documentales que han sido recolectados a través de audiencias de búsqueda selectiva en base de datos ante jueces de control de garantías, los cuales serían presentados, de accederse a la solicitud de nulidad.

2.2.2. El delegado de la Fiscalía y la representante de víctimas se opusieron a la nulidad solicitada precisando que no es cierto que al procesado se le hubiere dejado sin prueba en la audiencia preparatoria, pues tendría derecho a rendir su propio testimonio y la defensora anterior, que consideran ejerció una defensa idónea, solicitó como testimonio en común el de la víctima; además de que el acusado tenía la posibilidad de solicitar pruebas, con mayor razón cuando se trata de un abogado y que, según la solicitante, le había manifestado con anterioridad a su anterior defensora que solicitara unos medios de prueba, que nunca se supo cuáles eran, y ante la omisión puesta de presente, debió aducirlos él mismo, advirtiéndose que la defensora actual indicó que se contaba con nuevos elementos, lo cual significa que existió una indagación con posterioridad a la audiencia preparatoria cuyos resultados se ingresan al proceso a través de otro instrumento y no de la nulidad.

2.3. La decisión de primera instancia.

La juez de primer grado negó la nulidad deprecada al considerar que el procesado estuvo representado por una abogada de confianza en la cual no advierte falta de habilidades o falencias para el litigio penal, de modo que no percibe afectado el debido proceso ni el derecho de defensa, causa por la cual no podía predicarse la ineficacia de los actos llevados a cabo en la audiencia preparatoria. Precisa la juzgadora que lo que se percibe es un cambio de criterio defensivo que no es suficiente para fundamentar una nulidad.

Estima que no es verdad que el acusado hubiere quedado sin la oportunidad de controvertir ningún aspecto en el juicio por cuanto puede ejercer la contradicción a través del contrainterrogatorio de los testigos y se decretó el testimonio de la víctima en común con la Fiscalía. Agregó que, pese a tratarse el procesado de un abogado, ninguna manifestación hizo durante la audiencia preparatoria frente a que tenía solicitudes probatorias pendientes para dejar entrever que estaba quedándose sin pruebas que le había aportado a su anterior defensora.

2.4. La sustentación de la apelación y la intervención de los no recurrentes.

2.4.1. 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 audiencia preparatoria.

Arguye que el hecho de que el acusado sea abogado, por sí mismo no indica una labor activa del litigio y menos de conocimiento específico de todas las áreas del derecho como la penal, lo cual motivó que buscara un abogado de confianza para ejercer su representación, sin que pudiera realizar un análisis de la actividad defensiva de su anterior abogada con lo que hizo en la audiencia de acusación en la que no hubo un aporte activo de la defensa. Considera que no puede reprochársele a su defendido el no haber intervenido de manera activa en la audiencia preparatoria solicitando él mismo los elementos de prueba, pues no tendría el conocimiento suficiente para interponerse en contra de la omisión de su defensora.

Frente a que se podrá ejercer el contrainterrogatorio de los testigos, aduce que no es lo mismo traer simples dichos que aportar elementos que realmente puedan confrontar las afirmaciones realizadas, y reitera que no se trata de un cambio de estrategia defensiva porque ambas están encaminadas a enervar la pretensión de la Fiscalía, sino de que se afectó el debido proceso ante la falta de diligencia e inactividad de la anterior defensora, que dejó desprotegido y sin prueba al procesado. Estima que no podría representar una convalidación un acto que supone un consentimiento viciado del acusado porque no sabía realmente las consecuencias que acarrearía.

2.4.2. La Fiscalía, como no recurrente y coadyuvada por la representación de víctimas, pretende la confirmación de la decisión cuestionada arguyendo que el procesado es un

abogado y se le está tratando como una persona indocta e ignorante en estas materias cuando ha sido graduado como experto en leyes y así debe presumirse, por lo que contó con la oportunidad de pedir las pruebas echadas de menos en la audiencia preparatoria, para lo cual no se requiere siquiera ser abogado. Refirió que, en su criterio, en el curso de la audiencia preparatoria no observó situación alguna de la que se infiera que la defensora no contaba con las calidades para defender al acusado, además de que el derecho de defensa no solo se ejerce pidiendo pruebas; de modo que no hacerlo no puede significar que se carezca de la idoneidad o capacidad suficiente para defender, encontrando que en este caso se trata de un cambio de postura defensiva.

3. CONSIDERACIONES

Le corresponde a la Sala determinar si la alegada inactividad de la defensa técnica en la audiencia preparatoria constituye causa de nulidad de la actuación procesal.

Para el efecto, se requiere, entonces, establecer si existió una irregularidad, que en este caso se contrae a (i) la omisión de pedir unas pruebas que serían importantes y (ii) que dejó a su asistido sin posibilidades de contradicción o controvertir lo dicho por la víctima. De estar demostrada la irregularidad, lo siguiente es establecer su trascendencia, es decir, mostrar cómo la irregularidad establecida lesiona garantías de la defensa o trastoca el procedimiento en su esencia, luego de lo cual debe revisarse si los principios que orientan la declaración de las nulidades obligan a dar una solución

distinta a la invalidación de la actuación procesal, medida que se considera extrema o como último recurso.

Aunque la discusión en esta sede se orienta por la apelante a demostrar cómo la eventual irregularidad no estaría saneada porque el acusado sea abogado, lo que la Sala encuentra es que la irregularidad, como también lo sostuvo la juez, no fue demostrada.

La alegada deficiencia del ejercicio de la abogacía de la anterior defensora en la audiencia preparatoria se centra en los dos aspectos mencionados, de los cuales el último, referido a que se priva de la oportunidad de contradicción al procesado, no es cierto, puesto que es admisible que la estrategia de la defensa consista en resistir la prueba de la acusación. De modo que está a salvo la oportunidad y posibilidad de contrainterrogar a los testigos, tacharlos de sospechosos, impugnar su credibilidad y, en general, adelantar los actos de contradicción y alegación que se consideren del caso.

Al parecer la recurrente es consciente de que no está privada de la oportunidad de contradicción al reconocer en la sustentación del recurso que puede contrainterrogar, solo que considera que esta actividad es de menor eficacia que la de ofrecer prueba en contra.

Aunque en abstracto, una idea así parece sugestivamente correcta, lo cierto es que depende de las peculiaridades de cada caso que debe ser examinado por el

defensor que, como profesional del derecho, cuenta con la formación para evaluar si en concreto es mejor optar por una u otra opción, lo cual depende de insumos e información con la que no contamos los jueces, ni deberíamos contar.

Entonces, lo que realmente se está censurando es la estrategia pasiva que asumió la anterior defensora para enfrentar los cargos de cara a la nueva postura de la actual abogada que demanda la recepción de prueba. En consecuencia, como es admisible una u otra estrategia, la mera consideración de que es mejor esta o aquella no puede fundamentar la invalidación de un acto realizado conscientemente por su predecesora, en tanto la nueva defensa asume el proceso en el estado en el que se encuentra.

De ahí que solo sería procedente invalidar la presente actuación si se demostrara la afectación del derecho a la prueba, para lo cual es determinante conocer con clara seguridad que la prueba que en este caso se dejó de pedir, debió ser solicitada por su importancia, por ser crucial para la resolución favorable del asunto, acorde a la visión que se proyecta.

Así lo tiene entendido la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la providencia del 27 de octubre de 2023, AP3143-2023, Radicación N° 55594, M. P. Diego Eugenio Corredor Beltrán, en la que se dijo:

“Bien es cierto que, en relación con ese motivo de censura, la Corte [la carencia de defensa técnica adecuada] ha

precisado que la falta de una actitud proactiva y diligente del defensor en el desarrollo y concreción de las labores inherentes a su función, o la ostensible ignorancia, incompetencia o falta de instrucción respecto de las reglas y principios que rigen la Ley 906 de 2004, lesionan de manera grave el derecho de defensa técnica.

En ese sentido, es necesario que, en cada caso concreto, se establezca si su desconocimiento o ignorancia tuvo o no injerencia cierta y efectiva en las decisiones cuestionadas, pues, para acceder a la declaratoria de nulidad es preciso acreditar que la anomalía denunciada tuvo incidencia perjudicial y decisiva en la declaración de justicia contenida en el fallo impugnado (principio de trascendencia), dado que el recurso extraordinario de casación no puede sustentarse en especulaciones, conjeturas, afirmaciones carentes de demostración o en situaciones ausentes de quebranto.

A partir de tales postulados, no advierte la Corte que los reproches efectuados por el censor tengan la virtualidad suficiente para enseñar que el apoderado que lo antecedió haya despojado de una representación idónea y eficaz al implicado y que ello hubiese incidido decididamente en lo fallado.

Lo anterior, por cuanto, en relación con las presuntas falencias profesionales que el demandante atribuyó al defensor en el decurso de la actuación, cimentadas, en lo fundamental, en la deficiente pretensión de pruebas, así como en la construcción probatoria, dejó de lado acreditar cómo esas supuestas faltas incidieron, bien en el derecho a la prueba, ora en el ejercicio de la prerrogativa de contradicción; y de qué manera con ello se abandonó la estrategia de defensa.”

Tenía entonces la solicitante de la nulidad la carga de demostrar con precisión que se afectó el derecho de la prueba con la significación requerida para que sea trascendente en la vulneración de las garantías de las partes y la estructura

procesal, lo cual cuando menos la obligaba a mostrar la pertinencia de la prueba dejada de practicar y sobre todo su importancia.

Pues bien, esta carga se pretendió cumplir con la simple alusión a que se cuenta con dos nuevos testigos que presenciaron hechos de vital importancia, así como un testigo de acreditación y 12 elementos documentales que han sido recolectados a través de audiencias de búsqueda, pero temáticamente se nos privó de conocer hacia donde se dirige la actividad probatoria que se echa de menos, para evaluar su sustancialidad, de modo que ignoramos siquiera si la prueba es pertinente, y menos podemos vislumbrar su importancia en la resolución del caso.

Decisivo resultaba contar con dicha argumentación que no es posible suplir, por lo cual resulta incomprensible que la defensa expresamente difiriera su enunciación para cuando se anulara la actuación, cuando desde antes debe obrar para evaluar la afectación del derecho a la prueba y sobre todo su trascendencia, como se puede colegir de este aparte de providencia AP1890-2020 Radicación N° 57848 del 12 de agosto de 2020, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“En ese sentido, era deber del demandante determinar, respecto de las fotos y videos que no se incorporaron al proceso, su objetiva trascendencia en función de sostener la presunción de inocencia frente a la pretensión punitiva del ente acusador, así como exponer, dentro de razonables márgenes de probabilidad que se aproximaran al contenido material de esos documentos no aportados, como en virtud de los mismos había sido posible sacar adelante una defensa más favorable al procesado. Esto es,

que dichos medios de convicción demostraban que efectivamente BÁEZ RIVEROS había sido engañado para que transportara ilegalmente una sustancia controlada por la Dirección Nacional de Estupefacentes, sin embargo, el censor no realizó manifestación alguna al respecto.

Por lo demás, este caso se resuelve según el precedente horizontal de esta misma Sala contenido en la providencia del 23 de agosto de 2024, Radicado 05-266-60-00203-2016-03058, en la que se decidió en el mismo sentido, explicando:

“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.”

Dado que en el caso la información que se brinda de la prueba echada de menos no permite establecer siquiera su pertinencia, se denegará la nulidad deprecada, sin requerirse ingresar en el tema de si la irregularidad está saneada o no, por sustracción de materia, pues lo que no consta primordialmente es la irregularidad alegada.

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

Confirmar el auto objeto de apelación.

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 Medellín - 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: **d2efc3af4591c441a89702c640dd52cee2bada0e2cdfea1666202f6e0617b733**

Documento generado en 17/10/2024 11:54:28 AM

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