

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

Radicado: 05266 60 00203 2011 05133
Delito: Omisión de agente retenedor
Imputados: Juan Diego Ayarza Bustamante
Asunto: Solicitud de nulidad
Decisión: Revoca y decreta nulidad
Magistrado Ponente: Pío Nicolás Jaramillo Marín
Aprobado Acta N°: 135

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala de Decisión Penal

Medellín, cuatro de noviembre de dos mil catorce.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del señor **Juan Diego Ayarza Bustamante**, contra la decisión proferida por el Juez Penal del Circuito del municipio de Envigado, el 3 de septiembre de la presente anualidad, mediante la cual se negó la solicitud de nulidad de la actuación por vulneración de garantías fundamentales, dentro del proceso que se surte contra el señor

Juan Diego Ayarza Bustamante, por la presunta comisión del delito de Omisión de agente retenedor.

1. ANTECEDENTES:

De acuerdo con los hechos narrados por la Fiscalía 250 Seccional del municipio de Envigado, se tiene que el señor **Ayarza Bustamante** fue denunciado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- ya que en su calidad de representante legal de la empresa “Inversiones Mr. Churro S.A.” presentó una serie de declaraciones tributarias entre los años 2005 a 2007, a las cuales se les venció el plazo dado por el gobierno nacional para su pago y no fueron canceladas.

El 23 de julio de 2013, el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Envigado, declaró “*contumaz*” al procesado, formulándosele imputación en tal calidad. Para el efecto se le asignó un defensor público.

El 21 de abril de la presente anualidad, el Juzgado Penal del Circuito del mismo municipio, instaló audiencia de formulación de acusación. En la misma hizo presencia el señor **Ayarza Bustamante**, siendo asistido por otro defensor público.

Al inicio de lo que sería la audiencia preparatoria, en fecha del 3 de septiembre del corriente año¹, el defensor contractual que empezó a asistir los intereses del procesado, solicitó se decretara la nulidad de la actuación, con fundamento

¹Se destaca que dicha actuación se había surtido el pasado 10 de julio, pero por problemas en la grabación del audio se volvió a repetir.

en el Art. 457 del C.P.P., toda vez que se estaban vulnerando garantías fundamentales del procesado.

Para tal efecto, el togado de la defensa esgrimió tres argumentos principalmente: i) El primero relacionado con un asunto de indebida notificación de la audiencia de formulación de imputación, de la cual se alega no tuvo conocimiento su defendido, ya que las comunicaciones a las que se aludieron, nunca fueron remitidas a su domicilio actual –por lo menos desde noviembre de 2010- donde se encontraba descontando pena de prisión en virtud de una condena proferida por el mismo delito; con dicho yerro se le declaró contumaz, ii) Se pasó por alto el “requisito de procedibilidad” dispuesto en el párrafo del Art. 402 del C. P. y iii) Por vulneración del principio del *Non bis in ídem*, en tanto se estaba acusando por hechos donde su poderdante ya había sido condenado.

2. DECISIÓN IMPUGNADA:

El Juez de Conocimiento, luego de hacer un recuento de la actuación², inició por resolver el tercero de los puntos aducidos por el apoderado del procesado. Aludiendo que le daba la razón a la representante de la DIAN, en el sentido que cada vez que se recaudaban unos dineros y no se cumplía con el pago de los mismos en determinados periodos, se estaba cometiendo la infracción. Resaltó que en la sentencia proferida en su contra, se hacía alusión de hechos del año 2004, contrario al presente caso. De allí entonces que no se estuviere vulnerando el principio de *Non bis in ídem*.

² Audio audiencia preparatoria 1:20:46.

Respecto de lo demás reparos, señaló que el juez de control de garantías, había citado al procesado en las direcciones que la fiscalía le había otorgado, mismas que a su vez habían sido aportadas por la DIAN, atendiendo que estas eran las que le aparecían al implicado en el RUT.

Indicó que era claro que a la fiscalía le correspondía realizar los esfuerzos pertinentes para lograr la ubicación del interesado, a pesar de que hubiere sido declarado “*contumaz*”, y eso fue lo que procuró el delegado, ya que para el momento de la presentación del escrito de acusación, se exhibió su nueva dirección y números telefónicos.

Aludió no obstante, que en el caso, de que efectivamente se hubiere generado alguna irregularidad, era la audiencia de acusación el escenario pertinente para alegar las nulidades y por ende, sanear la actuación, resaltando que para dicha diligencia había acudido un profesional del derecho adscrito a la defensoría pública, del cual se predicaba idoneidad y que no había alegado nada al respecto, precluyendo la oportunidad.

Atendiendo la decisión adoptada el defensor presentó el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, de los cuales el juez otorgó espacio para la argumentación de cada uno de ellos.

3. ARGUMENTOS DE LA REPOSICIÓN Y APELACIÓN:

Consideró la defensa³ que contrario a lo aludido por el juez, no se había dado el saneamiento de la actuación y por ende, la nulidad deprecada seguía vigente. Esto por cuanto si bien podría entenderse que el defensor público que lo asistió en la audiencia de acusación, gozaba de la presunción de idoneidad, materialmente no estaba calificado para dicha diligencia, pues no tenía el conocimiento suficiente de lo acaecido en el caso del señor **Ayarza Bustamante**, ni los elementos de prueba que ahora se presentan, ya que solo hasta ese momento el procesado tuvo contacto con el defensor.

Reiteró el apoderado, que su asistido venía hace tiempo en prisión domiciliaria y como condenado, no se cumplió con su garantía de ser notificado en el lugar de reclusión. Es más, adujo, que el abogado de la parte civil –la DIAN- al momento de notificarse de la sentencia condenatoria proferida el 2 de marzo de 2009, había tenido conocimiento de la dirección donde se encontraba el implicado para ese momento, tal y como lo acreditó en la documentación aportada.

Agregó también, que al momento en que se declaró la contumacia, simplemente se había hecho alusión de un correo que si bien formalmente había sido remitido a una determinada dirección, no se tenía constancia de que efectivamente hubiere llegado a su destinatario ni mucho menos a su defendido, dando por sentado que el señor **Juan Diego** estaba enterado y había rehusado a presentarse, pero como se vio, el telegrama nunca llegó a él, porque no era la dirección donde se encontraba.

³Audio 2:04:25.

Finalmente, expresó que la DIAN nunca había llamado a su defendido a “*conciliar*” la obligación, siendo ello un requisito de procedibilidad conforme lo descrito en el Art. 402 del C.P., mismo que se encontraba vigente.

El delegado de la fiscalía como no recurrente⁴, aludió que la investigación que ahora se surtía era distinta de aquella donde el procesado había sido condenado. Niega que exista para tal delito un requisito de procedibilidad o conciliación para efectos penales. De otro lado, que si el anterior defensor no se había opuesto a que continuara la actuación, ello era indicativo de que el presunto vicio se había subsanado, y actualmente no sería el momento para oponerse.

También se pronunció la representante de la DIAN⁵, aludiendo que la obligación que tenía la entidad de notificar las distintas actuaciones administrativas, correspondía a la última dirección que el actor había suministrado y que aparecía en el Registro Único Tributario –RUT-; en ese sentido, cualquier cambio de la misma era obligación del contribuyente su reporte. Afirmó, que sí se le había realizado un llamado atendiendo los oficios “*penalizables*” existentes, los cuales habían sido remitidos a la dirección conocida oficialmente por la DIAN, esto es, la que aparecía en el RUT.

El juez bajo similares argumentos corroboró su decisión⁶.

⁴ Audio 2:14:48.

⁵ Audio 2:24:41.

⁶ Audio 2:30:05.

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 adelantarse desde este momento, que la Sala se centrará en el argumento principal de la defensa, sobre la presunta indebida notificación dada desde el inicio de la actuación y que conllevó a que su asistido fuera declarado “contumaz” y por ende, imputado en tal condición. Aspecto frente al cual también se dilucida una eventual vulneración del derecho de defensa, de quienes acompañaron las anteriores actuaciones. Adicionalmente, no se tendrá en cuenta el memorial que allegó el actor como “complemento” a la sustentación, en tanto la misma se surtió en el acto oral conforme a lo establecido por el Código Procesal Penal, siendo esta la que se apreciará.

No obstante, debe aclararse previamente que el tema de una presunta vulneración del principio de “*Non bis in ídem*”, de acuerdo con los planteamientos presentados, corresponde a un asunto de controversia y valoración probatoria, propio del juicio oral, no como causal para solicitar la nulidad de la actuación. Erradamente la fiscalía indicó en un momento dado de la diligencia, que no se oponía a la “*preclusión de la actuación*” y en otros momentos se habló también por parte de la defensa, del archivo de las diligencias; no obstante, es claro que materialmente la solicitud que se suscitó por parte del apoderado, hace alusión a una nulidad, del cual se desprende el tema de la doble incriminación, como uno de los argumentos.

Al encontrarse el trámite en etapa de audiencia preparatoria la solicitud de “*archivo de las diligencias*” –propio de la Fiscalía- se torna improcedente. Por el contrario, si el querer correspondía a una preclusión, es claro que la pretensión debía surgir del ente acusador, ministerio público o defensor, pero solo bajo las causales expresamente citadas en la norma -etapa de juzgamiento- lo que difiere claramente al caso que ahora se plantea.

De otro lado, el asunto relacionado con el presupuesto de procedibilidad vulnerado al que alude el actor, tampoco encuentra asidero, en el entendido que dicho aspecto, de acuerdo con la Ley 906 de 2004, corresponde a: i) Delitos que requieren querrela y ii) Petición especial. Para el caso de la conducta punible de Omisión de agente retenedor, no se exige que previamente se agote alguna situación en particular ni tampoco se encuentra dentro de los dos presupuestos anotados. Además, se infiere del párrafo del Art. 402 del C. P., del cual algunos han considerado su derogatoria tácita, que ello corresponde a la voluntad del actor y que eventualmente de proceder con el pago, se podría decretar la cesación del procedimiento. Ya los aspectos administrativos que se desprenden de la comisión de la conducta, corresponden a otro escenario.

Ahora bien, realizadas las anteriores precisiones, la Sala se pronunciará sobre el punto de nulidad señalado con antelación.

En la sistemática de la Ley 906 de 2004, se disponen tres causales a efectos de solicitar 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 debe concordarse con los principios dispuestos en la Ley 600 de 2000, si bien no consagrados expresamente en la Ley 906 de 2004, jurisprudencialmente se ha extendido tal interpretación, sin que riña con este sistema.

Así lo ha referido la Corte Constitucional:

“(...) 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**)⁷.*

Para el efecto, la Sala pasará a verificar la actuación surtida al momento en el que se declaró contumaz al actor y posteriormente se imputó en ausencia. Veamos:

⁷Decisión 32.143 de 2011.

El día 23 de julio de 2013, el Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Envigado realizó las audiencias objeto de debate, siendo asistido el procesado por un abogado de la defensoría pública.

Para efectos de notificación, la fiscalía se apoyó en las direcciones que la DIAN había suscrito en la denuncia –presentada el 14 de mayo de 2011- tal como lo dijo el delegado en la audiencia que conllevó al presente trámite y la realizada en su momento, mismas que luego le fueron corroboradas por dicha entidad administrativa.

Las direcciones suministradas correspondieron a la Cra. 43A N° 12AS-190 de Medellín y la Cra. 41A N° 40S-32 del municipio de Envigado, esta última al parecer, donde se encontraba el establecimiento comercial del cual el indiciado era el representante legal. Se dispusieron los números telefónicos 3023063 y 2708801. Por medio de estos datos, el juzgado ordenó al Centro de Servicios Judiciales notificar al procesado, reposando una sola constancia al respecto. La empleada encargada dejó la siguiente cita: *“Mediante telegramas 1560, 1561 y en los números de teléfonos citados (3023063-2708801) no fue posible la notificación al indiciado, por cuanto en el primero no contestan y el segundo me respondió la señora Lina quien dijo que allá funciona un negocio de pizzas y que no lo conocen⁸”*

A folios 19 y 20 se observa telegrama 1561 relacionado con la dirección Cra. 41A N° 40S-32, mismo del cual reposa *Sticker* de devolución. En observaciones se indicó *“Desconocido”* y la fecha descrita corresponde al 15 de julio de 2013. Frente al telegrama 1560 relacionado con la otra dirección,

⁸Ver folio 13.

no se percibe ninguna anotación de la cual se infiera devolución o recibo⁹.

Finalmente, sin que existiera constancia de ninguna otra gestión a efectos de ubicar al indiciado, se instaló la audiencia respectiva. Al iniciar se dejó sentado por parte de la juez que: *“Al señor Ayarza Bustamante se le intentó notificar de manera personal en los números telefónicos (...)”*¹⁰ haciendo referencia de la constancia de la citadora ya reseñada. Igualmente hizo alusión de los telegramas.

Luego la fiscalía se pronunció y solo indicó que la DIAN, mediante oficio del 19 de marzo de 2013, le había “actualizado” la información del indiciado, corroborando los datos ya conocidos. En ese sentido, al considerar que se había citado en los términos del código procesal penal, y no haber justificado su ausencia, estaba dado para declararlo en contumacia.

Como consecuencia de ello la juez aludió: *“Atendiendo el contenido del Art. 291 que dice (...) y este código autoriza pues, que las notificaciones se realicen a través del mediante el medio más expedito y como medio más expedito pues están las llamadas telefónicas y los telegramas y que uno de estos telegramas no fue devuelto, que la dirección corresponde a la misma que fue aportada por la DIAN, debe entonces entenderse que está debidamente notificado y sin justificación alguna el señor Juan Diego Ayarza Bustamante, decidió no hacerse presente, por tanto entonces se declara la contumacia del*

⁹Folio 17.

¹⁰Audio audiencia de formulación de imputación 1m 42s.

*mismo*¹¹. Al dársele la palabra al defensor señaló: “*Sin ninguna observación señora juez*”¹².

Es dable señalar, que la declaratoria de contumacia y de persona ausente, presenta un carácter excepcional, posibilidades que se encuentran específicamente reglamentadas y que conlleva para tal actuación, 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 tanto constituye un servicio público esencial, y por ende, ante la necesidad que se presente teniendo en cuenta las distintas circunstancias que rodean una causa, se proceda a adelantar una investigación o juicio sin la presencia del implicado.

Debe señalarse entonces, que 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.

Como también lo ha referido la Corte Suprema de Justicia, 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:

¹¹Audio 4 min 55 seg. íbidem.

¹²Audio 5 min 41 seg. íbidem.

*“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”¹³. (Subrayas y negrillas fuera de texto)*

Sin realizar mayor esfuerzo, emerge diáfano que las autoridades judiciales, no cumplieron con la carga que tenían si la pretensión-decisión era declarar la contumacia del indiciado. No puede entenderse que la mínima gestión realizada denotaba suficiencia y razonabilidad para haber adoptado una decisión de esa naturaleza, de la cual se ha predicado su excepción. Mucho menos llegar a la conclusión que emitió la juez en su momento, de que si uno de los correos no había sido devuelto, era porque la persona sabía de la diligencia.

Aunado a la cadena de errores, se unió el defensor, de quien se percibió pasividad, pues desde el punto de vista del rol que desempeñaba, le asistía mínimamente la obligación de requerir se realizaran otras gestiones, atendiendo que era la primera citación que se hacía, habían devuelto uno de los telegramas, la falta de certeza del recibo o devolución de la otra comunicación y la constancia dejada por la citadora enunciada por la juez, al inicio de la audiencia. También debe decirse, que no era la autoridad administrativa la llamada a otorgar las direcciones, o por lo menos para entender un desarrollo idóneo de la actividad penal, sino que ello debía haberse acreditado a partir de las tareas de investigación que como deber institucional tenía la fiscalía por medio de su personal, lo que luego sí procedió a realizar, pero cuando ya había ocurrido la irregularidad.

¹³ Sala Penal. Radicado 27.788 del 3 de septiembre de 2007.

Es que, en gracia de discusión, al no haberse tenido certeza de que efectivamente la comunicación hubiese sido recibida por el interesado, puesto que ya habían unos antecedentes que así lo denotaban, no podía hablarse de que existía renuencia de su parte y por ende contumacia, a lo sumo, se trataría de una persona ausente, figura de la cual inclusive, se requiere un mayor rigor en las tareas para proceder a decretarla.

Frente a las citaciones en estas circunstancias, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha aludido:

“Es cierto que las citaciones no son un trámite meramente formal, que pudiese agotarse con la expedición de un simple oficio, sino que para que la convocatoria sea válida, en términos procesales, deben seguirse a cabalidad las pautas de procedencia, forma y contenido recogidas en los artículos 171, 172 y 173 de la Ley 906 de 2004”.

“La citación para que los intervinientes comparezcan a las audiencias preliminares deberá ser ordenada por el Juez de Control de Garantías. “A este efecto podrán utilizarse los medios técnicos más expeditos posibles y se guardará especial cuidado de que los intervinientes sean oportuna y verazmente informados de la existencia de la citación. El Juez podrá disponer el empleo de servidores de la administración de justicia y, de ser necesario, de miembros de la fuerza pública o de la policía judicial para el cumplimiento de las citaciones”¹⁴.

Es claro entonces, que se pretermitió el derecho al debido proceso y defensa del actor, al no haberse cumplido de manera eficaz las tareas necesarias para declarar a una persona contumaz, situaciones que están relacionadas ineludiblemente con aspectos sustanciales de derechos fundamentales.

Ahora bien, es claro que la solicitud de nulidad deprecada por el actual defensor contractual del procesado, se dio al inicio de la audiencia preparatoria y por regla general, es la audiencia de acusación el momento procesal oportuno para

¹⁴Radicado 27.788 de 2007.

plantearla, a efectos de sanear la actuación, lo que no se hizo por parte del nuevo defensor público que se le asignó para dicha diligencia. De allí entonces, que bajo el principio de preclusividad de las instancias y convalidación de la irregularidad, el juez *A quo* hubiere desestimado la solicitud en punto de la nulidad.

No obstante, al verificar la actuación surtida en la audiencia de acusación por el defensor público, también genera en la Sala dudas de que el mismo hubiere tenido una gestión adecuada desde el punto de vista o criterio material, más aún, si se tenían en cuenta los antecedentes de la audiencia donde fue declarado contumaz el indiciado y luego imputado, las manifestaciones propias y de la fiscalía en la acusación y documentos aportados actualmente por el defensor contractual¹⁵, que hubieren sido obtenidos con una mínima tarea, si se hubiere por lo menos estudiado el caso con antelación.

Mírese por ejemplo, que al preguntársele al defensor si había recibido el escrito de acusación, este indicó: *“Si su señoría, acabo de recibir físicamente el escrito de acusación, ya que pues, por motivos de traslado de un municipio a otro no cuento pues con ningunos elementos materiales probatorios señoría, pero ya tengo en mi poder copia del escrito de acusación”*¹⁶

Luego cuando el juez pregunta si observaban causales de impedimento, incompetencia o nulidades, la fiscalía aludió: *“si bien a él se le había declarado persona contumaz en la*

¹⁵Ver folios 116 a 118; 138 y 144. En particular, las certificaciones del Juzgado Veintisiete Penal Municipal de Medellín que lo condenó y el Juzgado Sexto de Ejecución de Penas de la misma ciudad, que vigiló la ejecución de la misma de manera domiciliaria desde el 3 de noviembre de 2010, en la dirección Calle 27S N° 28-131. Solo vino a cambiar de nuevo dirección en el mes de noviembre de 2013, lo cual fue informado al juzgado, quien luego le otorgó libertad condicional, denotando cumplimiento de las obligaciones contraídas. También el informe dado por la oficina de correo certificado 472, donde se indicó que los oficios remitidos habían sido todos devueltos.

¹⁶ Audio audiencia de acusación 6 min 50 seg.

audiencia de formulación de imputación, afortunadamente ya contamos con su presencia señor juez, y vemos pues que, ha comparecido a la investigación y puede pues, estar presente en las audiencias señor juez, por lo tanto pues tampoco se observa ninguna circunstancia que pudiera generar alguna nulidad en este diligenciamiento¹⁷

La defensa por su parte refirió: *“Gracias su señoría esta defensa no observa pues ninguna causal de (...) o nulidad que venga a invalidar lo actuado”¹⁸.*

Con ello, puede decirse igualmente que se están vulnerando los derechos fundamentales del actor en aspectos sustanciales. Nótese que apenas la defensa había recibido de manos de la fiscalía el escrito, no contaba con más referentes y al parecer tampoco empleó mayor tiempo para hablar con el indiciado, pues si así hubiere sido, no otra solicitud distinta a la nulidad, hubiere realizado, bajo el entendido que desde las audiencias preliminares venía viciada la actuación.

Debe resaltarse, y si bien las manifestaciones dadas por la defensa en el *sub examine*, no dilucidan uno a uno los distintos principios de la nulidad, es claro que atacó la decisión del juez de manera global y en ellos se pueden visualizar los referidos, precisando entre otras cosas, que la actuación no podía convalidarse atendiendo las fallas de defensa técnica y las consecuencias que traía para su prohijado dicho acto, demostrando a través de los elementos de prueba que allegó, que efectivamente el actor no había sido notificado y por ende

¹⁷ Audio audiencia ibídem 8 min 09 seg.

¹⁸ Audio ibídem 9 min 07 seg.

vinculado en los términos de ley en la actuación, de allí el interés de darle prelación a este aspecto sustancial.

Es así entonces, que efectivamente en estos casos, donde poca gestión se observó por parte de los defensores, que no ejercieron actos positivos en aras de salvaguardar los intereses del procesado, aunado a los errores estatales, y uno de los aspectos a cumplir a cabalidad es que dicha tarea sea real o material, a pesar de la independencia que rige la estrategia de los profesionales –que no se da en este caso-, se presentó una irregularidad que no puede entenderse convalidada, en tanto dicho principio exige una verificación del grado de vulneración, dando prevalencia al derecho sustancial, no pudiéndose trasladar dicha carga al indiciado al no haberse referido de ello en la audiencia, pues se desconoce lo poco que le pudo indicar a su defensor, además que no él tenía porque saber en qué momento se debían presentar las distintas solicitudes, ni que aspectos podían tener trascendencia, pues no se tiene conocimiento que sea abogado.

Es trascendente el error en tanto limitó al actor de varias oportunidades procesales si es que era su interés acogerlas, como por ejemplo una aceptación de cargos temprana con la debida rebaja, un preacuerdo con su máximo provecho, tener desde un comienzo una defensa técnica que permitiera en términos no solo formales sino materiales, asumir un rol activo en procura del delineamiento de su estrategia defensiva, y no cuando se llega justo a una diligencia donde ya ha transcurrido gran parte de la actuación, o en su defecto, llegar a la cancelación de los dineros para procurar una eventual cesación del procedimiento. En ese sentido, no se puede decir que actualmente se puedan cumplir con los fines de la primigenia

actuación ni tampoco existe un remedio menos extremo que el de decretar la nulidad de la actuación.

En decisión de la Corte Suprema¹⁹, reiterada en la Sentencia C-069 de 2009, se aludió:

“3. Igualmente la Corte tiene definido²⁰ 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.

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”.

En ese sentido, se decretará la nulidad de la actuación desde la audiencia del 23 de julio de 2013, inclusive, desde cuando se declaró contumaz y se imputó cargos al actor, a efectos de que se reinicie la actuación conforme a los lineamientos constitucionales y legales.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN** -Sala Penal de Decisión- administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

¹⁹Decisión 16.958 del 6 de septiembre 2007.

²⁰ Sala Penal. Sentencia de 19 de octubre de 2006. Proceso N° 22432.

PRIMERO: REVOCAR la decisión de origen, fecha y contenido indicados, que negó decretar la nulidad de la actuación a favor del señor **Juan Diego Ayarza Bustamante**. En su lugar, se accede a la misma, decretando esta desde las audiencias preliminares donde fue declarado contumaz y se imputó cargos, inclusive, llevadas a cabo el 23 de julio de 2013.

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 SOCORRO ORTIZ CASTRO
Magistrada

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
Magistrado.