



## SALA PENAL

| FICHA DE REGISTRO       |                                                                                                                                                              |
|-------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Radicación              | 052666000206 2011 17165                                                                                                                                      |
| Acusado                 | Johan Sebastián Osorio Botero                                                                                                                                |
| Delito                  | Tentativa de Homicidio                                                                                                                                       |
| Hechos                  | Marzo 13 de 2011; Carrera 52-B N° 53-78, Urbanización Altos del Porvenir, Copacabana, Antioquia.                                                             |
| Juzgado <i>a quo</i>    | Tercero (3°) Penal del Circuito de Bello, Antioquia                                                                                                          |
| Asunto                  | Se resuelve recurso de apelación contra auto que negó petición de nulidad impetrada por la señora abogada defensora en la etapa de juicio oral (f. 72, co-1) |
| Consecutivo             | SAP-A-2014-010                                                                                                                                               |
| Aprobado por acta       | N° 188 de 22 de abril de 2014                                                                                                                                |
| Audiencia de exposición | Viernes 25 de abril de 2014; Hora: 9:00 am; S-1                                                                                                              |
| Decisión                | Se confirma auto objeto de censura                                                                                                                           |
| Magistrado Ponente      | NELSON SARAY BOTERO                                                                                                                                          |

Medellín, Antioquia, Abril veintidós (22) de dos mil catorce (2014)

### 1.- ACTUACION PROCESAL RELEVANTE, PETICION DE NULIDAD, DECISION JUDICIAL Y RECURSO DE APELACION

En audiencia de juicio oral de 12 agosto de 2013 ante la señora Jueza Tercera Penal del Circuito de Bello, Antioquia, la señora abogada defensora del implicado JOHAN SEBASTIAN OSORIO BOTERO, doctora ALEXANDRA PEREZ LOZANO, solicita nulidad de lo actuado por violación al derecho de defensa (f. 55, co-1).

La pretensión se niega mediante proveído de 5 marzo de 2014 (f. 72, co-1). Se explica que el joven JOHAN SEBASTIAN ha contado con todas las oportunidades con abogado defensor, unas veces contractual y otro de defensoría pública, que la diferencia en la estrategia defensiva no es sinónimo de nulidad, se considera que tampoco acierta la defensora cuando afirma que el defensor inicial no le dio la oportunidad de realizar a su representado la oportunidad de realizar un preacuerdo, o como ella lo dijo desechó la posibilidad de una salida alternativa en contravía de la decisión de su representado, que esa oportunidad se le concedió en dos fechas diferentes, en cuanto a la preparatoria, el defensor de turno no se desenvolvió bien, pero argumentó bien, y el despacho consideró que en este trámite procesal no existe un acto irregular que deba ser corregido, pues una de sus características es el trámite preclusivo y una vez superadas las etapas impiden devolver la actuación (21.39), no se accede a la petición de nulidad que invocó la defensora del procesado al no evidenciar violación al derecho de defensa técnica considerando que debe continuar el juicio oral.

La señora abogada defensora interpone recurso de apelación, para lo cual expone: (21.46) la defensa la ejercía el defensor público DIEGO RESTREPO DIAZ en ese entonces vinculado a la defensoría pública; pero se está pidiendo nulidad a partir de la audiencia de acusación, donde el señor JOHAN acude al servicio de un abogado de confianza. Es así como actúan a partir de la audiencia de acusación tres abogados diferentes, en primer lugar, en la acusación GILBERTO como abogado principal y, como abogado suplente JUAN CAMILO MUÑOZ ACEVEDO. Posterior al proceso, renuncia GILBERTO HERNANDEZ JIMENEZ y le otorga poder a JUAN CAMILO MUÑOZ, quien a la vez renuncia a la audiencia de juicio oral, asumiendo dicha defensa SERGIO ALEXANDER MADRIGAL BEDOYA. Los abogados tuvieron falencias, existió vulneración al derecho al no contar con una adecuada defensa técnica en el proceso penal (28.48), se trae a colación la sentencia de la Corte Constitucional expediente T-960955 M.P. Clara Inés Vargas Hernández en la que señala lo siguiente: El análisis de una eventual vulneración al derecho fundamental a contar con una defensa técnica se estructura sobre tres elementos esenciales, como son: que las deficiencias no le puedan ser imputables al procesado, caso que nos ocupa; el desconocimiento de las normas y mecanismos procesales procedimentales, y aquí se presentaron varios defensores que acuden a representar los intereses de mi prohijado a partir de la acusación, audiencia preparatoria e iniciación del juicio oral, hasta que inicia la representación de la suscrita defensora pública, y esos errores no pueden ser imputables al procesado; que las mismas no se refieren a aspectos que no hagan parte de la estrategia defensiva del abogado para proteger los derechos de su defendido. Aquí no hay ninguna estrategia para dilatar o desviar el curso del proceso penal, solamente se busca proteger esos derechos fundamentales que el mismo legislador en nuestra Constitución establece a favor de las personas como administrados que somos. Si la falta de defensa técnica pudo haber tenido un efecto definitivo e inminente en la decisión judicial de manera tal que sea posible afirmar que esta incurre en un defecto sustantivo, fáctico, orgánico y procedimental; en el caso, claro que concurre esa afectación, porque en la etapa procesal en la cual nos encontramos, los mecanismos o esas garantías que tiene el procesado frente a un preacuerdo se encuentra en una etapa mínima, porque ya pasaron la etapas respectivas, donde ese beneficio otorgado por un preacuerdo, se encuentran agotados, porque está en audios que los abogados no sabían manejar estos mecanismos alternos dentro del proceso, entonces una eventual negociación con la Fiscalía, un eventual allanamiento a cargos, o cualquier otro sistema o el principio de oportunidad, se encuentra agotado, lo cual si vulnera ese principio sustancial y procesal, más procesal, frente al procedimiento actuado en este proceso; se está afectando el debido proceso por desconocimientos de los abogados contractuales que hicieron la defensa desde la acusación hasta el inicio del de juicio oral, le prohíben o le apartan de usar esos mecanismos alternativos de soluciones, o alternativos dentro del proceso penal, y no solo a eso sino los derechos de la víctima a ser indemnizado o llegar a un acuerdo o a una conciliación o a mecanismos alternos dentro del proceso como tal y en una justicia restaurativa para solucionar un conflicto, la sola asistencia de un abogado a un proceso penal, no garantiza la defensa técnica. Solicita que revoque la decisión tomada por el Juzgado de primera instancia y se acceda a declarar la nulidad a partir de la acusación para llegar a garantizar el debido proceso y hacer uso el señor JOHAN SEBASTIAN de esos mecanismos y facultades que establece el legislador frente a las soluciones o beneficios dentro del proceso penal.

La señora Fiscal 228 Seccional, doctora LILIANA MARIA CORREA BERNAL señaló: (39.09) No se vio vulnerado el derecho a la defensa y eso se ve desde la primera audiencia que estuvo acompañado de un abogado de confianza y

posteriormente, así lo ha determinado la ley, primero acude al abogado de confianza y posteriormente en caso de no tener la capacidad económica acude a un defensor de oficio. No podemos pensar que ellos no realizaron bien su papel, porque eran abogados titulados. Observemos como su abogado contractual desde el momento de la acusación, comenzó a mostrar elementos materiales probatorios para la defensa de JOHAN SEBASTIAN miremos como en la audiencia preparatoria los abogados solicitaron decreto de prueba y así se hizo por la señora Juez, si los abogados no conocieran el derecho penal, como se pretende demostrar acá no hubiese sucedido de esa forma, miremos como cuando se dio inicio al juicio oral se le preguntó al señor JOHAN como se declaraba y él en ese momento, si lo que pretendió era un preacuerdo o un allanamiento, pudo haberlo manifestado a la señora Juez y ya entrar y hacer una negociación, pero no podemos pretender que porque los abogados en ningún momento llegaron a un preacuerdo que puede ser un mecanismo para facilitar, favorecer, para hacer un juicio más corto, no se haya llevado a cabo, no lo es porque sean malos abogados o no reúnan los requisitos de un buen defensor, sino porque ellos como lo mostraron en la teoría del caso, tenían otra defensa otro mecanismo defensivo, pues pretende demostrar dentro del juicio una legítima defensa, una ausencia de responsabilidad, entonces si esa era la defensa, no tenían porque buscar ningún arreglo porque estaban buscando una oportunidad diferente para su cliente. En el momento en que los abogados renuncian, porque no existe constancia o porque el procesado voluntariamente los cambian, porque también puede hacerlo, los abogados tienen la oportunidad de revisar la carpeta, las actas y escuchar los audios así como sucede en la Fiscalía cuando cambian un Fiscal, entonces, también serían nulos aquellos procesos donde un Fiscal viene a la acusación, otro a la preparatoria y otro al juicio, simplemente con los conocimientos jurídicos que tiene todo abogado simplemente lo que hace es retomar el contenido que se lleva o la recopilación probatoria y continuar el proceso. En este caso al momento de nombrar la defensora de oficio que ya se iba a iniciar la etapa probatoria, porque hasta ya se había estipulado con la anuencia de la defensa que había, ahí es donde viene a darse la nulidad porque ya la defensora de oficio manifiesta que existían otros mecanismos para de pronto una terminación anticipada del proceso y no se hizo, pero debió también intentarlo en ese espacio, que realmente no ha empezado en la etapa de la controversia y no buscar que se decrete una nulidad cuando realmente la defensa si ha asistido a todas las audiencias, si ha participado, la defensa no podemos denominarla por una persona, sino por un sujeto procesal, siempre participó en las audiencias, tal como se observa en los audios de estos procesos. Si ya se piensa en otro tipo de mecanismo de terminación anticipada, porque tampoco hay constancia que el procesado en alguna audiencia hubiera solicitado algún tipo de acuerdo con la Fiscalía, me parece que la decisión que acaba de tomar la Juez es la correcta y, en ningún momento se ha vulnerado el derecho de defensa y por tanto, debe continuar la actuación en la forma que está indicada en la ley. Por lo expuesto solicitó la decisión sea confirmada.

Se concede de inmediato ante el superior el recurso de apelación que ha interpuesto y sustentado la abogada defensora en el efecto suspensivo (46.39).

## **2.- ARGUMENTOS DE DECISION DEL AD QUEM**

### **2.1 Principios generales de las nulidades**

En tema de nulidad, valga reiterar como lo ha hecho esta misma Sala en oportunidades anteriores, que si bien es cierto que la Ley 906 de 2004 no

consagró normas que indicaran expresamente los principios que rigen las nulidades como sí se hizo en la Ley 600 de 2000, se ha entendido por la jurisprudencia que los mismos hacen parte de los principios generales del debido proceso, razón por la cual se impone su aplicación.

Sobre el particular se pueden consultar las siguientes providencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia: Auto Rad. 26.359 de 06-06-07, Auto Rad. 28.704 de 05-12-07, Rad. 29.780 de 06-08-08, Auto Rad. 30.261 de 14-08-08, Rad. 22.047 de 29-10-08 (SMI), Rad. 24.650 de 18-11-08 (SMI), Rad. 30.710 de 30-03-09, Auto Rad. 31.900 de 24-08-09 y Auto Rad. 30.935 de 16-09-09, entre otras.

En auto con Rad. 26.359 de 06-06-07, se dijo por la alta Corporación Judicial:

“En lo concerniente a la invalidez de los actos procesales en el sistema penal acusatorio, la Sala en decisión del 4 de abril de 2006, radicado No 24187, definió que, si bien es cierto que la nueva normatividad procesal penal no consagró expresamente los principios que orientan la declaratoria y convalidación de las nulidades como lo hacía la ley 600 de 2000, no implica que hayan desaparecido por ser inherentes a ellas. Conclusión a la que arribó interpretando las normas que las disciplinan de acuerdo con el fin que dirige la actividad del Estado a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política, atendiendo que el debido proceso es uno de los derechos fundamentales de toda persona y que el principio de legalidad del trámite, el derecho a la defensa y la nulidad de pleno de derecho de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso, son algunas de sus garantías, según el artículo 29 Superior. En consecuencia, los principios de taxatividad, protección, convalidación, instrumentalidad y de carácter residual seguirán rigiendo las nulidades como hasta ahora”

Especialmente, con respecto al principio de trascendencia, expresó la Corte en auto con Radicación 30.123 de 16-12-08:

“Esta omisión está relacionada con el principio de trascendencia que gobierna la declaratoria de nulidad, de conformidad con el cual no basta con denunciar irregularidades o que éstas efectivamente se presenten en el proceso, sino que implica demostrar que inciden de manera concreta en el quebranto de los derechos de los sujetos procesales, razón por la cual el actor debe acreditar el perjuicio que el yerro *in procedendo* ocasiona (...)”.

Esos principios los ha recordado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, así por ejemplo en auto con Rad. 28.476 de 16-12-08 adoptado en el SMI pero, como ya se dijo, principios aplicables al SAP:

“Se ha dicho, entonces, que sólo son alegables las nulidades expresamente previstas en la ley (taxatividad); no puede invocarlas el sujeto que con su conducta procesal haya dado lugar a la configuración del motivo enervante, excepto el caso de ausencia de defensa técnica (protección); aún cuando se presente el vicio, puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del perjudicado, a condición de que sus garantías fundamentales

estén a salvo (convalidación); quien invoque la nulidad está obligado a acreditar que con la irregularidad se afectan garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y/o el juzgamiento (trascendencia); y, además, que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte (residualidad)”.

Ahora bien, según la doctrina, los errores o irregularidades pueden ser *in procedendo*, de procedimiento, de actividad o de forma tales como (i) de estructura, esto es, cuando compromete la forma de los actos o la estructura externa, y (ii) de garantía, o de defectuosa aplicación de las normas del procedimiento y desconocimiento de las garantías defensivas; mientras que los errores *in iudicando*, de juicio o de fondo, pueden ser (i) de hecho, por la defectuosa determinación de los hechos o contemplación material o jurídica de las pruebas, y (ii) de derecho, o defectuosa apreciación del Derecho.

Desde las leyes francesas de 1933 y 1935 se fijó el principio de “*pas de nullité sans grief*”, esto es, “*no hay nulidad sin perjuicio*”, es un principio que corresponde a la teoría general del proceso<sup>1</sup>.

Entre tales principios, se repite, ocupa especial sitio el de “*trascendencia*” que surgió precisamente como una reacción contra el formalismo, el cual explica que debe existir un daño o perjuicio cierto, concreto, real e irreparable, es decir, debe existir una irregularidad sustancial que afecte garantías constitucionales o que desconozca los fundamentos del proceso, ya que no hay nulidad por la nulidad misma. También está el principio de “*conservación*”, según el cual en caso de duda debe mantenerse la conservación del acto y no se decreta la nulidad ya que el acto irregular no necesariamente será nulo. Igualmente, el de “*residualidad*”, por medio del cual si no hay otro remedio para superar la irregularidad, se decreta nulidad, y en todo caso se acude a la solución menos traumática<sup>2</sup>, pues la nulidad es el remedio extremo.

La Corte en sentencia de segunda instancia de 14 abril de 2010, Rad. 30.960, M.P. Alfredo Gómez Quintero, resalto la nulidad como remedio procesal extremo:

### **“1. La nulidad es la máxima sanción al proceso**

A nivel teórico, es pertinente decir que cuando se declara una nulidad en el curso del proceso penal, quien hace tal declaración asume el rol de juez constitucional (léase de garantías), por el simple hecho de que el referente fundamental para adelantar el proceso penal es la observancia plena de las formalidades procesales y el respeto de las garantías debidas a los sujetos intervinientes, es decir, el cumplimiento de la Constitución y de la Ley<sup>3</sup>.

La declaratoria de nulidad es sin lugar a dudas una medida de excepcional carácter, de mayúscula trascendencia en el proceso judicial, teniendo en cuenta que la anulación es el mayor castigo a

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia con Rad. 31.900 de 24-08-09

<sup>2</sup> En tema de solución menos traumática, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencias del SMI con Rad. 13.358 de 04-09-03 y Rad. 22.047 de 29-10-08, entre otras; y sentencia del SAP, con Rad. 31.280 de 08-07-09 y Rad. 30.612 de 03-02-10, entre otras

<sup>3</sup>Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 11 de abril de 2007, Rad. núm. 26128.

la actuación, tanto que obliga a rehacerla; luego, una determinación de dicha magnitud sólo procede cuando la irregularidad que se detecta afecta realmente garantías de los sujetos procesales, ora porque se desconocen las bases fundamentales del debido proceso (instrucción – juzgamiento) ya porque se desconocen garantías defensivas. *Principio de trascendencia*.

Por lo demás, cuando se detecten irregularidades nimias (porque no se libró una comunicación, porque no se surtió una notificación), no obstante advertir –concluir– que el interviniente conoce la decisión, la imputación, la existencia del proceso y la trascendencia del debate así como sus derechos como sujeto procesal, el principio que en términos generales orienta el adelantamiento del trámite es el de *convalidación* (la rectificación del yerro) en la medida que hacer las correcciones a la ritualidad – con respecto de las garantías de parte– propicia el buen desarrollo de los procesos las intervenciones judiciales, la eficacia y la eficiencia de la Administración de Justicia”.

Si se alega violación del debido proceso, se exigen estos presupuestos: (i) identificación concreta del acto irregular, (ii) concreción de la forma como éste afectó la integridad de la actuación o conculcó las garantías procesales, (iii) explicación trascendente de por qué es irreparable el daño, es decir, demostrando su lesividad; ha de indicar cómo procesalmente no hay forma distinta de restaurar el derecho menoscabado que declarando la nulidad y (iv) señalamiento del momento a partir del cual debe reponerse la actuación, y señalando su cobertura exacta<sup>4</sup>.

## **2.2 Los principios de las nulidades en el caso concreto y el derecho de defensa técnica.**

En el *sub examine*, reclama la censorsa respecto a la ausencia de defensa técnica por desconocimiento de las normas procesales por parte de los abogados defensores que le antecedieron, quienes cercenaron la posibilidad de llegar a una terminación anticipada o negociada del proceso en curso.

De la foliatura se puede entrever que el señor JOHAN SEBASTIÁN OSORIO BOTERO siempre contó con abogado defensor, ya sea contractual o de oficio, al punto que en dos ocasiones, dentro de la audiencia de formulación de acusación, la defensa solicitó el aplazamiento de las sesiones<sup>5</sup> manifestando su intención de preacordar con la Fiscalía, sin que al parecer se llegara a buen término, lo que significa que tuvo a su alcance las posibilidades de buscar otras alternativas de terminación del proceso, las cuales desestimó en consenso con su apoderado.

Así entonces, se cae de su propio peso el argumento expuesto por la impugnante.

Adicional a lo anterior, los abogados ejercieron una participación activa dentro de cada una de las audiencias que se llevaron a cabo, se hicieron estipulaciones probatorias en la audiencia preparatoria<sup>6</sup>, se expuso la teoría del caso dentro del

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 29.695 de 28-07-08 y Rad. 36.023 de 21-09-11, Auto Rad. 34.674 de 28-09-11, Auto Rad. 37.043 de 28-09-11

<sup>5</sup> Registro de audios. Fs 19 y 21

<sup>6</sup> Registro de audio. Fl. 30

juicio oral<sup>7</sup>, lo que significa que tanto el apoderado como el acusado tenían clara su estrategia defensiva.

El planteamiento presentado por la apelante carece de la idoneidad y fuerza para obtener la pretensión sancionatoria. Pues ha sostenido esta Corporación frente a este tipo de censuras, por demás frecuente cuando se trata de cambio de profesionales que asisten a un imputado o acusado, las críticas acerca de que se debió haber hecho esto o aquello o lo que hizo no fue correcto, no nos indican la ausencia de defensa, y parte de un supuesto especulativo ya que se sostiene que en cabeza del nuevo abogado la asesoría sería diferente y con ello la conducta procesal a desarrollar. Esas discrepancias siempre van a ocurrir y se exhiben de manera fácil y muy conveniente, cuando se conoce el resultado de las pruebas, la estrategia de la contraparte y una decisión desfavorable a su defendido.

Es que, tratándose de una profesión liberal, en la que no hay un debido proceso atinente al cómo ejercer de mejor manera la defensa, y en el que los jueces no tienen competencia para indicar un mejor comportamiento procesal, las diferencias acerca del cómo debió ejercerse la defensa técnica de un imputado carecen de trascendencia en orden a invalidar una actuación.

En cuanto al derecho a la defensa técnica ha dicho la Corte:

“el derecho a la defensa técnica constituye una garantía de rango superior, cuya eficacia no queda al libre ejercicio de quien oficiosamente es postulado por el funcionario o del defensor de confianza, ni se reduce a su designación sucedánea cuando el procesado no cuenta con un abogado de confianza, sino que se prolonga con la vigilancia de la gestión, a fin de que la oposición a la pretensión punitiva del Estado se amolde a los parámetros de diligencia debida, en pro de los intereses del inculcado<sup>8</sup>; en otras palabras, debe ser controlada eficazmente por el director del proceso con el propósito de que dicha asistencia técnica no se quede en el plano meramente formal, sino que se traduzca en actos que la materialicen en el trámite que se cumple, ya que sólo de esa manera se podrá aseverar el cabal e inobjetable respeto de lo dispuesto en el artículo 29 de la Carta Fundamental.

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 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.”<sup>10</sup> (Negrillas fuera del texto)

<sup>7</sup> Registro de audio. Fl. 37

<sup>8</sup> Sala Penal. Sentencias de 11 de julio de 2007. Proceso N° 26827 (sistema acusatorio).

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

<sup>10</sup> Sala Penal. Sentencia de 1° de Agosto de 2007. Proceso N° 27283.

Basados en lo anterior, se logra concluir que en el desarrollo de las audiencias se garantizaron ampliamente los derechos y garantías procesales del acusado, pues en el momento en que no contó con la asesoría de un abogado contractual, se le designó uno de oficio, quienes participaron en cada una de las actuaciones, informándole además la posibilidad que tenía de aceptar o no su responsabilidad, los derechos que le asistían y las alternativas de terminación del proceso.

En cuanto a las censuras impetradas por la apelante, al advertir el desconocimiento de las normas procesales por parte de los anteriores apoderados, considera la Sala que de los reproches realizados por el actual defensor del aherrojado, se reducen más a una crítica profesional que una vulneración al principio de contradicción y defensa técnica, situación que no tiene cabida para aludir a la violación del debido proceso.

Desde antaño la misma Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal ha explicado que no es suficiente a efectos de nulidad la crítica de un abogado con respecto a la estrategia de su antecesor, así:

“En síntesis, sobre la situación planteada el criterio de la Corte ha sido uniforme y reiterado, pues es claro que quien demanda la violación del derecho a la defensa por supuesta inactividad del abogado, debe demostrar que en realidad fue una omisión lesiva de los intereses del procesado, atendiendo a lo recaudado por la investigación, y no limitarse en abstracto a criticar al defensor, ni a decir según su criterio qué hubiera hecho, pues es lógico que cada profesional, frente a un caso concreto, diagnostique y establezca su propia estrategia defensiva, de manera que no coincidir en ello no significa que se haya infringido la garantía constitucional”<sup>11</sup>.

Y con respecto a los defectos sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental por fallas de la defensa técnica, ha sido pacífica la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así por ejemplo en sentencia T-028 de 2005, dijo<sup>12</sup>:

“Es necesario establecer si la falta de defensa técnica tuvo o puede haber tenido un efecto definitivo y evidente sobre la decisión judicial de manera tal que sea posible afirmar que ésta incurre en un defecto sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental. Así las cosas, no basta con demostrar que el defensor de oficio no cumplió a cabalidad con sus deberes profesionales, sino que es indispensable establecer si tal inactividad condujo a su vez a que el funcionario judicial adoptase una decisión que puede ser considerada una vía de hecho. En otras palabras, si a pesar de las deficiencias que presentó la labor desempeñada por un abogado de oficio, la decisión judicial fue adoptada por un funcionario competente, se respetaron todas y cada una de las etapas procesales correspondientes, se aplicó la legislación penal más favorable, las pruebas fueron debidamente aportadas al proceso y las partes contaron con la oportunidad para interponer los recursos legales pertinentes, no es posible aducir que la decisión judicial adoptada constituya una vía de hecho. En palabras de la Corte “*si las deficiencias en la defensa del implicado no tienen un efecto*

<sup>11</sup> CSJ. Sala Penal. Sentencia de abril 29 de 1999, Rad. 13.315, M.P. Ricardo Calvete Rangel

<sup>12</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-028 de enero 20 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández



*definitivo y notorio sobre la decisión judicial o si no aparece una afectación ulterior de sus restantes derechos fundamentales, no podría proceder la acción de tutela contra las decisiones judiciales del caso<sup>13</sup>.*

Posteriormente en vigencia del sistema mixto inquisitivo en auto de 20 febrero de 2008, Rad. 29.029, esto expuso la Corte:

“El solo silencio u omisión en presentar alegatos o controvertir las decisiones judiciales, no materializa “per se”, la violación de los deberes del profesional del derecho, ni mucho menos conduce a significar automático el perjuicio para el procesado, dado que la mejor defensa no es necesariamente aquella que se caracteriza por la profusión en el alegato o la enconada controversia con lo decidido por los funcionarios judiciales.

“Tantas como abogados hay, pueden ser las estrategias defensivas pasibles de hacer operar en el proceso penal y ninguna de ellas de ser descalificada de antemano solo porque el observador externo tenga una diferente óptica acerca de cómo pudo desarrollarse la labor en pro de la persona vinculada al proceso.

“Y, claro, ya “ex post”, cuando se conoce que la justicia ha fallado adversamente a los intereses del procesado, emitiendo sentencia de condena, siempre será posible aventurar muchas hipótesis que de manera más o menos elaborada indiquen factible haber cambiado el curso de los hechos a favor del condenado.

Pero, desde luego, no pueden ser estas lucubraciones el factor que soporte la existencia del vicio hecho radicar en la ausencia de defensa técnica, cuando claro se tiene que la tarea defensiva opera de medio y no de resultado.

“En consideración a ello, del demandante en casación se reclama, para que su postulación por la vía de la nulidad radicada en la falta de defensa técnica tenga buena fortuna, precisar adecuadamente los hechos, acorde con lo que el expediente informa, y a partir de allí determinar de manera objetiva no solo el comportamiento del profesional del derecho que se estima lesivo a los intereses del procesado, explicando por qué dentro del contexto concreto de lo habilitado en el expediente era otra la actividad que debía esperarse, sino los efectos que la omisión o mala praxis tuvieron respecto de la condición particular del procesado, a la manera de entender que de haberse actuado como el recurrente lo postula, otra, bastante más favorable, hubiese sido la suerte de su protegido legal”

---

<sup>13</sup> En este sentido se ha manifestado la Corporación, por ejemplo, al negar el amparo en un caso en el cual el juez había valorado una prueba obtenida al margen del debido proceso, sin que el sindicado hubiera tenido oportunidad de defenderse. En esta oportunidad la Corporación entendió que sólo procedía la acción de tutela si la mencionada prueba constituía un elemento central de manera tal que, sin ella, la decisión judicial hubiese sido, necesariamente, diversa. Como en el caso existían otros elementos que podían justificar la mencionada decisión la Corte no concedió la respectiva anulación. Sentencia T-008/98

Con respecto a la estrategia defensiva por cambio de abogado defensor, ha explicado la alta corporación:

“Para responder el punto, debe recordarse, en primer lugar, que la jurisprudencia de la Corte tiene decantado que el defensor, en el ejercicio de la función de asistencia profesional, goza de completa iniciativa, y si con posteriormente el nuevo defensor no comparte la estrategia defensiva asumida por su antecesor, no puede sostenerse, en ese solo hecho, que el derecho de defensa ha sido violado por ausencia de defensor idóneo, ya que la ley no le impone al abogado derrotos en torno al estilo, contenido, o alcance de sus propuestas, ni la aptitud se establece por los resultados del debate”<sup>14</sup>.

Finalmente, con respecto a la supuesta inactividad o inexperiencia del anterior abogado defensor en el sistema acusatorio penal, esto expresó la alta corporación judicial en Sentencia de 20 octubre de 2010, Rad. 33.752, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez:

“No bastaba, entonces, con denunciar de manera genérica la supuesta inactividad de su antecesor, tópico sobre el cual, ha sido bastante prolífica la producción jurisprudencial de la Corte en un tema de suyo subjetivo que dice relación con la independencia y autonomía propias del profesional del derecho en la que entiende la mejor manera de afrontar la estrategia defensiva, cuando claro se halla que en este tipo de asuntos no existen verdades reveladas ni mecanismos únicos y es precisamente la particularidad de cada caso el factor a examinar para definir si hubo o no comportamiento negligente u omisivo y, a renglón seguido, si esta falta de actividad tuvo efectos trascendentes que perjudicaron la condición sub iudice del vinculado penalmente”.

En definitiva no es motivo de nulidad considerar que otra estrategia sería mejor para los intereses del cliente<sup>15</sup>.

- **En conclusión:** Por los motivos expuestos se ha de confirmar el auto objeto del recurso de apelación.

### 3.- DECISION

**EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN, SALA DE DECISION PENAL, (i) CONFIRMA** el auto objeto de impugnación por las razones expuestas; **(ii)** contra esta decisión no procede recuso alguno.

<sup>14</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia de 29 febrero de 2008, Rad. 29.118, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez

<sup>15</sup> CSJ. Sala Penal. Casación de 21 febrero de 2007, Rad. 22.873, M.P. Javier Zapata Ortiz: “sin embargo, el silencio fue su modo de operar, con lo cual dejó ayuno su ataque, pues ello debe entenderse más que como un quebranto a las garantías constitucionales o procesales como una estrategia defensiva, la cual no puede argumentarse en sede extraordinaria como una conculcación al derecho mismo reclamado”

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

**NELSON SARAY BOTERO**  
Magistrado

**HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA**  
Magistrado

**CESAR A. BEDOYA BEDOYA**  
Magistrado