

Proceso No 13622

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Aprobado acta N° 074

Bogotá D. C., veintiséis (26) de junio de dos mil tres (2003).

## VISTOS

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado RAMÓN ARTURO MOYA VILLAMIL contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida el 3 de abril de 1997, por medio de la cual lo condenó a la pena principal de 25 años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de 10 años y al pago de los perjuicios, como autor del delito de homicidio.

## HECHOS

El juzgador de segunda instancia los narró de la siguiente manera:

“Tuvieron ocurrencia siendo aproximadamente las 17.55 horas del domingo dos (2) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995), cuando entre los jóvenes RAMÓN MOYA VILLAMIL y JOHAN ALEJANDRO CAICEDO BERNAL, se escuchó un enfrentamiento en la vía pública de la calle 90 con carrera 90, barrio ‘Bachue’, al noroccidente de la

ciudad de Bogotá, en donde MOYA VILLAMIL recibió un golpe en su nariz y éste a su vez atacó a CAICEDO BERNAL con un arma cortopunzante (daga boy Scoutt) de la cual minutos antes se había armado en su casa, saliendo en busca de Caicedo Bernal, ya que éste instantes atrás se había expresado en tono desafiante 'no fresco que luego vengo y le doy lata' y así fue como le causó múltiples heridas en su cuerpo, a raíz de las cuales fue trasladado de urgencia al hospital de 'La Granja', lugar al que llegó sin signos vitales".

## ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en las diligencias preliminares la Fiscalía 280 Delegada de la Unidad de Reacción Inmediata de Bogotá, el 3 de abril de 1995, profirió resolución de apertura de la instrucción.

Escuchado en indagatoria Ramón Arturo Moya Villamil, en la que fue asistido por un apoderado de confianza y allegada plural prueba testimonial, la Fiscalía 44 Delegada de la Unidad 4° de Vida de Bogotá, donde se reasignó el diligenciamiento, el 10 de abril siguiente, resolvió la situación jurídica del sindicado con medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de homicidio, decisión que fue notificada personalmente al procesado y al Ministerio Público y por estado al defensor.

Incorporadas otras pruebas, la investigación se cerró el 6 de julio de 1995, providencia contra la cual el defensor de confianza interpuso recurso de reposición, ya que consideró que a la actuación no se habían otros medios de convicción, los que enumera, de vital importancia para esa etapa, impugnación que fue negada el 24 del mismo mes y año.

Presentados los alegatos de conclusión por parte del defensor y de la representante del Ministerio Público, la Fiscalía 41 de la Unidad 4° de Vida, despacho judicial donde nuevamente se reasignó el diligenciamiento, el 4 de agosto de esa anualidad, calificó el

mérito del sumario en contra de Moya Villamil por el delito citado en precedencia.

Apelada la anterior decisión por defensor del procesado, la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Bogotá y Cundinamarca, el 25 de septiembre de 1995, la confirmó en su integridad.

El expediente pasó al Juzgado 46 Penal del Circuito de Bogotá que, luego de correr el traslado ordenado en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, dictó sentencia de primera instancia, el 28 de noviembre de 1996, en la que condenó a Ramón Arturo Moya Villamil a la pena principal de 25 años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de 10 años y al pago de los perjuicios, como autor del delito de homicidio.

Apelado el fallo por el defensor del procesado, el Tribunal Superior de Bogotá, el 3 de abril de 1997, al desatar el recurso, lo confirmó en su integridad.

#### LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor del procesado, al amparo de la causal tercera de casación, acusa al Tribunal de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad por violación del derecho de defensa.

Afirma que el defensor de confianza que acompañó a su procurado en la etapa de instrucción y de juzgamiento, “le prestó un flaco servicio ..., toda vez que su actuación sólo estuvo encaminada a impugnar las decisiones adoptadas por el Fiscal instructor o el Juez de Instancia, sin asistir al procesado en la práctica de ninguna de las pruebas, sin haber solicitado oportunamente y en los eventos procesales las pruebas que debían servir los intereses y garantizar los derechos de su defendido...”.

En conclusión, dice que el defensor no desplegó las siguientes actividades defensivas:

a. No solicitó oportunamente ninguna prueba.

a. No controvertió ningún medio probatorio.

a. No participó en la práctica y en la aducción de las probanzas.

a. “No asistió absolutamente a ninguna diligencia en la etapa de instructiva, y solo lo hizo en la diligencia de audiencia pública en la etapa del juicio”.

a. No deprecó la práctica de pruebas en la etapa del juicio, a pesar de que estimó, al momento del cierre, que hacían falta unas.

a. No “confrontó las pruebas, existiendo abierta contradicción entre las declaraciones de Carlos Hernán Hernández, de una parte, y Jhon Frady Calderón Guevara, Claudia Álvarez Plata, Lilia Plata y Emérita Medina de Suárez”.

a. No contrainterrogó a los testigos.

Después de copiar una decisión de la Sala y de la Corte Constitucional y de comentarlas, afirma que cuando la defensa técnica no se ejerce en debida forma, el funcionario judicial debe requerir al profesional del derecho, a efecto de que cumpla con el mandato conferido.

Arguye que la irregularidad es trascendente, ya que con la misma también se afectó el debido proceso, dándose de esta manera el motivo de casación previsto en el artículo 220, numeral 3° del Código de Procedimiento Penal. Del mismo modo, acota que declarada la nulidad “el proceso volverá a la etapa instructiva, donde el procesado contará ya en su calidad de sindicado, con un defensor que abogue por él, que no se quede en la demostración objetiva de la existencia del hecho, que ya está demostrada en el proceso, sino que vaya de la mano con el instructor y con el juez, en la búsqueda de las verdaderas causas y de las conductas asumidas por los que liaron con el desenlace fatal, lo subjetivo que tiene que ver con la culpabilidad, con el dolo y el verdadero grado de responsabilidad que les cupiere, así como traer al proceso todas las pruebas que desde su injurada citó el sindicado y que no fueron evacuadas, por el temor del vencimiento de los términos”.

Sostiene que como quiera que el Estado está en la obligación de garantizar el derecho de defensa, solicita a la Sala casar la sentencia impugnada y, en su lugar, declarar la nulidad de lo actuado a partir de la resolución que resolvió la situación jurídica a su defendido, exclusive, “ a fin de que sean practicadas las pruebas que debieron practicarse, al igual que darle trámite a las citas que hizo el sindicado a través del proceso y que fueron desatendidas, para lo cual, se remitirá el proceso al Fiscalía 41 Delegada de la Unidad Cuarta de Vida de Bogotá, para que se rehaga la actuación, adecuando el proceso y garantizando el derecho de defensa, conforme al imperio de la Constitución y la ley”.

Segundo cargo

Acusa al ad quem de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, por violación del debido proceso.

En la demostración de la censura, aduce que el instructor centró su averiguación en torno al aspecto objetivo de los hechos, apoyándose en la declaración de Carlos Hernán Hernández. Así mismo, resalta que el citado funcionario dictó resolución de acusación, “seis días después de habersele vencido el término de 120 días que alegó en la providencia que negó la reposición del cierre con el único fin de negarle al sindicato el derecho a que se hizo acreedor...”, al tenor de lo estipulado en el artículo 415, numeral 4°, del Código de Procedimiento Penal, máxime cuando su defendido fue capturado el 2 de abril de 1995.

Por esas condiciones, estima que el instructor por el afán no dio cumplimiento a su obligaciones como, por ejemplo, buscar el motivo determinante de los hechos (art. 334.3 del C. de P.P.), el respeto al postulado de investigación integral (art.333 de la misma obra) y la absoluta imparcialidad en la búsqueda de la prueba (art.249 ibídem).

En síntesis, asegura que el fiscal no quiso practicar las pruebas por él ordenadas, especialmente los testimonios de Fredy, Andrey N., Edwin Soto y Andrey N., vecinos del lugar de los hechos y que fueron citadas por su defendido en el acto de la indagatoria, con el argumento que el término de instrucción se vencía y las mismas se podían practicar en la causa. Del mismo modo, asevera que el juez de primera instancia tampoco las practicó de oficio ni el investigador las solicitó como sujeto procesal, con clara transgresión al sistema mixto en que se soporta nuestro proceso penal.

Reitera que el fiscal calificó el mérito del sumario “a velocidad”, con el fin de negarle la libertad provisional, por vencimiento de términos, a Moya Villamil, la que, en su opinión, debió ordenarse de oficio al no haber actos dilatorios por parte de la defensa, y negar las pruebas a que ha hecho referencia.

Por esas razones, advierte que la nulidad es trascendente, en razón de que al procesado se le privó del derecho de la libertad provisional, de verificar las citas por él dadas en la indagatoria ante la única petición elevada por el defensor y de demostrar las circunstancias “personales y subjetivas en que tuvieron ocurrencia los hechos”, vulnerándose los artículos 29 de la [Constitución Política](#) y 1° del Código de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y, consecuentemente, declarar la nulidad de lo actuado a partir de la resolución mediante la cual se clausuró el ciclo investigativo, ordenando la libertad provisional, derecho que le fue negado por el funcionario instructor.

#### CONCEPTO DEL PROCURADOR

#### TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

##### Primer cargo

Conceptúa que no observa que la actividad del defensor hubiese sido pasiva para predicar la violación del derecho de defensa, ya que el hecho de que el profesional del derecho haya mantenido un silencio en gran parte de la investigación, tal circunstancia revela una estrategia defensiva, “cuya ética y resultados no puede juzgar la Corte como una causal de nulidad, estrategia que surge de la misma intervención del defensor, quien si bien no asistió a la práctica de las pruebas, en el momento procesal oportuno se pronunció sobre algunos temas y presentó las solicitudes que le habían confiados”.

Argumenta que al libelista le queda fácil en el recurso extraordinario de casación capitalizar las presuntas deficiencias en que pudo haber incurrido el defensor que lo antecedió., “para decir qué ha debido hacer o dejado de hacer”, sin que ello implique una actitud descuidada y negligente en el ejercicio de la defensa técnica, por lo

que no se puede predicar la existencia de la irregularidad demandada.

Del mismo modo, afirma que la no participación activa del profesional del derecho en la práctica de las pruebas, tampoco desdice de su labor, ya que las pruebas fueron incorporadas con apego a las formalidades legales y sin que se advierta en el ánimo del juzgador intención de perjudicar al procesado.

Así mismo, continúa, tampoco se avizora que con la intervención del profesional del derecho en la actividad probatoria necesariamente su resultado hubiese sido distinto, máxime cuando se interrogaron a personas “que no sólo fueron testigos de cargo, sino también los amigos del sindicado que fueron localizados y que otorgan una versión diferente de los hechos”.

Por las anteriores razones, solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada.

#### Segundo cargo

Argumenta que no son acertados los planteamientos del libelista, ya que no existió actitud negativa en el instructor para escuchar las declaraciones solicitadas por el procesado en la diligencia de indagatoria, máxime que realizó las diligencias necesarias tendientes a ubicarlos, al punto que dispuso que por intermedio de la señora Lilia Plata Moya, “declarante en el proceso, se hiciera comparecer a los señores Fredy, Andrey y Edwin Soto para escucharlos en declaración...”.

Además, dice que teniendo en cuenta la versión suministrada por el procesado, se puede concluir que dichas personas no presenciaron los hechos

Es cierto que cuando el defensor deprecó la revocatoria de la resolución que clausuró el ciclo investigativo, entre sus argumentos, planteó la no práctica de los citados testimonios, petición que fue negada, al no haberse concretado qué se pretendía demostrar y el

término de instrucción se encontraba vencido, aspectos que ponen en evidencia la estrategia defensiva del profesional del derecho.

Manifiesta que, respecto a la negativa de conceder al procesado la libertad provisional, la que une con la negativa de la práctica de las pruebas, es evidente que con la citada reposición el profesional del derecho dilató la actuación procesal, a efecto de obtener ese beneficio liberatorio, sin que exista violación al derecho de defensa.

En consecuencia, solicita a la Corte no casar el fallo impugnado.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Ante todo debe nuevamente la Corte indicar que aunque las nulidades permiten alguna amplitud para su proposición y desarrollo, no puede la demanda en que se aduzcan equipararse a un escrito de libre formulación, sino que, de todos modos, deben cumplirse unos insoslayables requisitos, cuya inobservancia impide abordar el estudio de fondo.

Así, no basta con señalar el motivo de nulidad, ni la irregularidad en que se incurrió, ni el momento a partir del cual se debe invalidar lo actuado, sino que es preciso demostrar el vicio y su trascendencia, esto es, cómo se socavó la estructura del proceso o se afectaron las garantías de los sujetos procesales. Así mismo, si se estima que fueron varias las irregularidades cometidas, no se pueden mezclar, sino que respetando el principio de autonomía de los cargos y atendiendo a su alcance invalidatorio, se deben postular y desarrollar separadamente.

Con apoyo en los anteriores lineamientos, procederá la Sala a desatar la impugnación propuesta.

Primer cargo

1. El defensor del procesado acusa al Tribunal de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, toda vez que el apoderado de confianza que asistió al procesado en las etapas del proceso, no cumplió cabalmente con el mandato conferido, lesionando de esta manera el derecho de defensa de Ramón Arturo Moya Villamil.

Llega a tal conclusión, en razón a que el citado profesional del derecho no desplegó las siguientes actividades defensivas:

a) No solicitó oportunamente ninguna prueba.

b) No controvertió ningún medio probatorio.

c) No participó en la practica y en la aducción de las probanzas.

d) “No asistió absolutamente a ninguna diligencia en la etapa de instructiva, y solo lo hizo en la diligencia de audiencia pública en la etapa del juicio”.

e) No deprecó la práctica de pruebas en la etapa del juicio, a pesar de que estimó, al momento del cierre, que hacían falta unas.

a. No “confrontó las pruebas, existiendo abierta contradicción entre las declaraciones de Carlos Hernán Hernández, de una parte, y Jhon Frady Calderón Guevara, Claudia Álvarez Plata, Lilia Plata y Emérita Medina de Suárez”.

a. No contrainterrogó a los testigos.

En esas condiciones, solicita a la Corte que invalide lo actuado, a efecto de que el procesado pueda contar con una defensa técnica adecuada y, de esa manera, entre otras cosas, se incorporen al proceso las pruebas a que hizo alusión su protegido en la

diligencia de indagatoria, máxime cuando su actividad consistió en recurrir determinadas decisiones adoptadas en el diligenciamiento.

2. Es evidente que el actor dejó la censura en el enunciado, toda vez que no cumplió con la carga de evidenciar el error demandado y su trascendencia frente a la parte conclusiva del fallo atacado.

En efecto, no demostró, como era su deber, cómo esa actitud pasiva y negligente del defensor, afectó, de manera ostensible, el derecho de defensa, por no haber solicitado pruebas, por no participar en la práctica de las mismas y por no ejercitar el derecho de contradicción, en especial respecto de los testimonios de Carlos Hernán Hernández, Jhon Frady Calderón Guevara, Claudia Álvarez, Lilia Plata y Emérita Medina Suarez, los que, en su criterio, se repulsan entre sí.

En otras palabras, como lo ha reiterado la Sala, era su deber demostrar que esa actitud pasiva constituye un real abandono de la defensa, es decir, que ese silencio no correspondió a una estrategia defensiva, sino a una completa desidia de la labor encomendada, pues no es suficiente extrañar que el defensor no haya solicitado pruebas o que no haya participado en las que se realizaron, sino que es necesario que se demuestre que con esa actitud se dejaron de allegar y controvertir elementos de juicio indispensables para la efectividad de ese derecho fundamental, frente a las posibilidades que ofrecía el diligenciamiento, carga que no cumplió el impugnante.

Como lo destaca el Procurador Delegado, la labor demostrativa del reproche el actor la dirige a plantear su personal estrategia defensiva y a informar que el profesional del derecho que lo antecedió se conformó con la demostración objetiva de los hechos, sin que hubiese, junto con los funcionarios judiciales que conocieron de la actuación, auscultado las verdaderas causas que llevaron a la comisión del acontecer fáctico y en lo relativo al juicio de culpabilidad de su protegido, máxime cuando las citas hechas

por éste en la indagatoria no fueron verificadas.

Ahora bien, es verdad que el defensor contractual no participó en la práctica de la prueba testimonial. Sin embargo, de esa actitud no se puede inferir negligencia e inactividad en el cumplimiento de los deberes, pues, además de que el libelista no demostró cómo de haber intervenido en esas diligencias el resultado de la actividad probatoria habría sido favorable a los intereses que representa, al interior de la actuación se avizora que éste estuvo pendiente de su trámite, al punto que, luego de acompañar a Moya Villamil en la indagatoria, recurrió la resolución mediante la cual se clausuró el ciclo investigativo, donde reiteró la práctica de los testimonios a que hizo referencia el sindicado en su versión, impugnó la resolución de acusación, participó en la diligencia de audiencia pública, esgrimiendo como tesis defensiva la legítima defensa, para lo cual se valió, entre otros, de los testimonios a que alude el libelista que no fueron controvertidos y, finalmente, interpuso el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia.

Por tal motivo, no es cierto lo afirmado por el censor, en el sentido que el defensor sólo asistió al acto de la diligencia pública. Del mismo modo, que no haya reiterado en el juicio la práctica de los testimonios en que se apoyó para recurrir la resolución de cierre de investigación, tal aspecto tampoco desdice de la labor desarrollada a lo largo del proceso, pues, conforme a las constancias procesales, se evidencia que sí estuvo pendiente de la actividad procesal, según su personal estrategia defensiva, sin que considerara indispensable participar en la práctica de las declaraciones y reiterar las incoadas en la reposición.

Finalmente, en cuanto a las citas hechas por el procesado en la diligencia de indagatoria, recuérdese que cuando se reclama el quebrantamiento del principio de investigación integral, no basta con afirmar que se omitió la práctica de determinadas pruebas y señalar su fuente, sino que es preciso evidenciar su pertinencia, conducencia y utilidad y, particularmente, su incidencia, que no emana del medio de convicción en sí mismo

considerado, sino de su confrontación lógica con las probanzas que sustentaron el fallo, de modo que aparezca que de haberse llevado a cabo, éste hubiera sido distinto y favorable al acusado.

En otros términos, la no práctica de determinadas pruebas no constituye, per se, transgresión del derecho de defensa, pues el funcionario judicial solo está obligado a practicar, bien sea de oficio o a petición de los sujetos procesales, las que sean pertinentes y útiles para los fines de la investigación y la formación de su convencimiento, por lo que la omisión de las inconducentes, dilatorias o inútiles no constituye quebrantamiento de ningún derecho.

Además, si bien es cierto que, al tenor de lo que disponía el artículo 362 del Código de Procedimiento Penal, vigente para la época de los hechos, el funcionario judicial debía verificar las citas y demás diligencias que propusiere el indagado para comprobar sus aseveraciones, tal disposición no es absoluta (ni lo es en el actual estatuto procesal -art-338-) ni puede tomarse asistemáticamente, sino que está vinculada con los principios de conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba, pues una interpretación contraria llevaría al absurdo de afirmar que cualquier diligencia que proponga el indagado, así aparezca ilegal, imposible, inútil, impertinente o dilatoria, tendría que llevarse a cabo, lo cual, además, conculcaría los principios de economía, celeridad y eficacia que informan al debido proceso.

En el evento que ocupa la atención de la Sala, es claro que el funcionario judicial hizo todo a su alcance para incorporar los testimonios de Fredy N., Edwin Soto y Andrey N, llegando incluso a valerse de una tercera persona a efecto de que éstos comparecieran al proceso (Fl.80), sin que se hubiesen obtenido resultados positivos. De otro lado, los mismos tampoco habrían cambiado la situación procesal de Moya Villamil, ya que, como lo conceptuó el Procurador Delegado y teniendo en cuenta el dicho de aquél, ellos no estuvieron presentes al momento de la confrontación.

Por tal motivo, el funcionario judicial realizó las diligencias necesarias para que aquellos comparecieran a declarar, por lo que no es dable predicar su falta de imparcialidad para cumplir con ese mandato legal.

En esas condiciones, el cargo no prospera.

Segundo cargo.

1. Acusa al ad quem de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, por violación del debido proceso, ya que el funcionario instructor no le concedió la libertad provisional al procesado no obstante que habían transcurrido los 120 días a partir del momento de su captura sin que se hubiese calificado el mérito del sumario, al tenor de lo que disponía el artículo 415, numeral 4°, del Código de Procedimiento Penal, vigente para época, negando para el efecto el recurso de reposición incoado por el defensor y, de misma manera, vulnerando lo estipulado en los artículos 334.3 y 333 del mismo estatuto.

Así mismo, reitera que los funcionarios judiciales no quisieron practicar los testimonios de Fredy, Andrey N. Edwin Soto y Andrey N., pese de haber sido citados en la indagatoria y ser vecinos del lugar donde acontecieron los hechos.

2. Al igual que el cargo anterior, el actor se quedó en el enunciado, toda vez que no demostró cómo el funcionario instructor al no otorgar la libertad provisional del procesado, cuando se tiene derecho a ella, desquicia la estructura del proceso, al punto que la nulidad debe ser la decisión a adoptar.

De otro lado, de ser cierto el reparo formulado, el mismo tampoco tendría la virtualidad de viciar la actuación, pues es bien sabido que el proceso cuenta con el respectivo fallo de mérito, razón por la cual no es la casación el medio idóneo para reclamar dicha transgresión, máxime cuando se trataba de una medida de carácter provisional

tomada al interior del proceso.

Finalmente, como se dijo, en el cargo anterior, el instructor agotó los medios necesarios para la comparecencia de las personas que citó el procesado como testigos de los hechos, las que no declararon por circunstancias ajenas al servidor público, sin que de ello se advierta violaciones al principio de igualdad o de investigación integral, tal como lo sugiere el libelista.

Por lo expuesto el cargo no tiene vocación de éxito.

Acotación final

En lo que hace al principio de favorabilidad, por razón del tránsito de legislación, toda vez que el 25 de julio de 2001 entró en vigencia la Ley 599 de 2000, mediante la cual se expidió el nuevo Código Penal, su análisis le corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, al tenor de lo dispuesto en el numeral 7° del artículo 79 del nuevo Código de Procedimiento Penal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**R E S U E L V E:**

**NO CASAR** la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no procede ningún recurso

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

**YESID RAMÍREZ BASTIDAS**

Permiso

HERMAN GALAN CASTELLANOS

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGÓ

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Comisión de servicio

Permiso

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria