



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA CUARTA DE DECISIÓN PENAL

MAG. PONENTE:	JUANA ALEXANDRA TOBAR MANZANO
RADICACIÓN:	41001 60 00 584 2014 00358 01
PROCESADO:	KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAEE y RONALD MONTEALEGRE CÁRDENAS
DELITO:	Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades
ASUNTO:	Niega nulidad
PROCEDENCIA:	Juzgado 3° Penal del Circuito de Neiva –H.-
APROBADO:	Acta No. 0311
DECISIÓN:	Confirma

Neiva, ocho (08) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la Defensora de KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAEE, contra la decisión tomada en sesión de audiencia del 18 de agosto de 2022, mediante la cual el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esta ciudad, negó la petición de nulidad desde el inicio de la audiencia preparatoria, en el proceso que adelanta por delito de *violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades* en concurso homogéneo y sucesivo.

ACUSADO: KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE y otro.
DELITO: Violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.
RADICACIÓN: 41001-60-00 -584-2014-00358-01
7857

2. LOS HECHOS

Ocurrieron entre los años 2012 y 2013, cuando ROLDÁN MONTEALEGRE CÁRDENAS, en su condición de gerente y representante legal de la Empresa Social del Estado “E.S.E.” Tulia Durán de Borrero en el municipio de Baraya (H), tramito, aprobó y celebró varios contratos¹ con KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE, cuyo objeto eran *“la prestación de servicios en forma autónoma e independiente por parte del contratista y a favor de la ESE como médico general coordinador área asistencia”* pese a que este último se encontraba inhabilitado para celebrar contratos con el Estado.

Lo anterior, por cuanto KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE registraba antecedentes penales, debido a dos sentencias condenatorias emitidas por los Juzgado 4° Penal Municipal con Funciones de Descongestión de Cali el 19 de agosto de 2008 y por el Juzgado 2° Penal del Circuito de Garzón el 26 de marzo de 2010, por los delitos de delito de inasistencia alimentaria y fraude a resolución judicial, respectivamente; siendo condenado igualmente a la inhabilidad para contratar con el Estado desde el 02 de enero de 2009 al 1° de enero de 2014, tal como constaba en el certificado de antecedentes

- ¹ No. 037-2012 celebrado el 19 de mayo de 2012
- Adicional 037-2012 celebrado el 27 de junio de 2012
- No. 053-2012 celebrado el 27 de julio de 2012
- No. 077-2012 celebrado el 30 de octubre de 2012
- No. 006-2013 celebrado el 02 de enero de 2013
- No. 017-2013 celebrado el 01 de febrero de 2013
- No. 023-2013 celebrado el 01 de marzo de 2013
- No. 033-2013 celebrado el 30 de marzo de 2013
- No. 041-2013 celebrado el 30 de abril de 2013
- No. 061-2013 celebrado el 04 de junio de 2013
- No. 077-2013 celebrado el 02 de julio de 2013
- No. 091-2013 celebrado el 09 de agosto de 2013
- No. 103-2013 celebrado el 12 de septiembre de 2013

ACUSADO: KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE y otro.
DELITO: Violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.
RADICACIÓN: 41001-60-00-584-2014-00358-01
7857

expedido por la División Centro de Atención al Público – CAP de la Procuraduría General de la Nación.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

El 22 de mayo de 2018, ante el Juzgado Único Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Baraya (H.), luego de declararse contumaz al procesado, se realizó audiencia preliminar de formulación de imputación en contra de KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE, por cuanto celebró varios contratos con la Empresa Social del Estado “ESE” Tulia Durán Borrero del municipio de Baraya – Huila, con Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, a título de interviniente.

El 13 de julio de 2018, la representante de la Fiscalía General de la Nación presentó escrito de acusación contra KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE, el que por reparto correspondió al Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de esta localidad, despacho que realizó la audiencia de formulación de acusación el 20 de septiembre de los cursantes, en la que le formuló cargos por el delito² de *violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades*, en calidad de **interviniente**.

En dicha diligencia la Fiscal deprecó se decrete la conexidad de la causa con el proceso seguido contra Roldan Montealegre Cárdenas Rad. 41-001-60-00584-2014-00358-00, como **autor** del punible de *Violación al régimen constitucional de inhabilidades e incompatibilidades*, dentro del cual se formuló imputación y acusación

² Rec.: 10:00 Audiencia de acusación – septiembre 20 de 2018-.

ACUSADO: KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE y otro.
DELITO: Violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.
RADICACIÓN: 41001-60-00-584-2014-00358-01
7857

el 19 de enero y 14 de noviembre de 2017, respectivamente, el que correspondió por reparto al Juzgado Tercero Penal del Circuito de esta Localidad, habiéndose decretado la conexidad procesal de las investigaciones seguidas bajo los Rad. 41001 60 00584 2014 00358 y 41001 60 00000 2018 2018 000 53, contra Roldan Montealegre Cárdenas y KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE, respectivamente.

No obstante, lo anterior, el titular del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva, se declaró sin competencia y remitió las diligencias a esta Sala, por lo que mediante auto calendado el 27 de septiembre de 2018 a esta Corporación el expediente, declaró que la competencia estaba en cabeza del citado despacho judicial.

La audiencia preparatoria se inició el 29 de abril de 2019, oportunidad en la que el Defensor Público de KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE, que para ese momento representaba al precitado, indicó no tener elementos probatorios que descubrir, y en relación a la enunciación de las pruebas por la bancada de la Defensa, el Fiscal indicó no ser necesaria la enunciación, pues ya tenía conocimiento de los elementos probatorios.

Posterior a la referida data, KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE ya se encontraba representado por una nueva Defensora Pública, y la diligencia preparatoria, se continuó el 26 de noviembre de 2021 en la que Fiscalía y los dos defensores elevaron las correspondientes solicitudes probatorias, siendo suspendida la diligencia debido a fallas técnicas.

En sesiones del 22 de marzo, 05 de julio y 18 de agosto de 2022, el Defensor de Montealegre Cárdenas culminó con sus solicitudes

ACUSADO: KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE E y otro.
DELITO: Violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.
RADICACIÓN: 41001-60-00 -584-2014-00358-01
7857

probatorias; al concederle el uso de la palabra nuevamente a la Defensora de KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE E, aquella pidió la nulidad de la actuación desde el inicio de la diligencia con fundamento en que³ su antecesor no enunció ningún medio de prueba a favor de su representado, pues a petición de la partes se dieron por enunciadas las pruebas que fueron descubiertas, por lo que desconoce qué pruebas se pretendían solicitar, situación que en su criterio vulnera los derechos de defensa, debido proceso y contradicción de su agenciado, de conformidad al artículo 457 de la Ley 906 de 2004, cercenándole la posibilidad de practicar solicitar y practicar prueba para demostrar su teoría del caso.

El Representante de Fiscalía⁴, se opuso a la petición de la Defensora, argumentando que KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE E ha gozado de acompañamiento de un abogado designado por la Defensoría Pública, sin evidenciarse vulneración alguna a su derecho de defensa. Puso de presente que el anterior Defensor en el inicio de la audiencia preparatoria reveló no haber logrado contacto con el citado acusado, sin tener la posibilidad de trazar una estrategia defensiva, situación sobre la que la actual Defensora Pública no hizo manifestación alguna, sin que el único remedio sea la nulidad para subsanar, pues se trata de un trámite administrativo relacionado con los cambios de Defensores adscritos a la Defensoría Pública como sucede con los Fiscales, lo que no implica en sí mismo una causal de nulidad.

A su vez, el Representante de Víctimas, comentó que⁵ el anterior Defensor estimó que para su estrategia defensiva llamaría a juicio únicamente al señor KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE E y

³ A partir de 00:13:50

⁴ A partir de 00:07:09

⁵ A partir de 00:13:45

ACUSADO: KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE y otro.
DELITO: Violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.
RADICACIÓN: 41001-60-00 -584-2014-00358-01
7857

destacó que el citado acusado siempre ha estado asistido en todas las diligencias por un abogado de la Defensoría del Pueblo, garantizándole los derechos que ahora la nueva abogada considera vulnerados sin ningún tipo de sustento, debiendo negarse tal reclamación.

Por su parte, el Defensor de Roldan Montealegre Cárdenas, indicó⁶ que el derecho de defensa tiene varias características entre las que se destaca intangible, real o material, continua e ininterrumpida y agregó que para la puntual reclamación de la Defensora de KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE se debe declarar la nulidad atendiendo esencialmente al principio de convalidación.

La aludida petición fue denegada, decisión contra la que la Defensa Técnica del citado acusado interpuso recurso de apelación, que hoy concita la atención de la Sala.

4. LA DECISIÓN IMPUGNADA⁷

El *a quo*, tras resaltar el criterio de la Sala de Decisión Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sido exigente respecto a la procedencia de las nulidades procesales, correspondiéndole al solicitante identificar de forma concreta el acto irregular, para lo que en este caso la defensora indicó que acaeció en la etapa de la enunciación probatoria.

Precisó que las nulidades están gobernadas por los principios de taxatividad, protección, convalidación, residualidad, instrumentalidad y trascendencia, último en el que hizo énfasis por no advertirse, en el caso en particular, un daño cierto, concreto e irreparable, pues la Defensa no

⁶ A partir de 00:15:45

⁷ A partir de 00:17:30

ACUSADO: KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE y otro.
DELITO: Violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.
RADICACIÓN: 41001-60-00 -584-2014-00358-01
7857

indicó en qué afecta esa situación a su prohijado y omitió aludir cuáles son los actos demostrativos de la falta de habilidad o atención del anterior abogado que vulneraron garantías procesales y derechos fundamentales de KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE.

Tras resaltar el pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, AP32645 de 2021, concluyó que, la Defensora aparte de concretar y enunciar el acto que vulnera el derecho de defensa y que como consecuencia genera la nulidad de lo actuado, debió acreditar a falta de qué pruebas que no fueron enunciadas, se consagra dicha afectación.

5. LOS FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

En suma, la Defensora ⁸ insistió en que se decrete la nulidad de lo actuado con fundamento en que persiste la vulneración al derecho de defensa al haberse obviado la enunciación probatoria a cargo de la bancada de la Defensa, omitiendo enunciar que pruebas se pretendían solicitar posteriormente, situación que fue convalidada por las partes, sin que se dejara constancia de cuáles pruebas realmente pretendía enunciar su antecesor, quedando imposibilitada a solicitar alguna para desvirtuar la teoría del caso de la Fiscalía, lo que en su opinión evidencia lo atinente a la demostración del principio de trascendencia para decretar la nulidad.

Agregó haber tenido contacto con su representado en aras de recaudar elementos probatorios para demostrar su inocencia en el juicio oral, sin precisar cuáles.

⁸ A partir de 00:26:28

ACUSADO: KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE y otro.
DELITO: Violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.
RADICACIÓN: 41001-60-00 -584-2014-00358-01
7857

6. EL TRASLADO A LOS NO RECURRENTE

- **El Representante de la Fiscalía**⁹ solicitó se confirme la decisión de primera instancia, por cuanto la Defensora de KAMAL SALEM ABUBARKAL omitió indicar cómo la enunciación afectaba la defensa técnica, sin referir qué clase de pruebas fueron las que se dejaron de solicitar, si eran testimonios, quiénes eran, o documental, entre otras, y que no fueron enunciadas por el anterior Defensor. Reiteró que el cambio de defensor no es justificación para fundamentar su petición de nulidad, lo que tampoco sería procedente ante el cambio de Fiscal o Juez de conocimiento.

- **El Representante de víctimas**¹⁰ deprecó la confirmación de auto que negó la petición de la Defensora, evidenciándose una falta de diligencia entre los defensores de la Defensoría Pública, en relación a la estrategia defensiva del señor KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE, sin que se avizore violación de los derechos alegados por la apelante para acceder a la nulidad de la actuación.

- **El Defensor de Roldan Montealegre Cárdenas**, no hizo pronunciamiento sobre el particular.

7. CONSIDERACIONES

Dígase *ab initio* que la Sala es competente para conocer del recurso interpuesto con fundamento en lo establecido en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, como quiera que se trata de decisión proferida en primera instancia por un juez penal del circuito de

⁹ Record 00:38:02

¹⁰ Record 00:44:55

ACUSADO: KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE y otro.
DELITO: Violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.
RADICACIÓN: 41001-60-00 -584-2014-00358-01
7857

este distrito, amén de asistirle interés a la Defensora de KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE, en las resultas de la petición anulatoria incoada.

En ese orden, le corresponde a la Sala determinar si, en el caso concreto, resulta procedente declarar la nulidad de todo lo actuado desde la etapa inicial de la audiencia preparatoria, por la aparente vulneración del derecho fundamental al debido proceso y defensa del precitado, en razón a haber obviado el anterior Defensor Público, enunciar qué pruebas pretendía solicitar y hacer valer en el juicio oral, impidiéndosele con ello conocer las probanzas que debía solicitar la actual defensora.

De entrada, se enuncia que la respuesta que dará la Sala a la solicitud de nulidad, será de carácter negativo, en la medida que no se aprecia en la actuación ningún vicio de estructura o de garantía que haya generado una nulidad de lo actuado en este proceso. Veamos:

El canon 29 de la Constitución Política dispone que quien sea procesado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento.

La ley 906 de 2004, dispone tres causales a efectos de solicitar la ineficacia de los actos procesales, dispuestas en el los Arts. 455 a 457 del C.P.P.:

1. *Cuando la nulidad se derive de prueba ilícita,*
2. *Por incompetencia del juez en razón de su fuero o que estuviere asignado a los jueces del circuito especializados.*
3. *Por violación de garantías fundamentales en el derecho de defensa o el debido proceso, en aspectos sustanciales.*

ACUSADO: KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE y otro.
DELITO: Violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.
RADICACIÓN: 41001-60-00 -584-2014-00358-01
7857

En igual forma, para la estructuración de las nulidades se debe tener en cuenta los principios que regulan las nulidades en materia penal, los que, si bien no fueron consagrados expresamente en la ley 906 de 2004, jurisprudencialmente se ha determinado que continúan vigentes en el trámite de la nueva normatividad, así:

“... sólo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley (principio de taxatividad); 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 deprecirla en su beneficio el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del yerro invalidante, salvo del 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 irregular ha cumplido el propósito para el cual está 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 emendar el agravio no existe remedio distinto a la declaratoria de nulidad (principio de residualidad) (Corte Suprema de Justicia AP4391 – 2015- entres otras-). Subrayas fuera del texto”

El Código de Procedimiento Penal – Ley 906 de 2004 - establece, respecto al derecho a la defensa en el artículo 8º, que el imputado tendrá derecho a:

*“e) Ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado;
(...)”*

ACUSADO: KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE y otro.
DELITO: Violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.
RADICACIÓN: 41001-60-00 -584-2014-00358-01
7857

g) Tener comunicación privada con su defensor antes de comparecer frente a las autoridades;

k) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate;”

De otro lado, en relación con el derecho a la defensa, han sido múltiples los pronunciamientos de la Sala de Casación de la Penal de la Corte Suprema de Justicia, en torno a la protección del mismo y, concretamente, a su tratamiento, así por ejemplo en la sentencia SP154-2017, rad. 48128, sostuvo:

“Jurisprudencialmente¹⁶, se ha reiterado que el derecho a la defensa «constituye una garantía de rango constitucional, cuya eficacia debe ser vigilada y procurada por el funcionario judicial, ...», que se caracteriza por ser intangible, real o material y permanente. La intangibilidad se predica de su carácter de irrenunciable, por cuanto debe el procesado designar un abogado de confianza y, en caso de que éste no pueda o no quiera, es obligación ineludible del Estado asignarle un defensor de oficio o público.

Es real o material cuando el actuar del defensor corresponde a actos tendientes a contrarrestar las teorías de la Fiscalía en el marco de un proceso adversarial, amparado por el principio de igualdad de armas, de manera tal, que no es garantía del derecho a la defensa la sola existencia nominal de un profesional del derecho¹⁷.

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

ACUSADO: KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE y otro.
DELITO: Violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.
RADICACIÓN: 41001-60-00 -584-2014-00358-01
7857

La violación al derecho a la defensa real o material, se configura por el absoluto estado de abandono del defensor, esto es, una situación de indefensión generada por la inactividad categórica del abogado, por lo que no basta, de cara a la prosperidad del cargo, con la simple convicción de que la asistencia del profesional del derecho pudo haber sido mejor, toda vez que se tiene decantado que la estrategia defensiva varía según el estilo de cada profesional, en el entendido de que no existen fórmulas uniformes o estereotipos de acción. Es decir, la simple disparidad de criterios sobre un punto no tiene la fuerza de configurar una violación al estudiado derecho.”

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 08 de septiembre de 2008, Rad. No 30069, con ponencia del Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ, señaló:

*“2 En relación con la nulidad por falta de defensa técnica, la jurisprudencia de la Sala tiene establecido que **no resulta suficiente en casación con descalificar la tarea cumplida por otros defensores, pues lo que corresponde al actor de manera primordial es demostrar las omisiones inexcusables de las cuales surja evidente que dicha garantía fundamental resultó desconocida, lo cual no logra acreditar el actor en el presente asunto, pues se limita a cuestionar al profesional que lo antecedió porque omitió realizar algunas actuaciones que desde su personal óptica eran importantes, por ejemplo, cuestionar la imputación realizada en indagatoria, solicitar ampliación de la indagatoria o la práctica de algunos testimonios que, por cierto, obraban en el sumario, o reprochar la preclusión de la investigación que benefició al señor (...).**”*

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 12 de octubre de 2021, STP13538-2021 Radicación N° 115959, con ponencia de la Dra. PATRICIA SALAZAR CUELLAR, señaló:

“5. Por otro lado, tampoco podría afirmarse que se desconoció el derecho al derecho de defensa, pues quienes asumieron su asistencia jurídica realizaron una gestión activa dirigida a salvaguardar sus intereses.

ACUSADO: KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE y otro.
DELITO: Violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.
RADICACIÓN: 41001-60-00 -584-2014-00358-01
7857

La Corte Constitucional ha avalado la procedencia de la tutela contra providencias judiciales ante situaciones en las que se lesiona el derecho de defensa, bajo la vía del denominado defecto procedimental. Para que proceda el amparo en esa clase de situaciones, han de presentarse los siguientes contextos: «(i) Debe ser evidente que el defensor cumplió un papel meramente formal, carente de cualquier vinculación a una estrategia procesal o jurídica. (ii) Las mencionadas deficiencias no deben ser imputables al procesado o haber resultado de su propósito de evadir la justicia. (iii) La falta de defensa material o técnica debe ser trascendente y determinante en los resultados de la decisión judicial (...)».”

Ahora bien, con miras a resolver la petición de nulidad deprecada por la Defensora Pública de KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE, tenemos que en la audiencia preparatoria iniciada el 29 de abril de 2019, oportunidad en que se hizo presente el acusado, el Defensor Público que para ese momento representaba al citado acusado, precisó no tener elementos probatorios que descubrir¹¹; seguidamente tanto Fiscal como Defensores, dieron por enunciadas las pruebas descubiertas por las partes, debido a la densa prueba documental existente.

La audiencia se reanudó el 26 de noviembre de 2021, data en la que la Fiscalía y la Defensa de Roldan Montealegre Cárdenas, elevaron las correspondientes solicitudes probatorias.

Es de resaltar que, en la última fecha en mención, la Defensora de KAMAL SALEM al inicio de la audiencia, puso de presente que su agenciado no asistiría debido a compromisos laborales –00:04:06–, y cuando se le concedió el uso de la palabra para si deseaba sustentar sus solicitudes probatorias antes de que lo hiciera el Defensor de Montealegre Cárdenas, a partir del minuto 00:10:43 expresamente

¹¹ A partir de 00:03:33

ACUSADO: KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE y otro.
DELITO: Violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.
RADICACIÓN: 41001-60-00 -584-2014-00358-01
7857

señaló: “doctor pues no tengo ningún inconveniente, igual mi solicitud probatoria de acuerdo a la enunciación que realicé en oportunidad anterior delimita sencillamente, incluso pues no habría necesidad ni siquiera de hacerla, entonces pues, **porque se limita única y exclusivamente pues al testimonio de mi defendido el señor KAMAL ABUBAKR** entonces pues en ese orden de ideas su señoría, pues la pertinencia que más que él pues dar fe y testimonio de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos materia de investigación por supuesto una vez se decida si él renuncia o no a su derecho a guarda silencio, entonces pues quien más que él que puede hacer uso de ese derecho que tiene a pronunciarse dentro de su propio juicio su señoría, entonces pues, **mi solicitud probatoria, se... o gira única y exclusivamente en torno a ese testimonio del mismo procesado** ”¹² (Destaca la Sala).

Destáquese que, de la referida situación, no se plasmó en el acta de la sesión de audiencia preparatoria del 26 de noviembre de 2021, pues revisado el contenido de la misma, se evidencia que luego de la solicitud probatoria de la Fiscalía, se omitió dejar constancia que para el mismo efecto se otorgó primero el uso de la palabra a la defensora de KAMAL SALEM ABUBARKAL, habiéndose relacionado que se continuó con las peticiones probatoria del Defensor Roldan Montealegre Cárdenas, quien terminó sus pedimentos en las sesiones del 22 de marzo, 5 de julio y 18 de agosto de 2022.

Por lo anterior, el titular del despacho, en la última sesión en mención, concedió por error, nuevamente el uso de la palabra a la Defensora Pública de KALEM SALEM, la que, pese a ya haber elevado y sustentado su petición probatoria, la cual limitó al testimonio del citado acusado, sorpresivamente, terminó elevando la petición de nulidad con

¹² A partir de 00:10:43

ACUSADO: KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE y otro.
DELITO: Violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.
RADICACIÓN: 41001-60-00 -584-2014-00358-01
7857

el argumento de desconocer qué pruebas su antecesor iba a pedir, y que no fueron enunciadas en la diligencia del 29 de abril de 2019.

De esta manera, como se anunció desde el principio la nulidad solicitada por la Defensora Pública no tiene vocación de prosperidad, pues contrario a sus argumentos, una vez verificada la actuación procesal, no se le ha quebrantado su derecho a la defensa técnica, ni material que conlleve a decretar la nulidad de lo actuado, máxime si fue ella misma quien previamente confinó su petición probatoria al testimonio de KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE, lo que permite advertir que la abogada tenía pleno conocimiento de que no contaban con otras pruebas para solicitar, aspecto que, acertadamente fue advertido por el Representante de la Fiscalía.

Resáltese que, a efectos de garantizar la defensa del precitado acusado, la Defensa de KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE contó con un tiempo prudencial para agotar las labores investigativas, pues entre la fecha de la audiencia de formulación de acusación - 20 de septiembre de 2018 – y el inicio de la audiencia preparatoria – 29 de abril de 2019–, transcurrieron siete meses, sin embargo, pese a que el acusado tenía pleno conocimiento del proceso en su contra y asistió a la primera sesión de audiencia preparatoria, la petición probatoria de sus Defensores se circunscribió *“única y exclusivamente”* al testimonio del precitado.

En ese sentido, precítese a la recurrente que, en el trámite de la audiencia preparatoria – concretamente en la sesión del 29 de noviembre de 2021 - se le concedió la oportunidad para el ejercicio de las solicitudes de pruebas conducentes, necesarias y pertinentes, ciñendo su pedimento al testimonio del encartado, ello, si aquél decidía renunciar a su derecho a guardar silencio, sin embargo, al habersele

ACUSADO: KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE y otro.
DELITO: Violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.
RADICACIÓN: 41001-60-00 -584-2014-00358-01
7857

concedido erróneamente y por segunda vez la palabra por parte del Juez A quo, optó por alegar la nulidad de lo actuado, sin evidenciar que ya se había agotado su oportunidad.

De tal forma que, no se evidencia irregularidad en la actuación, pues tanto la Fiscalía como los Defensores de los dos acusados que para esa fecha actuaban en tal calidad, optaron por dar por enunciadas las pruebas descubiertas las partes, debido al denso material probatorio del ente acusador y de la Defensa Montealegre Cárdenas, y de parte de KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE en atención a que su abogado no tenía elementos que enunciar aparte del testimonio del encartado.

No puede como lo considera la defensora apelante, invocarse la nulidad ante la presencia de eventuales irregularidades en el trámite de la actuación que la constituyan, menos cuando ni siquiera se explica, ni aún se demuestra en qué medida se afectaron derechos fundamentales al procesado, tales como el debido proceso o la defensa, o se violaron sus garantías procesales, simplemente se tiene como sustento la aludida situación. En un somero argumento consideró que la violación de tales prerrogativas obedece, en suma, a que se le impidiera elevar peticiones probatorias, cuando de un lado, la Defensora Pública ya hizo su ofrecimiento, y de otro, no arguyó elemento probatorio alguno que hubiese omitido recaudar y enunciar, por su antecesor.

Recuérdese que, en aplicación del principio de trascendencia, quien pretende el reconocimiento de la nulidad de un acto procesal, no puede limitarse a enunciar la supuesta falencia procesal presentada, sino que debe precisar la forma en que tal yerro afectó las garantías fundamentales del procesado y las consecuencias del mismo; entonces, si la parte interesada incumplió con esta carga procesal, mal haría la Sala en decretar la nulidad.

ACUSADO: KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE E y otro.
DELITO: Violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.
RADICACIÓN: 41001-60-00 -584-2014-00358-01
7857

Reitérese lo dicho por la jurisprudencia, en el sentido de no ser suficiente con invocar la presencia de un motivo de ineficacia de lo actuado, sino que además compete al recurrente precisar el tipo de irregularidad que alega, demostrar su existencia, acreditar cómo su configuración comporta un vicio de garantía o de estructura, y, tal vez lo más importante, demostrar la trascendencia del yerro para afectar la validez de lo actuado¹³.

Téngase entonces que, no solamente a través de las normas legales y constitucionales, sino también por la doctrina y la jurisprudencia se ha establecido y reiterado, que el derecho a la defensa es material y técnica, la primera que puede ser ejercida por el procesado mismo, y la segunda, tiene que ser ejecutada por un profesional del derecho que represente los intereses de aquél, que bien puede ser designado por la defensoría pública, o en su defecto nombrado especialmente por el mismo implicado penalmente, mediante el otorgamiento de poder para ello debidamente conferido.

Sin embargo, no por ello se puede predicar vulneración alguna a esa prerrogativa, puesto que a lo largo del recorrido de la actuación procesal, KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE E ha contado con la debida asistencia de un profesional del derecho, defensa técnica que lo ha asistido y asesorado en las diferentes etapas del proceso surtidas, esto es, tanto en las audiencias preliminares, audiencia de formulación de acusación y audiencia preparatoria, ésta última, en la que en primera sesión tuvo la oportunidad de conversar al respecto con su defendido ante la comparecencia del mismo, y posteriormente la de descubrir los elementos probatorios con los que contara y enunciar los que pretendía

¹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Providencia del 26 de octubre de 2011. Radicación No. 32143.

ACUSADO: KAMAL SALEM ABUBAKER AL-TWAE y otro.
DELITO: Violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.
RADICACIÓN: 41001-60-00-584-2014-00358-01
7857

solicitar, momento en el que a ese respecto nada manifestó, ofreciendo solamente el testimonio del citado acusado, lo que pudo obedecer a su estrategia defensiva, ésta que como lo ha precisado la jurisprudencia, también la puede constituir el observar silencio, sin que ello signifique quebrantamiento al derecho a la defensa.

Todo lo anterior para concluir que, ningún reparo emerge en la determinación tomada en la instancia, para de esa manera respaldarla integralmente como en efecto se procederá.

En ese orden de ideas, la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la ciudad,

RESUELVE

CONFIRMAR la decisión recurrida de fecha y procedencia inicialmente anotadas, por las razones expresadas en la motivación.

Esta decisión se notifica en audiencia virtual y de conformidad con lo señalado en el artículo 169 del C. P. Penal.

Cúmplase y devuélvase al despacho de origen para lo de su cargo.



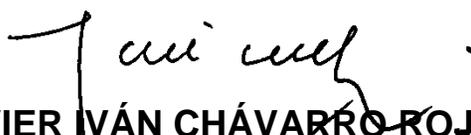
JUANA ALEXANDRA TOBAR MANZANO

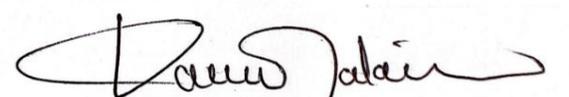
Magistrada

(Providencia virtual) ¹⁴

¹⁴ Se implantan firmas digitalizadas o escaneadas. Consejo Superior de la Judicatura. ACUERDO PCSJA20-11567 del cinco de junio de 2020. **Artículo 22.** *Aplicativos de recepción de tutelas y*

ACUSADO: KAMAL SALEM ABUBAKERL AL-TWAE y otro.
DELITO: Violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.
RADICACIÓN: 41001-60-00 -584-2014-00358-01
7857


JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS
Magistrado


INGRID KAROLA PALACIOS ORTEGA
Magistrada


LUISA FERNANDA TOVAR HERNÁNDEZ
Secretaria

RADICADO AL TOMO: _____ FOLIO: _____ del libro de autos penales.

hábeas corpus y de firma electrónica. Mientras dure la suspensión de términos, así como cuando ésta se levante, el envío de acciones de tutela y hábeas corpus seguirá haciéndose de manera electrónica. Para las firmas de los actos, providencias y decisiones se atenderá lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 491 de 2020 o las demás disposiciones que regulen el particular. Los servidores judiciales con condición de firmante institucional en la Rama Judicial harán uso de los mecanismos y herramientas de firma disponibles.”