

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SECRETARÍA SALA PENAL**

ESTADO ELECTRÓNICO 054

La Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en cumplimiento al inciso 3° del párrafo 1 del artículo 13 del acuerdo PCSJA20-11546 del 25/04/2020 y sus prorrogas expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, fija el presente estado electrónico.

Radicado Interno	Tipo de proceso	Accionante Solicitante DELITO	Accionado / Acusado	Decisión	Fecha de decisión
2020-0709-6	Decisión de plano	Concierto para delinquir agravado	Roberto Carlos Osten Mestra	Confirma auto de 1° instancia	Agosto 20 de 2020

FIJADO, HOY 21 DE AGOSTO DE 2020, A LAS 08:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 0525061000002019-00006

NI.: 2020 0709-6

Procesado: ROBERTO CARLOS OSTEN MESTRA

Delito: homicidio y Concierto para delinquir agravado.

Decisión: confirma

Aprobado Acta virtual 66

Sala No: 6

Magistrado Ponente: **Gustavo Adolfo Pinzón Jácome.-**

Medellín, agosto veinte de dos mil veinte.

I. Objeto del pronunciamiento.-

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación contra la determinación que se tomó en el pasado 27 de julio del año en curso de negar una petición de nulidad a partir de la audiencia preparatoria por violación del derecho de defensa y el debido proceso.

II. Actuación procesal relevante.-

Ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia ,curso actuación penal en contra de ROBERTO CARLOS OSTEN MESTRA, según se puede apreciar repasando el devenir de la actuación, el pasado 5 de junio del año 2019 al momento de instalarse la audiencia de acusación, el defensor del procesado reclamó la nulidad de la actuación desde la formulación de la imputación , por vulneración al principio del *no bis in ídem*, pues por los mismos hechos se adelantaba actuación en el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, así como por la carencia de una inferencia razonable de presunta autoría o responsabilidad , dicha petición fue despachada negativamente por el Juez de primera instancia y contra la misma se interpuso el recurso de apelación que esta Corporación confirmó en auto del pasado 3 de julio del 2019.Regresó la actuación al juzgado de primera instancia y allí se tramitó la audiencia preparatoria que se celebró los días 2, 9, y 25 de septiembre, 30 de octubre, 6 y 13 de noviembre , 16 de diciembre del 2019 y 21 de enero del 2020, en la que se resolvieron las peticiones probatorias de las

partes y se fijó fecha para la audiencia de inicio del juicio oral y se indicó que como la defensa quería pedir una nulidad bien podía hacerlo al inicio del juicio oral. Fue así como después de varios aplazamientos el pasado 8 de julio debía instalarse el juicio oral, el defensor, solicitó un aplazamiento pues pretendía problemas técnicos no podía poner en conocimiento de los asistentes de la audiencia los elementos con el que pretendía fundar su pretensión de preclusión, razón por la cual se señaló el día 27 de Julio del año corriente para tal fin. Instalada nuevamente la audiencia el señor defensor pasó a explicar sus pretensiones las que incluían una solicitud de preclusión por violación del *no bis in ídem*, y una de nulidad por vulneración del derecho de defensa.

El juez de instancia desechó las pretensiones de la defensa e indicó que las mismas eran repetitivas y buscaban dilatar la actuación, y además respecto de la nulidad al fundamentar la misma no se argumentó porque no se satisfacían los principios que hacia procedente la nulidad e indicó que era un rechazo de plano y no procedía recurso alguno, razón por la cual al defensa interpuso el recurso de Queja, que fue resuelto por esta Corporación el pasado 10 de agosto del año en curso concediendo la apelación únicamente en relación a la negativa de nulidad desde la audiencia preparatoria.

El pasado 13 de agosto ante el Juzgado de primera instancia la defensa sustentó el recurso de apelación y como no recurrente el señor representante de la Fiscalía General de la Nación y el Procurador Judicial expusieron sus argumentos frente al recurso de apelación.

III. Decisión de Primera Instancia.

El señor Juez *a quo*, consideró que la petición del togado defensor es francamente dilatoria y simplemente está buscando que en este proceso se cumplan los términos de cara a una eventual libertad del procesado señalando que conforme a los principios que rigen la nulidad, el que no se hubiere interpuesto los recursos de ley contra las decisiones que se tomaron al interior de la audiencia preparatoria, impide que ahora en la audiencia de juicio se reclame la nulidad de dicha audiencia por vulneración al derecho de defensa, por lo tanto es una petición carente de cualquier fundamento jurídico y solo busca dilatar la actuación sin justificación.

IV. Recurso de apelación.

Inició el abogado defensor al sustentar el recurso de apelación resumiendo el devenir del proceso en el que en sus sentir se le ha dado mucho tiempo a la Fiscalía para investigar más de dos años y a él se le ha restringido ostensiblemente ese derecho, resaltando las diversas vicisitudes que la actuación ha tenido, y deteniéndose en lo ocurrido en la última sesión de la audiencia preparatoria en la que solicitó al señor juez de primera instancia una suspensión de la misma, pues sus investigadores no habían terminado con el recaudo probatorio lo que le impedía hacer el descubrimiento que por ley debía presentar a la Fiscalía, y tal negativa y el requerimiento que debió aceptar de seguirán el desarrollo de la audiencia le impidió presentar una propuesta probatoria adecuada y por lo mismo la posibilidad de defensa se le vio truncada. Indicó además que no interpuso recurso alguno contra determinación pues se le indicó que era una orden y que si quería presentar una nulidad podía hacerlo al inicio del juicio. Consideró entonces que el debido proceso y el derecho de defensa fueron gravemente conculcados con lo ocurrido en la audiencia preparatoria.

Resalta que el advirtió al juez que como no se había hecho el descubrimiento probatorio de la defensa, no podía continuar la audiencia preparatoria ni mucho menos decretarse la prueba, sin embargo de plano se desechó tal pedimento sin que existiera fundamentación alguna que sustentara tal determinación.

Indicó igualmente que mal hace el juez de instancia en acoger los planteamientos del Procurador Judicial y decir que su intención es dilatar el proceso, cuando lo cierto es que el solo busca proteger los interés de su representado y ejercer a cabalidad el derecho de defensa.

Dentro del traslado a lo no recurrentes el señor representante de la Fiscalía General de la Nación al descorrer el traslado señaló que el recurrente no cumplió con el deber de sustentar en debida forma el recurso y por lo mismo debía declararse desierto, igualmente que no es cierto que el Juez pretenda soslayar los derechos del procesado o el defensor, por el contrario ha sido el defensor quien con sus maniobras ha buscado dilatar el proceso.

El señor Procurador igualmente al descorrer el traslado señaló que la defensa al sustentar el recurso no cumple con el deber de confrontar la tesis expuesta por el juzgador y se limita a reiterar sus pedimentos iniciales lo que hace que el recurso deba ser declarado desierto por falta de sustentación.

Indica que en caso de que el Tribunal acogiendo el principio de caridad que ya admitió al conceder la queja decida pronunciársete fondo tenga en cuenta que aquí quien ha pedido múltiples aplazamientos es la misma defensa, y aunque tiene derecho a preparar el juicio, tal derecho no puede implicar que a su antojo se suspenda el trámite procesal todas las veces que a bien tenga, y aquí contó la defensa con la oportunidad de buscar sus pruebas, si no lo logró no puede el juicio seguir en ascuas y no puede el defensor alegar su propia culpa de no haber podido recabar la prueba para sustentar ahora una nulidad.

V. Consideraciones de la Sala.

Sea lo primero indicar que aunque el señor togado defensor presenta una argumentación que en algunas partes se torna vaga , o se refiere a circunstancias que ya no son objeto de debate como lo es el de la preclusión que en un momento intentó solicitar, y que ameritó que el juez de primera instancia requiera al recurrente para que se ocupara de lo que era motivo de apelación- la negativa de nulidad- de lo expuesto en conjunto en cuenta la Sala que se cumple con el mínimo de explicar porque no se comparte la decisión recurrida, motivo por el cual se entrará a resolver de fondo la apelación propuesta.

El asunto que concitaría el interés de la Sala lo es el establecer si en efecto cuando el Juez de primera instancia, vulneró el debido proceso y el derecho de defensa cuando negó la petición de suspensión de la audiencia preparatoria que hacia la defensa y dispuso que las partes procedieran con sus peticiones probatorias sobre las cuales finalmente tomó una decisión y dispuso fecha y hora para el inicio del juicio oral.

Sin embargo como quiera que el señor defensor, no interpuso recurso alguno al final de la audiencia preparatoria, sino que plantea su inconformidad con lo ocurrido, por la vía de la nulidad, debemos ocuparnos entonces de si resulta posible vista que tal audiencia ya

culminó, reabrir un debate sobre lo allí ocurrido cuando la actuación ya está para el inicio del juicio oral.

Al respecto debe indicarse que cuando se pretende decretar una nulidad, que es el remedio extremo para las fallas de procedimiento o la afectación de garantías fundamentales, el operador judicial, debe tener en cuenta ciertos principios que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado de tiempo atrás y que mantienen su plena vigencia en el nuevo sistema acusatorio. Al respecto la Alta Corporación señala:

“Tales axiomas se concretan en los siguientes postulados: sólo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley (principio de amatividad)¹; quien alega la configuración de un vicio enervante debe especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya (principio de acreditación); no puede deprecarla en su beneficio el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del yerro invalidante, salvo el caso de ausencia de defensa técnica (principio de 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 (principio de convalidación); no procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa (principio de instrumentalidad); quien alegue la rescisión tiene la obligación indeclinable de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que ésta afecta de manera real y cierta las bases fundamentales del debido proceso o las garantías constitucionales (principio de trascendencia) y, además, que para enmendar el agravio no existe remedio procesal distinto a la declaratoria de nulidad (principio de residualidad).”²

En el presente caso, aprecia la Sala que cuando se presentó el supuesto yerro en el proceso que denuncia el defensor afectaron sus garantías y el derecho de defensa, esto es la negativa de suspensión en la audiencia preparatoria y el disponer que se procediera con el descubrimiento probatorio y luego las solicitudes probatorias y se resolviera sobre las mismas para entonces fijar fecha para el inicio de juicio oral ; el abogado defensor no interpuso recurso alguno contra las decisiones que allí se tomaron, lo que implica que el terminó convalidando la decisión del Juez *a quo* en ese momento, aspecto este que acertadamente fue el que fundamento la determinación ahora se censura al negar la petición del abogado defensor.

¹ Tal principio está contemplado en la Ley 906 de 2004, artículo 458. Y de acuerdo con la misma normatividad las circunstancias enervantes son: la nulidad derivada de la prueba ilícita y cláusula de exclusión (artículos 23 y 455 ib.); la nulidad por incompetencia del juez (artículo 456 ib.); y la nulidad por violación a garantías fundamentales: derecho a la defensa y debido proceso, en aspectos sustanciales (artículo 457 ib.).

² Auto del 30 de noviembre del 2011.M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. RADICADO 37298.

Tampoco se puede decir que como quiera que al final de la audiencia preparatoria se señaló que el defensor si quería plantear una nulidad podía hacerlo en el juicio, con esto se estuviera justificando la no interposición de recursos, pues si la defensa no compartía algo de lo que se resolvía en tal audiencia debía interponer los recurso de ley, pues este es el camino procesal adecuado, si no se comparte una decisión se interpone recurso contra este, no se alega que se va a interponer una nulidad sobre un aspecto en el que fue vencido, pues contra esto proceden son los recursos de ley.

Igualmente debe resaltarse que aunque ahora alegue el recurrente que esa negativa de aplazamiento le impidió recabar pruebas con las que podía efectivizar su derecho de defensa y solicitar su práctica en el juicio, no indica en efecto cuales fueron esas pruebas que no pudo pedir y como esto afecto su teoría de defensa , con lo que indudable es que no cumple en debida forma con indicar de qué manera las falencias anotadas trascienden y afectan de forma cierta el debido proceso y el derecho de defensa.

De otra parte como lo resalta el señor Procurador en el presente caso múltiples aplazamientos hubo de la audiencia preparatoria , concretamente como se aprecia al repasar la actuación esta se tramitó en sesiones los días 2, 9, y 25 de septiembre, 30 de octubre, 6 y 13 de noviembre , 16 de diciembre del 2019 y 21 de enero del 2020, y en parte alguna el ahora recurrente señalada porque no pudo, pese al transcurso del tiempo entre todos los aplazamientos recoger los elementos de prueba que dice le hacen falta, por lo que aunque es cierto que la defensa tiene derecho a preparar en debida forma su estrategia y buscar sus pruebas, tal plazo no puede arrogarse indefinidamente en el tiempo a menos que se indique una razón válida para ello.

Sobre el tiempo razonable para preparar la defensa la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal³, precisa:

“ Al tenor de los artículos 8.2.c del Pacto de San José, 14.4.b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 29 de la Constitución Política y 8.i del Código de Procedimiento Penal resulta cierto e indiscutible que al inculpado se le debe garantizar perentoriamente la posibilidad de disponer de un tiempo razonable para preparar adecuadamente su defensa. La jurisprudencia constitucional ha decantado el alcance de la mencionada garantía en los siguientes términos: “el derecho a contar con el tiempo

³ Sentencia SP 9677 del 2017 M.P. EUGENIO FERNANDEZ CARLIER.

adecuado para la defensa, es una garantía vinculada al principio de igualdad de armas, que no obstante su limitada aplicación, ha desplegado su eficacia en la fase de preparación del juicio; se ha reconocido en causas complejas y en donde media una especial severidad en la punibilidad [...] Su consagración en el derecho nacional está influenciada por esta concepción, en la medida que su configuración va acompañada de la posibilidad de solicitar “prórrogas justificadas,” y se reconduce a “las audiencias a las que deba comparecer” el procesado. En tanto que el derecho a disponer de los medios adecuados para la preparación de la defensa se ha relacionado con la posibilidad de acceso a información y a medios de prueba, se ha estimado además, que los juicios colectivos que involucren una gran cantidad de acusados, vulneran esta garantía”. (Destaca la Corte). De acuerdo con lo señalado, la suficiencia del tiempo para la preparación de la defensa es un concepto que varía en cada caso, se predica de la fase anterior al juicio, depende de la complejidad del asunto y goza de una posibilidad restringida de amparo, en la medida en que las suspensiones deben ser justificadas y razonables, con el doble propósito de evitar dilaciones innecesarias y de garantizar la igualdad de armas frente al órgano acusador del Estado.”

Como lo resalta la jurisprudencia en cita, el suficiente tiempo para preparar la defensa, es un concepto que varía según las circunstancias del proceso y las solicitudes de suspensión deben tener una justificación razonable, y aquí el recurrente aunque dice que debía buscar pruebas no está señalando en la sustentación de su pedimento de nulidad como ya se resaltó que evidencias o elementos materiales de prueba no pudo recoger, o cuales eran los obstáculos que le impedían a sus investigadores recabar tales elementos probatorios que buscaba descubrir para que posteriormente se le decretaran como pruebas para el juicio, por lo mismo bajo una genérica argumentación de que necesitaba más tiempo para preparar la defensa, no resulta ahora admisible que se entre a ordenar repetir la audiencia preparatoria, que es la consecuencia necesaria de la nulidad deprecada.

Debe además resaltarse que al repasar el audio de lo ocurrido en la audiencia preparatoria lo que planteó en su momento el señor defensor es que como no se cumplió con el descubrimiento probatorio de la defensa, no era posible avanzar en el trámite del proceso y entrar a decretar las pruebas hasta que el mismo se agotara, pues el proceso implicaba una serie de actos concatenados que no se podían omitir, argumento que contrario a lo que plantea en la apelación si fue objeto de pronunciamiento en su momento por el Juez de Primera Instancia como se aprecia en el audio de la audiencia preparatoria donde acotó “se debe indicar dentro del debido proceso entendido como un principio antecedente consecuente no hay norma que indique que es obligación de la defensa solicitar elementos o hacer postulaciones probatorias para que así pueda intervenir la fiscalía, es una facultad y dentro de sus pretensiones verifica si es necesario practicar prueba de su parte o si considera que con una actuación pasiva logra atender los intereses de su protegido al entender

que el material probatorio de la Fiscalía General de la Nación es insuficiente para derribar la presunción de inocencia, no es cierto entonces que se debía realizar petición probatoria de su parte para que se pudiera acceder a la petición probatoria de la Fiscalía. “

Si consideró que lo que en ese momento el juez resolvía era erróneo debió interponer recursos contra tal determinación, pero no lo hizo, por ende no puede ahora señalar que esto admita una nulidad, y pretenda presentar la inconformidad bajo el manto de una falta de motivación al desechar sus pretensiones, cuando estas fueron resueltas.

En ese orden de ideas, no encuentra la Sala posible ahora entrar a decretar la nulidad reclamada, por lo que la providencia materia de impugnación deberá ser confirmada. Providencia discutida y aprobada por medios virtuales ante la contingencia del aislamiento social obligatorio y el trabajo virtual conforme a lo dispuesto al Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la providencia materia de impugnación que negó la nulidad solicitada por la defensa.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firma electrónica

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome

Magistrado

Aprobado correo electrónico

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Aprobado correo electrónico

Nancy Ávila de Miranda

Magistrada

Proceso No: 0525061000002019-00006

NI.: 2020-0709-6

Procesado: ROBERTO CARLOS OSTEN MESTRA

Delito: homicidio y Concierto para delinquir agravado

Decisión: confirma negativa de nulidad .

Firmado Por:

GUSTAVO ADOLFO PINZON JACOME

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL SUPERIOR SALA 007 PENAL ANTIOQUIA

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:

58759e1c266f67425c3c88dec3b0b0a00ce1065cf57022e72d63599547338553

Documento generado en 20/08/2020 02:05:17 p.m.