

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA-Oportunidad/ FLAGRANCIA/ CONFESION

Oportunidad para solicitar la sentencia anticipada. De acuerdo con el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, tanto en su redacción original como en la que posteriormente le dispensaron las Leyes 81 de 1993 y 365 de 1997, la primera oportunidad comprende el tramo desde la ejecutoria de la resolución que defina la situación jurídica “y hasta antes de que se cierre la investigación”.

Esta última expresión lingüística ha producido incertidumbre en su interpretación y se han debatido dos tesis en torno a la preclusión de esa primera oportunidad de sentencia anticipada. Una explicación propugna por el entendido de que basta el proferimiento de la resolución de cierre de investigación; mientras que el otro planteamiento entiende que el tiempo para pedir va hasta la ejecutoria del correspondiente proveído.

En decisión de tutela del 23 de enero de 1997, adoptada concretamente para negar el amparo pedido por presunta violación al debido proceso, la Sala optó en su motivación por la primera postura indicada, aunque la ratio decidendi de la negación se puso en la decantada regla de que dicho mecanismo constitucional no podía utilizarse para hacer prevalecer uno u otro criterio de interpretación de la ley en el desempeño de los funcionarios judiciales. Mas ahora, en sede de casación y acorde con el señalado fin legal de la unificación jurisprudencial, la Corte recoge ese primer criterio en favor del segundo, y fundamenta el cambio en las siguientes premisas:

De verdad que la emisión lingüística no es afortunada, pues gramaticalmente el enunciado “antes de que se cierre la investigación” puede entenderse como un momento precedente a la declaración de clausura, que jurídicamente se hace por medio de una resolución de sustanciación notificable, o un momento antecedente a la

consumación del hecho jurídico del cierre de instrucción. Esta ambigüedad subsistirá textualmente, porque la enunciación legislativa no se refirió, por ejemplo, al “hasta antes de que se dicte la resolución de cierre de investigación” o al “hasta la ejecutoria de la resolución de cierre de investigación”.

De modo que, si no es seguro el argumento de la racionalidad lingüística, será necesario producir razones adicionales, y así:

De acuerdo con el artículo 30 del Código Civil, “el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”. Esta técnica de interpretación se conoce en la teoría de la argumentación jurídica como racionalidad jurídico-formal o sistemática, en el sentido de que el entendimiento de la norma interpretada debe respetar los criterios de forma y contenido del ordenamiento jurídico, pues sólo de esta manera se integra armónicamente en el mismo. Además, dicho requerimiento de sistematicidad se vuelve más imperativo frente al texto del artículo 28 del Código Civil, según el cual, las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, pero, si el legislador las ha definido expresamente para ciertas materias, ha de estarse a su significado legal.

De la norma y el método de interpretación antes expuestos, se infiere que una exigencia fundamental de la interpretación jurídica, como paso previo a su aplicación, es la de la preservación de la unidad o carácter sistemático del ordenamiento jurídico. Por ello, la expresión “antes de que se cierre la investigación”, no puede entenderse como escuetamente la dispone el artículo 37 del C. de P. P., sino que es necesario precisarla conforme con las definiciones y matizaciones que de la figura se hacen bien sólo dentro de la ley de procedimiento penal ora dentro del resto de reglas y principios del ordenamiento jurídico y, en especial, de las normas constitucionales.

Así entonces, para precisar el “antes”, como momento que precede ese algo que se

discute, previamente debe saberse cuándo se entiende jurídicamente “cerrada la investigación”, no desde una perspectiva imaginada solamente a la luz del artículo 37 del C. de P. P., que no define el asunto y apenas lo tiene como punto de referencia para situar un plazo legal, sino desde la óptica más clara y directa de las siguientes normas:

Según lo dice el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, el cierre de la investigación jurídicamente se produce por medio de una providencia de sustanciación notificable personalmente, en contra de la cual sólo cabe el recurso de reposición, y que simplemente hace tal declaración y ordena que el expediente pase a despacho para calificar, previo traslado por ocho (8) días a las partes para que presenten sus alegaciones.

Ahora bien, de acuerdo con los artículos 196 y 197 del mismo ordenamiento procesal, las providencias quedan ejecutoriadas, es decir, en firme respecto de su contenido declarativo (cierre de investigación) y dispuestas para ejecutar lo que de ellas se deriva (traslado y calificación sumarial), cuando hayan transcurrido tres (3) días contados a partir de la última notificación, si no se han interpuesto recursos y no deban ser consultadas, o una vez se hayan decidido las impugnaciones. Esta disposición general se reitera en el referido artículo 438, cuando dice que el traslado a los sujetos procesales para alegar sólo “se ordenará” (sería más técnico decir “se cumplirá”), una vez “ejecutoriada la providencia de cierre de investigación”.

También el artículo 334 del Código de Procedimiento Civil, inmerso dentro del título del “efecto y ejecución de las providencias” dispone que sólo podrá exigirse la ejecución de las decisiones judiciales una vez ejecutoriadas.

Se concluye parcialmente que ese “antes” escrutado no se agota con la mera declaración de cierre de investigación, sino que se proyecta hasta la ejecutoria de la

respectiva providencia. Aunque se pensara, en gracia de discusión, que el genuino querer de los redactores de la ley se orientaba a sellar la oportunidad con el sólo proferimiento de la resolución, lo cierto es que no fue eso lo que expresaron claramente en el texto normativo, y por ello se impone esta suerte de interpretación contextual o sistemática que, frente a la ambigüedad de la letra de la ley, es el único método que suministra seguridad jurídica, uno de los valores fundamentales del Derecho - aunque no el único-, en el sentido de que fijar como punto de llegada la ejecutoria de las resoluciones es algo que, no sólo por su sentido jurídico-sistemático sino también por su ambientación en la práctica judicial para otras instituciones, resulta más fácil de prever a los destinatarios de la norma.

Pero aquí no culminan las razones adicionales. Se verán otras:

La racionalidad teleológica de la norma del artículo 37 del C. P. P. enseña que la creación del instituto de la sentencia anticipada obedece al propósito racional de economizar jurisdicción en asuntos relativamente fáciles, con el fin de alistarla y concentrarla para casos difíciles o para dedicarla más ágilmente a un abundante número de procesos pendientes de solución y que significan impunidad latente. Estos objetivos sociales estarían más limitados con la interpretación que para la Corte no puede prosperar, por contener una restricción del plazo que ni siquiera se aviene con el contexto legal; en cambio, aquéllos tendrían más posibilidades de desarrollo en la significación normativa que aquí se avala. Y la eficiencia de la norma, entendida como el logro de ciertos objetivos sociales, obviamente no puede ser ajena a la interpretación y aplicación del derecho.

Y si la discusión se centra desde la perspectiva del procesado que, merced a su allanamiento para aceptar responsabilidad, se hace merecedor a una reducción de pena, la conclusión no podría ser distinta, pues, por obra de una interpretación segmentada de la ambivalente expresión lingüística, se le estaría negando una oportunidad de participar

más activamente (como sujeto y no como objeto) en las decisiones que lo afectan (art. 2° Const. Pol.) y, por la misma vía, la posibilidad de una significativa rebaja en la sanción que pueda llegar a imponérsele.

De modo que, involucrada en los anteriores niveles de interpretación, aparece la idea de la racionalidad ética, como último peldaño también favorable a la postura hermenéutica que se ha asumido, pues valores como la seguridad jurídica, la eficacia y la eficiencia social de las normas y el derecho participativo (menos impositivo), de verdad justifican los fines sociales perseguidos que se potencian mayormente si se acepta la dimensión de la oportunidad que se ha propuesto.

Pero claro, algún tropiezo aparente puede advertirse en la práctica judicial como consecuencia de la tesis respaldada, pues, según lo dispone el inciso 2° del artículo 37 examinado, “hecha la solicitud, el fiscal, si lo considera necesario, podrá ampliar la indagatoria y practicar pruebas dentro de un plazo máximo de ocho (8) días”, propósito que no será posible conseguir en los casos en que ya se ha dictado la resolución de cierre de investigación, aunque no esté ejecutoriada (argumento consecuencialista). Inclusive, se explica por los mentores de la posición contraria, que esa posibilidad explícita de continuar la instrucción, después de la solicitud de sentencia anticipada, constituye una evidencia de la intención legislativa de cerrar el plazo con el solo dictado de la resolución de cierre de investigación.

En abstracto y formalmente, el argumento aparece correcto, pero, amén de su soledad y de la subordinación del elemento lógico-subjetivo en la tarea hermenéutica, desde el punto de vista de una justificación material, todo resulta falaz porque dicha previsión legislativa que se hizo para proteger la dirección de las investigaciones potencialmente eficaces pero que aún estaban en ciernes, con el fin de evitar la manipulación de la verdad cuando las averiguaciones apenas comienzan, no entraña ningún obstáculo a la tesis interpretativa propuesta, pues tal necesidad de prueba

indudablemente no se tendrá en aquellas investigaciones en las que el fiscal ya haya dictado la resolución de cierre, inequívoca señal de que cuenta con la prueba necesaria para calificar o de que ha vencido el término de instrucción, de cara a las condiciones que fija el artículo 438 para poder adoptar una decisión de tal naturaleza (prueba necesaria).

Examen de la nulidad. El segundo paso consiste en determinar si la negación de la solicitud de sentencia anticipada, cuando se introduce dentro del término legal, constituye causal de nulidad.

La sentencia anticipada y la audiencia especial son ritos alternativos especiales, que significan un abandono del procedimiento ordinario, en pro de loables fines de economía procesal, descongestión del aparato de la justicia y agilización del respectivo proceso. De modo que, como lo proclamó Carrara, sería un enorme engaño a la sociedad que el legislador se ocupara de regular todo un procedimiento especial, si, a la vez, no se prevé una consecuencia para su desconocimiento injustificado, pues, en tal caso, la eficacia del rito no depende del cumplimiento de esas imperativas reglas sino del gusto de los funcionarios judiciales. Así entonces, satisfechos por el peticionario los requisitos de admisibilidad y procedibilidad de la sentencia anticipada o de la audiencia especial, el debido proceso constitucionalmente prescrito ya no será el ordinario sino el que disponen los artículos 37 y 37A del Código de Procedimiento Penal, máxime que la regulación de la primera figura fue hallada conforme con dicha garantía fundamental por la Corte Constitucional, según se decidió en la sentencia de constitucionalidad C-425 del 12 de septiembre de 1996, cuya ponencia presentó el magistrado Carlos Gaviria Díaz.

De acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política, toda persona tiene derecho a un debido proceso público y “sin dilaciones injustificadas”, con más veras si el interesado lo propicia con su propia voluntad y actividad (sentencia anticipada), razón por

la cual, aunque se adelante una actuación plena en etapas y formalidades, una vez cumplidos los presupuestos del rito especial, negarlo y continuar el procedimiento ordinario comporta una “dilación injustificada”. Se palpa en nuestro medio una especie de superstición judicial consistente en que a mayor dilación en el procedimiento mayor oportunidad de defensa, pero ocurre que el proceso de sentencia anticipada, si proviene de una voluntad clara del procesado (y ello hace parte del control de los funcionarios judiciales), es la mejor opción de defensa libremente escogida por él (no impuesta por el funcionario), máxime que tal actitud, si se concreta, le representa una significativa rebaja de pena.

Pretender que la mejor defensa es la que propugna a cualquier precio por la absolución, aun en contravía de la más comprometedor evidencia procesal, no es más que un mal hábito lamentablemente consolidado en el pensamiento de algunos abogados. La procuración sincera y sensata de aminorantes del juicio de reproche o de la pena, sobre todo cuando se hace oportunamente, puede dibujar mejores perfiles de defensa que un empecinamiento engañoso y con ínfulas de habilidad jurídica no procedente en el caso.

Lo que en frase tradicional se conoce como “pronta y cumplida justicia”, o proceso rápido, según la dogmática procesal, es un derecho fundamental que realizado protege no sólo a la sociedad sino también a la persona que está sub judice. Este valor de la celeridad, lo mismo que los de la participación democrática, defensa auténtica e igualdad de oportunidades, que hacen parte del debido proceso penal en línea constitucional, se ven afectados cuando se niega injustificadamente la opción de sentencia anticipada y, en consecuencia, la decisión que así lo haga estará afectada de nulidad (Const. Pol, art. 29; Ley 74 de 1968, art. 14; y Ley 16 de 1972, art. 8°).

Mas, tal como sugiere el Ministerio Público, la prevista nulidad habrá de examinarse sin perjuicio de la solución menos traumática para los objetivos del proceso penal, pues así

se desprende de variados principios que rigen la institución. Se verá lo siguiente:

De acuerdo con el postulado de la instrumentalidad de las formas (art. 308-1), no habrá lugar a la nulidad si se ha cumplido la finalidad para la cual estaba destinado el acto y, como se sabe, por obra del auto del 9 de agosto de 1994, no sólo se llevó a cabo la diligencia de sentencia anticipada antes pretendida, sino que finalmente se le reconoció al procesado la rebaja de pena que le correspondía como si el rito se hubiera cumplido en el momento en que fue solicitado por la parte afectada con la negación precedente (fs. 145).

No puede menospreciarse, además, que la Fiscalía hizo una lectura integral de la resolución acusatoria en el acto de sentencia anticipada; que dejó constancia de las limitaciones que la diligencia le ponía al debate; y, si también se recuerda, que ni el procesado ni el defensor hicieron objeciones a la hora de intervenir en la diligencia de sentencia anticipada, a pesar de que a los dos se les concedió el uso de la palabra (fs. 154). De modo que, por efecto del principio de protección (art. 308-3), le está vedado a los sujetos procesales alegar nulidad respecto de actos irregulares en los cuales hayan puesto su voluntad y participación, a menos que se aluda a la falta de defensa técnica. Aquí no importa el cambio en la persona del defensor, pues el último profesional siempre asumirá el encargo en el estado en que se encuentre el proceso, conforme con la dinámica progresiva y altamente integrada del proceso penal, salvo que haya necesidad de regresarlo por la aún no demostrada causal de nulidad.

También marca su influencia en este asunto el principio de trascendencia, conforme con el cual quien reivindique la nulidad tiene el deber de demostrar que la irregularidad sustancial afecta las garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento (art. 308-2). En efecto, la alternatividad que ofrece el legislador no choca lógicamente con el criterio de que si el

acto o la decisión que se tildan de irregulares vinculan o afectan relevantemente la situación de una sola parte (procesado y defensor, por ejemplo), siempre se genera para ésta la obligación de demostrar el perjuicio inferido, a pesar de que simultáneamente se pruebe el desajuste radical en los momentos básicos del proceso.

En este caso, la solución adoptada finalmente por el juzgado, por el contrario, fue beneficiosa para los intereses del procesado y la defensa, no sólo porque se llevó a cabo el acto del cual se había privado injustificadamente al primero y se le abrió así la posibilidad de una rebaja de pena, sino también porque ésta se tasó como si las cosas hubieran ocurrido para la ocasión en que se hizo el pedimento, oportunidad en la cual se negó la sustanciación propia del instituto, no por causa atribuible al procesado, sino del instructor que anticipó su momento preclusivo.

Y en cuanto a la presunta desintegración de las bases del procedimiento, no se advierte de tal entidad el efecto de la irregularidad, porque el juzgado no se inventó el procedimiento especial, si se tiene en cuenta que la sentencia anticipada es un rito cuya procedencia se regula tanto para la fase de la instrucción como en la del juzgamiento.

Ahora bien, el reconocimiento de una reducción de la tercera parte de la pena, en lugar de la sexta parte que era la procedente en ese entonces para la etapa del juicio, no sería un error de procedimiento (in procedendo) sino del mérito de la decisión final y concerniente a la aplicación del derecho (in iudicando), pues, si se recuerda la letra de los incisos 4° y 5° del artículo 37 del C. P. P., la disminución de pena la hace el juez en la sentencia, después de que ha declarado la ausencia de violación de garantías fundamentales. Por ello, si la situación hubiese sido otra, esto es, si no obstante haber solicitado oportunamente la sentencia anticipada en el sumario ésta sólo se realiza en el juicio con la rebaja de pena correspondiente a este último momento procesal, la solución tanto en sede de apelación como de casación no sería la nulidad del fallo sino su corrección para ajustar la pena de acuerdo con la reducción autorizada para la oportunidad inicialmente rechazada.

Por lo demás, en el caso específico, esa mezcla de la proporción reductora de pena como consecuencia de la diligencia -que no de procedimientos-, no sería mas que una manera de reconocer un error como conducta propia de los órganos del Estado de Derecho, loable interpretación de los hechos y de las normas que, dentro de límites razonables, no sólo no erosiona la autoridad de la ley y los tribunales, sino que en ocasiones pone a salvo su legitimidad (C. P. P., art. 13). En fin, la solución no fue la más ortodoxa, como lo reconoce el Ministerio Público, pero por sus propósitos logrados y la no palpable irrazonabilidad del procedimiento adoptado, se puede decir que, si por principio el legislador comprende las irregularidades sustanciales con tal de que no sean trascendentes en los términos del artículo 308-2 citado, el entendimiento concreto de la juez cabe dentro dicha hipótesis conductual y normativa.

Por la vía de la violación directa de la norma sustancial (causal primera), se observa por el demandante que el fallador dejó de aplicar del artículo 60 del Código Penal, a pesar de que estaban dados los presupuestos de la atenuante por ira e intenso dolor.

A esta censura se responde, en primer lugar, que por tratarse de una sentencia anticipada, el actor carece de interés jurídico para recurrir por el presunto desconocimiento de la ira como factor aminorante del juicio de culpabilidad y de la pena. En efecto, basta mirar el acta correspondiente para verificar que se hizo una lectura completa de la resolución de acusación, decisorio este que no reconoce la proclamada atemperante, y a continuación se inserta la siguiente respuesta del procesado: “sí acepto los cargos, igualmente, la responsabilidad que ellos conllevan” (fs. 154).

Por mandato del artículo 37B del C. de P. P., para el procesado y su defensor la sentencia anticipada sólo es “apelable” respecto de la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, y la extinción del dominio sobre bienes. Esta limitación en la materia del recurso de apelación se impone para preservar la estructura misma del rito especial, pues, si se permite en esa oportunidad

una discusión del cargo o de una atenuante descartada en la diligencia, sería propiciar una desestabilizadora retractación de lo aceptado, sin perjuicio obviamente de reclamar la nulidad por violación de garantías fundamentales. Aunque la norma sólo se refiere a restricciones en la apelación, es claro que si el recurso de casación recae sobre el fallo de segunda instancia y éste, por obra de la limitante no podía pronunciarse en relación con aspectos distintos a los antes señalados, resulta también patente, por sustracción de materia, que la Corte no podrá ocuparse de lo que legalmente estaba vedado al tribunal (C. P. P., art. 218).

Esta carencia de interés jurídico para recurrir, que se erige en presupuesto procesal de la demanda en forma, ha sido resaltada por la Sala en las decisiones del 4 de marzo y 16 de octubre de 1996, 5 de junio, 2 de agosto y 29 de agosto de 1997, entre otras.

Desde la sentencia del 1° de diciembre de 1987, la Corte ha dicho que involucrar la captura dentro del concepto de flagrancia es confundir la causa con el efecto, “ya que cuando el hecho se realiza en flagrancia es posible la captura de facto del partícipe por cualquier persona sin que sea preciso orden de autoridad competente con el lleno de los requisitos legales, de donde se desprende que no es lógico atar la captura que es una consecuencia de la flagrancia a la flagrancia misma”. Sobre todo, se agrega, porque la sistemática misma del Procedimiento Penal permite la distinción entre la flagrancia como evidencia procesal y la captura en flagrancia como su consecuencia, según lo disponían los artículos 301, 393, 394 y 474 del estatuto procesal expedido en el año de 1987, y lo reiteran ahora los artículos 299, 370 y 371 del ordenamiento vigente sobre la materia.

En el mismo fallo invocado, en relación con el concepto de sorprendimiento, se dijo lo siguiente:

“Otros pretenden que sólo existe flagrancia cuando la conducta del delincuente se

ubica dentro de un comportamiento sinuoso, escondido, que al ser visto o descubierto genera para él un estado de sorpresa; apoyan su tesis quienes esto sostienen, en la misma expresión legal que habla de que la persona es sorprendida en el momento de cometer el hecho punible, o es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas del mismo.

“De este criterio se disiente por cuanto subjetiviza la noción de flagrancia haciéndola depender más del ánimo y de la particular forma de actuar del autor del hecho, que de la realidad objetiva y además porque restringe innecesariamente la aplicación procesal del fenómeno. Así, si nos atuviésemos a tal criterio, el homicidio cometido en un establecimiento público y ante la mirada atónita de varias personas, no sería este un hecho punible cometido en flagrancia, porque el autor no pretendía ocultar el hecho y su actuación desembozada impide el surgimiento de la idea de ser sorprendido. Pero además, la prueba incontrastable de que éste es como sostenemos nosotros un ejemplo clásico de flagrancia, radica en la hipótesis de que si cualquiera de los allí presentes capturare al autor y lo condujere ante la autoridad competente, tal comportamiento según la tesis que niega la flagrancia del hecho sería ilegal, pues para lograrla se requeriría de orden judicial conforme a los requisitos legales, lo cual sería totalmente ilógico en el caso planteado”.

Por ello, a partir del fallo mencionado, cuya ponencia estuvo a cargo del magistrado Rodolfo Mantilla Jácome, y en un curso doctrinario que pasa por la sentencia del 9 de septiembre de 1993 (Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda) y ha llegado hasta la del 19 de agosto de 1997 (Jorge Enrique Córdoba Poveda), la Sala por mayoría ha sostenido que la configuración jurídica de la flagrancia exige dos requisitos: “uno de carácter objetivo-temporal que es la actualidad, esto es, que una o varias personas, entre las que puede estar la víctima, se encuentren presentes en el momento de la comisión del reato o instantes después y se percaten de él; y otro de naturaleza personal que consiste en la identificación o, por lo menos, la individualización del autor o partícipe”.

Como no se requiere la captura para caracterizar la flagrancia y tampoco el fenómeno procesal está matizado por una actuación a hurtadillas del realizador del hecho delictivo, resulta infructuoso pretender desfigurar la negación de la redención de pena sólo por el resalto de dichas ausencias.

Ahora bien, en cuanto concierne a la trascendencia de la confesión, que no obstante la flagrancia quiere reivindicar el demandante, la Corte reitera que la relación entre flagrancia y confesión, elaborada no en el sentido negativo que la trae el texto del artículo 299, sino el sentido positivo que implica la finalidad del mismo texto, consiste en que la primera debe ser tan autosuficiente que diluya el valor de la segunda.

El artículo 299 parece situar en un plano de repulsa la flagrancia y la confesión, tal vez porque comprobada la primera entonces resultaría inútil la segunda. Como las dos expresiones procesales facilitarían enormemente la tarea probatoria, no sería justo premiar el oportunismo del procesado que, encerrado por la evidencia, se decide a confesar así sea en su primera versión, con el fin de que el pretexto le sirva para una rebaja de pena.

Sin embargo, más allá de la justificación formal de la norma, es necesario avanzar en el campo de aplicación de ambas figuras procesales (justificación material), en relación con cada caso concreto, para ver de comprobar si pervive o desaparece el rechazo mutuo. Por tanto, ante la realidad de la concurrencia de flagrancia y confesión, la negación de la diminuyente de pena del artículo 299 sólo estaría justificada cuando son fundamentalmente coincidentes los ámbitos de demostración de ambos elementos de prueba; es decir, cuando la primera absorbe enteramente a la segunda, o por lo menos la contiene en los aspectos que fundamentan la responsabilidad. Pero si la confesión se yergue sobre la flagrancia, con el fin de aportar datos que la naturaleza y potencia probatoria de ésta no alcanza, y que en todo caso son determinantes para un juicio de

responsabilidad, no habría ninguna oposición entre los dos elementos de convicción tanto desde el punto de vista de lo cognitivo como de lo valorativo.

Esta interpretación ya ha sido sugerida por la Sala en las siguientes decisiones:

En casación del 18 de mayo de 1990, con ponencia del magistrado Gustavo Gómez Velásquez, se expresó:

“Pero cabe agregar que, aun dentro de un sistema en el cual se considere como situaciones repelentes la flagrancia y la confesión, es dable atemperar el rigor de esta tesis, señalando que el gravamen de la flagrancia solo debe alcanzar lo que ella misma cubre, esto es, lo que ella establece por sí, porque todo aquello que a la misma escapa y se demuestra mediante la confesión debe atraer los beneficios de atenuación previstos por la ley. En este orden de ideas si a Juan y a Pedro se les sorprende en la comisión de un delito y la norma aplicable a los fines de la comentada diminuyente hace inconciliables confesión y flagrancia, obviamente que esta restricción opera en cuanto a los aspectos comunes para la confesión y la flagrancia, pero no a aquellas informaciones que esclarezcan lo que esta última no ha logrado revelar, o a lo que la primera aporte como valioso medio para la ejecución de capturas, o a la determinación de otros partícipes que no pudieron o no podían ser sorprendidos en la ejecución del delito. Estos eventos, así se rocen con la flagrancia, no están excluidos del analizado beneficio.

“No está por demás anotar que, dándose un fenómeno de flagrancia, el juzgador, a los fines de conceder una diminuyente de pena, debe ser más exigente que en aquellos casos en los cuales no media esta circunstancia. Esto resulta lógico porque en el primer evento se cuenta con elementos adecuados de conocimiento que deben ser superados en importancia, precisión y claridad por el confesante, al paso que en el segundo es dable atribuir más generosamente consecuencias efectivas a precarias o relativas manifestaciones del procesado que por la escasez de medios de prueba, orientan y

permiten el éxito de la investigación o revelan la personalidad del delincuente...”.

En fallo del 29 de septiembre de 1993, cuya ponencia correspondió al magistrado Guillermo Duque Ruiz, se dijo:

“A lo anterior, suficiente de por sí para rechazar el cargo, agréguese que para la Sala sigue siendo indispensable que la confesión sea fundamento de la condena, así el nuevo texto legal (art. 299) no lo mencione expresamente, porque sólo de esta manera es entendible y justa la rebaja de pena que en él se consagra. Interpretarlo de otra forma, sería otorgar un beneficio gratuito, sólo porque se confesó cuando ello no era necesario, pues obraban otras pruebas, distintas de la confesión, que permitían afirmar, sin dudas, la responsabilidad del procesado.

“Por esta misma razón, inutilidad de la confesión, el legislador pone como exigencia para el otorgamiento de la rebaja de pena, que no se trate de ‘casos de flagrancia’, porque precisamente en estos eventos, ante el conocimiento que del hecho y de su autor tienen las personas que lo han presenciado, la confesión es de casi ninguna utilidad para la investigación, porque de antemano el instructor ya conoce lo que a través de éste se le ha comunicado...”.

“Mas a lo anterior estima la Sala que debe hacerse una consideración adicional: si el juez para proferir su condena, no podía de ninguna manera prescindir por completo de la confesión, no es posible negar que ésta sirvió de fundamento a la sentencia y que por tanto fue de decisiva utilidad para la justicia, que sin ella no habría podido condenarlo...” (Se ha subrayado).

En otro tanto de decisiones se ha descartado la rebaja de pena por confesión en caso de flagrancia, aupado el criterio por la justificación de que en tales circunstancias aquélla sería “perfectamente intrascendente” o “resulta ineficaz” o “no constituye ningún aporte a la agilidad de la investigación”.

PROCESO No. 10397

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrados Ponentes:

Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

Dr. CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

Aprobado Acta N° 52

Santafé de Bogotá, D. C., dieciséis de abril de mil novecientos noventa y ocho.

VISTOS:

Ha sido objeto del recurso extraordinario de casación el fallo de segunda instancia fechado el 24 de octubre de 1994, producido por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, por medio del cual confirma la sentencia anticipada que dictó el Juzgado Cincuenta y Cinco Penal del Circuito de la misma ciudad, de acuerdo con la cual el acusado PABLO IGNACIO MOLINA HERNÁNDEZ fue hallado responsable del hecho punible de homicidio, en el grado de tentativa, y, consecuentemente, condenado a la pena principal de ocho (8) años y cuatro (4) meses de prisión.

La Corte encara la decisión del recurso, formalizado como se halla el trámite correspondiente y obtenido el concepto previo del Señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal (E).

HECHOS Y RELACIÓN PROCESAL:

Para el día 22 de febrero del año de 1994, los jóvenes PABLO IGNACIO MOLINA HERNÁNDEZ y ALCIRA VALBUENA HENDE llevaban una convivencia marital de aproximadamente cuatro (4) meses, compartían en arriendo una habitación dentro del inmueble situado en la calle 67A bis, número 90-23, barrio La Florida de esta capital, pero la relación ya anunciaba su final por deserción de la dama, debido a que su compañero se mostraba bastante agresivo cuando ingería licor e inclusive en ocasión anterior la había golpeado.

En aquélla fecha, aproximadamente a las 4 de la tarde, el acusado llegó a su residencia porque su querida lo había llamado para comunicarle que se retiraría del hogar; él, que revelaba algunos signos de alicoramiento, le rogó que no lo abandonara pero ella persistió en su propósito y replicó que estaba sufriendo mucho a su lado. El procesado Molina Hernández, en algún momento del intercambio verbal, se desplazó hacia los servicios higiénicos, mas aprovechó la oportunidad para tomar y ocultar en la pretina del pantalón el cuchillo de la cocina, regresó, preguntó de nuevo a su compañera si insistía en abandonarlo, y, de pronto, se abalanzó sobre ella, le dijo que ya no sufriría más ni él tampoco y descargó varias veces el instrumento cortopunzante en las regiones torácica y abdominal de la víctima, para producirle lesiones que comprometieron no sólo el tórax sino también el yeyuno, mesenterio, mesocolon y riñón derecho; pero a continuación, el enervado atacante también hundió la misma daga en las zonas precordial y epigástrica de su propio cuerpo.

Ambos lesionados recibieron los cuidados iniciales en el Centro de Atención Médica Inmediata del barrio La Granja, establecimiento al cual fueron trasladados por los familiares del agresor, quienes llegaron al lugar por llamada telefónica que éste les hizo inmediatamente después de lo ocurrido, y, gracias a la oportuna intervención quirúrgica, se salvó la vida de la mujer agredida.

Por estos hechos, que inicialmente se estimaron constitutivos del delito de lesiones

personales, abrió formalmente la instrucción el Juzgado Setenta y Cuatro Penal Municipal, despacho que recibió indagatoria al imputado e instructiva a la lesionada, pero, ante la evidencia de los hechos y las manifestaciones de sus protagonistas, decidió enviar el diligenciamiento a la Fiscalía General de la Nación, con el fin de que se investigara la hipótesis de tentativa de homicidio.

Recibida la actuación, la Fiscal Ochenta y Nueve Delegada ante los Jueces Penales del Circuito definió la situación jurídica del vinculado, por medio de la medida de aseguramiento de detención preventiva, sin derecho a libertad provisional.

La fiscal instructora declaró cerrada la investigación, por medio de resolución del 5 de mayo de 1994 (fs. 81), pero el 11 de mayo siguiente, aun en curso la notificación y ejecutoria de la providencia, el defensor del procesado solicitó la práctica de diligencia de sentencia anticipada, conforme con el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal (fs. 83), solicitud que fue negada por improcedente, según decisión de cumplimiento inmediato fechada el 17 de mayo, habida cuenta que esa forma de terminación sólo podía intentarse “hasta antes de que se cierre la investigación” y éste ya se había decretado (fs. 84).

En contra de la última decisión, el peticionario propuso entonces el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, pero la Fiscalía se abstuvo de tramitarlos, por medio de providencia de sustanciación, ya que la determinación impugnada era también de simple trámite y, por ende, no toleraba recurso alguno, de acuerdo con el artículo 199 del C. de P. P. (fs. 85, 86 y 89).

Al momento de calificar el mérito del sumario, la funcionaria instructora optó por dictar resolución de acusación en contra del procesado, según providencia del 17 de junio de 1994, como autor del delito de homicidio tentado (fs. 94).

Por razón de la firmeza de la resolución de acusación, asumió el conocimiento la

Juez Cincuenta y Cinco Penal del Circuito y, en lugar de despuntar el juzgamiento, dictó el auto interlocutorio fechado el 26 de julio de 1994, por medio del cual decretó la nulidad de lo actuado a partir de la resolución del 17 de mayo anterior, dado que la negación de la sentencia anticipada le había inferido daño al derecho fundamental al debido proceso y, por ende, a la defensa del procesado que para éste había escogido dicho camino favorable (fs. 118).

Sin embargo, el Procurador Octavo en lo Judicial-Penal interpuso el recurso de reposición en contra del mencionado interlocutorio del juzgado, para hacerle ver que la irregularidad cometida por la Fiscalía podría paliarse con un remedio menos extremo que el de la nulidad, en el sentido de que bastaba celebrar la diligencia de sentencia anticipada en el juicio, si es que el procesado aceptaba los cargos y la responsabilidad, y consecuentemente reconocerle la rebaja de pena correspondiente a la etapa en la cual se produjo la solicitud. Dicha propuesta fue aceptada por la juez de conocimiento, repuso la providencia en cuestión y proyectó la respectiva diligencia de sentencia anticipada (fs. 137, 145 y 150).

La diligencia programada se practicó el 1° de septiembre de 1994, con la presencia del procesado, su defensor y el representante del Ministerio Público; se hicieron las advertencias de rigor por parte de la juez, quien a la vez ordenó la lectura de la resolución de acusación, y el procesado expresamente aceptó los cargos y la responsabilidad que allí se le atribuía (fs. 154).

Conforme con la actuación anterior, el juzgado dictó la sentencia fechada el 9 de septiembre de 1994, por cuyo medio admite “el acuerdo para terminación anticipada del proceso...”; condena a Pablo Ignacio Molina Hernández a la pena principal de 8 años y 4 meses de prisión, después de tener en cuenta el grado de realización del delito (tentativa) y la rebaja de pena por acogimiento a la figura especial de procesamiento; le impone la sanción accesoria de interdicción de derechos y

funciones públicas por igual período; y, finalmente, gracias a la transacción entre las partes, se abstiene de fijar obligación alguna por concepto de perjuicios (fs. 156).

Por obra de la apelación interpuesta por la defensa, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá profirió el respectivo fallo y se circunscribió al objeto de la impugnación, razón por la cual decidió confirmar la negación de rebaja de pena por confesión, dado que el procesado había sido sorprendido en estado de flagrancia (cuaderno 2ª instancia, fs. 4).

Por medio de auto fechado el 20 de enero pasado, la Sala concedió la libertad provisional del procesado con fundamento en los requisitos de la libertad condicional alternativa reconocida en el artículo 1º de la Ley 415 de 1997.

CONTENIDO DE LA DEMANDA:

Con el exclusivo propósito de que lo atendiera en el trámite del recurso de casación, el procesado designó un nuevo defensor y éste propuso las siguientes censuras:

1. Con fundamento en la causal tercera de casación ensaya dos cargos, así:

1.1 En la diligencia de indagatoria dirigida por el Juzgado 74 Penal Municipal, el imputado fue asistido de oficio por el estudiante Ancízar López Torres, presuntamente adscrito al consultorio jurídico de la Corporación Autónoma de Colombia, pero, como desafortunadamente no quedó constancia de tal condición en el expediente, sin duda se ha vulnerado el derecho fundamental a la defensa técnica.

1.2 El segundo cargo por esta vía se refiere al desarrollo de la diligencia de sentencia anticipada. El recurrente comparte la posición inicial del juzgado de conocimiento, según la cual debió decretarse la nulidad por violación al debido proceso y

al derecho de defensa, ante la arbitraria negación del mecanismo anticipado por parte de la Fiscalía. Mas, como el juzgado accedió a la salomónica propuesta del Procurador Judicial y decidió realizar la sentencia anticipada y reconocer la rebaja de pena correspondiente a la fase de la instrucción, tal salida constituye una mezcla indebida en el procedimiento, que viola francamente el debido proceso y constituye causal de nulidad.

Además, se acentúa la violación al debido proceso y a la defensa, porque en dicha diligencia no se informó al acusado sobre sus efectos y beneficios, para que libre y voluntariamente aceptara o rechazara los cargos y así tener la oportunidad de reivindicar las atenuantes por ira e intenso dolor y por confesión.

En cuanto a la trascendencia de la anomalía, el actor dice que si bien no se le irrogó un daño concreto a su defendido, lo cierto es que en este caso “bastaba la simple informalidad procesal para dar por afectado el debido proceso, sin necesidad de que efectivamente se hubiese causado perjuicio a una de las partes intervinientes, porque las normas de procedimiento penal son de obligatorio cumplimiento y no pueden ser cambiadas caprichosamente por el juzgador” (fs. 56, cuaderno Tribunal).

2. Ahora bien, con fundamento en la causal primera de casación, concretamente por violación directa de la ley sustancial, el censor también exhibe dos cargos que pueden compendiarse de la siguiente manera:

2.1 Dice que se dejó de aplicar en favor de su asistido el artículo 60 del Código Penal, que contempla la atenuante de pena por ira e intenso dolor, a pesar de que tanto la indagatoria del acusado como la declaración de su compañera patentizan un verdadero “delito emocional”.

Después de transcribir apartes pertinentes de la declaración indagatoria, y también de afirmar que el dicho de la víctima lo corrobora, el demandante sostiene que era imperativa la aplicación de la diminuyente, dado que resulta palmar el estado de ira que

acicateó al procesado, pues él no quería que su compañera lo abandonara, así se lo suplicó varias veces y, ante la respuesta negativa, se dejó llevar por la emoción violenta.

2.2 La segunda censura la traza como violación directa por interpretación errónea del artículo 299 del C. de P. P. En efecto, dice que los juzgadores negaron la reducción de pena por confesión al estimar que la captura del imputado se produjo en flagrancia, pero la verdad es que éste jamás fue aprehendido físicamente y llevado inmediatamente ante el juez u otro funcionario judicial, sino que simplemente la policía dispuso una vigilancia especial en el hospital Simón Bolívar, centro en el cual permaneció recluido desde el 22 de febrero hasta el 3 de marzo.

Tampoco puede sostenerse, argumenta el recurrente, que el acusado haya sido “sorprendido y mucho menos capturado en flagrancia”, porque su comportamiento no se ubica dentro de los parámetros de lo sinuoso o escondido, como para “que al ser visto o descubierto hubiera generado un estado de sorpresa, al punto que fue el mismo sindicado quien se declaró culpable de las heridas inferidas a su compañera ALCIRA VALBUENA HENDE, y suplicaba que no la dejaran morir” (fs. 68).

De modo que si el procesado confesó escuetamente el atentado del cual hizo víctima a su compañera permanente, dice finalmente el actor, sin anteponer circunstancias distintas a las discordias de pareja y sin alegar causales de justificación de su comportamiento violento, lo sensato es que la confesión deba reportarle algún beneficio en los términos del artículo 299 citado.

CONCEPTO DEL PROCURADOR:

En el mismo orden de presentación de las censuras, el Procurador Delegado sugiere el siguiente examen:

A. En relación con la presunta falla de defensa técnica ocurrida al momento de la indagatoria, alegada como factor de nulidad al amparo de la causal tercera de casación, el Ministerio Público dice que si el funcionario judicial dejó consignado en el acto que el defensor de oficio era una persona adscrita a un consultorio jurídico, en sana lógica se infiere que ya se ha comprobado tal calidad frente a él. Pensar lo contrario, sería situar sospechas innecesarias sobre la administración de justicia, cuando el funcionario da fe de ello en la misma diligencia, razón por la cual bastaba dicha constancia para tener el hecho por cierto y resultaría un formalismo insulso exigir ahora la respectiva certificación del claustro universitario.

B. El demandante también sitúa como hipótesis de nulidad la solución que el Juzgado le dio a la negación del trámite de sentencia anticipada por parte de la Fiscalía, dado que envuelve una mixtura intolerable en el procedimiento.

Pues bien, el primer problema que aborda el Procurador es el referente al fenecimiento de la oportunidad para solicitar la diligencia, dado que para el instructor ello se produce con el mero proferimiento de la resolución de cierre de investigación, mientras que para el juzgador era indispensable la ejecutoria de dicha decisión. Aunque ambas posturas tienen sólidos cimientos hermenéuticos, no puede soslayarse que las providencias judiciales no cobran vigencia antes de su ejecutoria y, por tal razón, no puede restringirse el alcance de la expresión referida al cierre de investigación al simple acto material de dictarlo. En efecto, la mera exégesis en la interpretación de la norma no satisface, en cambio sí limita, las finalidades y derechos que se involucran en la figura de la terminación anticipada, referentes a la economía procesal y al reconocimiento de una rebaja de pena al procesado, razón por la cual se impone su “sistemática integración”.

Piensa el Procurador que constituye base de nulidad el no haberse ordenado el trámite respectivo al momento de presentarse la solicitud de sentencia anticipada, pues la regulación dispuesta para esta figura, como todo el proceso penal, apunta a identificar

las formalidades que deben cumplirse para salvaguardar los derechos fundamentales de quien se encuentra sometido a su imperio y de los demás sujetos que en él intervienen. Si no se cumplen estas formalidades protectoras que individualizan el instituto en mención, quedaría en la inanidad el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre lo formal.

Sin embargo, como el tema de las nulidades está informado por un conjunto de principios de larga tradición doctrinaria y jurisprudencial, y ahora recogidos en la misma ley procesal penal, la nulidad que se esperaba de la Juez Cincuenta y Cinco Penal del Circuito debía examinarse a la luz de tales postulados, sobre todo el de trascendencia, para establecer previamente si había transgresión de derechos y garantías constitucionales. Además, dentro de esa misma integración válida con las normas rectoras de las nulidades, la juez en el proveído buscó cumplir las finalidades propuestas como si se hubiese accedido a la sentencia anticipada en la fase instructiva, esto es, la terminación prematura del proceso y la rebaja de una tercera parte de la pena correspondiente.

De igual manera, como la formulación de cargos en esa diligencia anticipada se cumplió cabalmente, a través de la lectura íntegra de la resolución de enjuiciamiento, y además hubo aceptación expresa del procesado, indudablemente se ha realizado el querer legislativo de concretar, delimitar y hacer conocer la acusación. Así pues, no encuentra la Procuraduría la precariedad que le atribuye el censor al desarrollo de la actuación, amén de que dentro de los derechos y posibilidades que consagra el artículo 37 del C. P. P., no está el de advertirle al procesado, de alguna manera, que podía reclamar el estado de ira pregonado como guía fatal de su conducta.

De acuerdo con el referido principio de trascendencia, agrega el Ministerio Público, tampoco podría solicitarse una nulidad por el mero interés de la ley, “toda vez que debe verificarse si con ello efectivamente se socavan las fases vitales del proceso penal

como lo son la investigación y el juzgamiento; y en esas condiciones se llegará a la conclusión que ello no ocurre así” (fs.20).

Afirma el Delegado que ninguna objeción relevante le cabe a la solución implementada por la juez de conocimiento, después de reponer el auto de nulidad a instancias del Procurador Judicial, con la aclaración de que dicha alternativa no constituye el mecanismo recomendable como regla general en la tarea judicial, “sino que como vía excepcional, en este caso sui generis, puede prevalecer en miras de evitar la inocua invalidación del proceso”.

A manera de conclusión, el Procurador afirma que “si bien es cierto que el mecanismo procesal que utilizó el Juzgador debió haber sido distinto, su proceder no vulneró derecho o garantía fundamental alguna, por lo que pensar en la nulidad ahora en casación, constituye un apartamiento de los principios a los que se ha hecho referencia, y acceder a ello, en criterio de esta Delegada, es desechar de plano el derecho sustancial” (fs. 22).

C. Por la vía de la causal primera de casación prevista en el artículo 220 del C. P. P., en el sentido de violación directa de la ley sustancial, el actor dispone un cargo por el no reconocimiento de la diminuyente punitiva por estado de ira e intenso dolor (art. 60 C. P.). Según el criterio de la Procuraduría, si la apelación de la sentencia anticipada está circunscrita a los temas señalados en el artículo 37B del Estatuto Procesal Penal, entonces carece el impugnante de interés para venir a controvertir en sede de casación lo que le está vedado en las instancias.

De otra parte, si la voluntad del procesado quedó inmersa en la aceptación del cargo tal como se le formula, sin atenuantes, sería contrario a la esencia del instituto de la terminación anticipada propiciar en casación una discusión sobre aquello que ya fue objeto de asentimiento, salvo lo relativo a los puntuales aspectos de la dosificación de la

pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la condena para el pago de perjuicios, y la extinción del dominio sobre bienes.

No obstante lo anterior, dice la Delegada, si la atenuante por ira está justificada por un comportamiento agresivo e injusto de la víctima, jamás podría entenderse en este caso que el abandono del hogar por una mujer sometida a vejámenes y agresiones, actitud que se estima legítima de ese modo, a la vez pueda ser considerado como motivo suficiente para desatar una ira justificada.

D. El otro cargo por violación directa, según lo observa el Procurador, parte de una confusión del casacionista sobre los conceptos de flagrancia y captura en flagrancia; de tal manera que para él, solamente el segundo impide la rebaja punitiva, de conformidad con el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal. Sin embargo, desconoce el actor que para la activación de dicho impedimento basta el estado de flagrancia, el cual se traduce en la plena identificación o individualización del sujeto activo de la conducta delictiva, y respecto de quien, por existir dichos elementos de juicio para deducir que fue él y no otro el realizador, se vuelve intrascendente, en punto a la reducción de pena, que confiese el hecho delictivo o no lo haga.

Como el criterio explicitado por la Delegada es que no puede prosperar ninguno de los cuatro cargos propuestos, finalmente le sugiere a la Corte que no case la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Se han ensayado dos cargos por la vía de la causal tercera de casación y la respuesta de la Corte es la siguiente:

1. PRIMER CARGO

En la diligencia de indagatoria que recibió el Juzgado Setenta y Cuatro Penal Municipal de esta ciudad, la titular del despacho designó como defensor de oficio al ciudadano Ancízar López Torres, de quien se deja la constancia expresa en el mismo acto que es un estudiante adscrito al Consultorio Jurídico de la Corporación Universitaria Autónoma de Colombia (fs. 14). Las exigencias legales son escrupulosas en relación con el funcionamiento de los consultorios jurídicos y la preparación de los estudiantes que desde allí realizan sus prácticas de iniciación, con el fin de inducir responsabilidad y garantizar la mejor defensa técnica de los procesados, lo cual hace aconsejable que recurrentemente se produzca la comunicación escrita de la universidad para mantener actualizados tales requerimientos de idoneidad (Decretos 196 de 1971, art. 30 y 765 de 1977). Sin embargo, dicha certificación del centro educativo sobre la vinculación del practicante, aunque siempre es la deseable, no puede considerarse como una solemnidad prevalente sin otro sentido que la mera forma, pues distintos medios idóneos y de lícito origen (como la constancia autorizada de un juez que no exterioriza motivos para mentir en este asunto) pueden poner a salvo los fines sociales proyectados en la institución del consultorio jurídico.

Si el actor buscaba un error protuberante que lo habilitara en sede de casación, el camino correcto sería demostrar con prueba apta que quien fue reputado por la juez como estudiante de consultorio jurídico, en realidad no lo era, pues, entretanto, las formalidades de la diligencia de indagatoria se presumen cumplidas tal como aparecen en la respectiva acta.

De otra parte, en la diligencia de indagatoria se designó como defensor de oficio al estudiante de consultorio jurídico y a la vez ciudadano honorable, calidad ésta que le bastaba para atender el encargo, de conformidad con las voces del entonces vigente artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, dado que ese preciso acto se realizó el 24 de febrero de 1994. En efecto, el inciso 1º de la disposición citada, que habilitaba esta clase de asistencia profana sólo para la injurada, apenas fue declarado inexecutable por

medio de sentencia C-049 del 8 de febrero de 1996.

Aunque desde el comienzo de la vigencia de la Carta Constitucional de 1991, se sugería la abierta inconstitucionalidad del precepto en cuestión -aun en la motivación de algunos fallos de constitucionalidad y de tutela de la propia Corte Constitucional-, de cara al artículo 29 del ordenamiento superior, lo determinante es que la funcionaria, en uso del principio de independencia y autonomía judicial, habría aplicado una norma que se presumía constitucional antes de la declaración contraria del órgano competente. Mayor fuerza adquiere el argumento, si se advierte que la misma sentencia de constitucionalidad dejó vigente, aunque con algunas condiciones, el inciso 2° del artículo 148, precisamente referido a la actividad procesal de los estudiantes de consultorio jurídico.

2. SEGUNDO CARGO

Se solicita por el recurrente la nulidad a partir de la resolución de cierre de investigación, debido a que, negada injustificadamente la sentencia anticipada propuesta antes de la ejecutoria de dicha decisión, el Juzgado Cincuenta y Cinco Penal del Circuito debió invalidar tal negación, de la manera como lo hizo inicialmente en el auto del 26 de julio de 1994, y no acudir a una mixtura insoportable de procedimientos, como la que se propicia en el interlocutorio del 9 de agosto siguiente, tras una proposición salomónica del Procurador Judicial para que realizara la diligencia de terminación anticipada en el juicio, pero con el reconocimiento de una reducción de pena (1/3 parte) prevista para la etapa de la instrucción.

Para una apreciación integral de los actos procesales presuntamente generadores de nulidad, se hace necesario un examen gradual de la cuestión, así:

2.1 Oportunidad para solicitar la sentencia anticipada. De acuerdo con el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, tanto en su redacción original como en la que

posteriormente le dispensaron las Leyes 81 de 1993 y 365 de 1997, la primera oportunidad comprende el tramo desde la ejecutoria de la resolución que defina la situación jurídica “y hasta antes de que se cierre la investigación”.

Esta última expresión lingüística ha producido incertidumbre en su interpretación y se han debatido dos tesis en torno a la preclusión de esa primera oportunidad de sentencia anticipada. Una explicación propugna por el entendido de que basta el proferimiento de la resolución de cierre de investigación; mientras que el otro planteamiento entiende que el tiempo para pedir va hasta la ejecutoria del correspondiente proveído.

En decisión de tutela del 23 de enero de 1997, adoptada concretamente para negar el amparo pedido por presunta violación al debido proceso, la Sala optó en su motivación por la primera postura indicada, aunque la ratio decidendi de la negación se puso en la decantada regla de que dicho mecanismo constitucional no podía utilizarse para hacer prevalecer uno u otro criterio de interpretación de la ley en el desempeño de los funcionarios judiciales. Mas ahora, en sede de casación y acorde con el señalado fin legal de la unificación jurisprudencial, la Corte recoge ese primer criterio en favor del segundo, y fundamenta el cambio en las siguientes premisas:

De verdad que la emisión lingüística no es afortunada, pues gramaticalmente el enunciado “antes de que se cierre la investigación” puede entenderse como un momento precedente a la declaración de clausura, que jurídicamente se hace por medio de una resolución de sustanciación notificable, o un momento antecedente a la consumación del hecho jurídico del cierre de instrucción. Esta ambigüedad subsistirá textualmente, porque la enunciación legislativa no se refirió, por ejemplo, al “hasta antes de que se dicte la resolución de cierre de investigación” o al “hasta la ejecutoria de la resolución de cierre de investigación”.

De modo que, si no es seguro el argumento de la racionalidad lingüística, será necesario producir razones adicionales, y así:

De acuerdo con el artículo 30 del Código Civil, “el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”. Esta técnica de interpretación se conoce en la teoría de la argumentación jurídica como racionalidad jurídico-formal o sistemática, en el sentido de que el entendimiento de la norma interpretada debe respetar los criterios de forma y contenido del ordenamiento jurídico, pues sólo de esta manera se integra armónicamente en el mismo. Además, dicho requerimiento de sistematicidad se vuelve más imperativo frente al texto del artículo 28 del Código Civil, según el cual, las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, pero, si el legislador las ha definido expresamente para ciertas materias, ha de estarse a su significado legal.

De la norma y el método de interpretación antes expuestos, se infiere que una exigencia fundamental de la interpretación jurídica, como paso previo a su aplicación, es la de la preservación de la unidad o carácter sistemático del ordenamiento jurídico. Por ello, la expresión “antes de que se cierre la investigación”, no puede entenderse como escuetamente la dispone el artículo 37 del C. de P. P., sino que es necesario precisarla conforme con las definiciones y matizaciones que de la figura se hacen bien sólo dentro de la ley de procedimiento penal ora dentro del resto de reglas y principios del ordenamiento jurídico y, en especial, de las normas constitucionales.

Así entonces, para precisar el “antes”, como momento que precede ese algo que se discute, previamente debe saberse cuándo se entiende jurídicamente “cerrada la investigación”, no desde una perspectiva imaginada solamente a la luz del artículo 37 del C. de P. P., que no define el asunto y apenas lo tiene como punto de referencia para situar un plazo legal, sino desde la óptica más clara y directa de las siguientes normas:

Según lo dice el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, el cierre de la investigación jurídicamente se produce por medio de una providencia de sustanciación notificable personalmente, en contra de la cual sólo cabe el recurso de reposición, y que simplemente hace tal declaración y ordena que el expediente pase a despacho para calificar, previo traslado por ocho (8) días a las partes para que presenten sus alegaciones.

Ahora bien, de acuerdo con los artículos 196 y 197 del mismo ordenamiento procesal, las providencias quedan ejecutoriadas, es decir, en firme respecto de su contenido declarativo (cierre de investigación) y dispuestas para ejecutar lo que de ellas se deriva (traslado y calificación sumarial), cuando hayan transcurrido tres (3) días contados a partir de la última notificación, si no se han interpuesto recursos y no deban ser consultadas, o una vez se hayan decidido las impugnaciones. Esta disposición general se reitera en el referido artículo 438, cuando dice que el traslado a los sujetos procesales para alegar sólo “se ordenará” (sería más técnico decir “se cumplirá”), una vez “ejecutoriada la providencia de cierre de investigación”.

También el artículo 334 del Código de Procedimiento Civil, inmerso dentro del título del “efecto y ejecución de las providencias” dispone que sólo podrá exigirse la ejecución de las decisiones judiciales una vez ejecutoriadas.

Se concluye parcialmente que ese “antes” escrutado no se agota con la mera declaración de cierre de investigación, sino que se proyecta hasta la ejecutoria de la respectiva providencia. Aunque se pensara, en gracia de discusión, que el genuino querer de los redactores de la ley se orientaba a sellar la oportunidad con el sólo proferimiento de la resolución, lo cierto es que no fue eso lo que expresaron claramente en el texto normativo, y por ello se impone esta suerte de interpretación contextual o sistemática que, frente a la ambigüedad de la letra de la ley, es el único método que suministra seguridad jurídica, uno de los valores fundamentales del Derecho

-aunque no el único-, en el sentido de que fijar como punto de llegada la ejecutoria de las resoluciones es algo que, no sólo por su sentido jurídico-sistemático sino también por su ambientación en la práctica judicial para otras instituciones, resulta más fácil de prever a los destinatarios de la norma.

Pero aquí no culminan las razones adicionales. Se verán otras:

La racionalidad teleológica de la norma del artículo 37 del C. P. P. enseña que la creación del instituto de la sentencia anticipada obedece al propósito racional de economizar jurisdicción en asuntos relativamente fáciles, con el fin de alistarla y concentrarla para casos difíciles o para dedicarla más ágilmente a un abundante número de procesos pendientes de solución y que significan impunidad latente. Estos objetivos sociales estarían más limitados con la interpretación que para la Corte no puede prosperar, por contener una restricción del plazo que ni siquiera se aviene con el contexto legal; en cambio, aquéllos tendrían más posibilidades de desarrollo en la significación normativa que aquí se avala. Y la eficiencia de la norma, entendida como el logro de ciertos objetivos sociales, obviamente no puede ser ajena a la interpretación y aplicación del derecho.

Y si la discusión se centra desde la perspectiva del procesado que, merced a su allanamiento para aceptar responsabilidad, se hace merecedor a una reducción de pena, la conclusión no podría ser distinta, pues, por obra de una interpretación segmentada de la ambivalente expresión lingüística, se le estaría negando una oportunidad de participar más activamente (como sujeto y no como objeto) en las decisiones que lo afectan (art. 2° Const. Pol.) y, por la misma vía, la posibilidad de una significativa rebaja en la sanción que pueda llegar a imponérsele.

De modo que, involucrada en los anteriores niveles de interpretación, aparece la idea de la racionalidad ética, como último peldaño también favorable a la postura

hermenéutica que se ha asumido, pues valores como la seguridad jurídica, la eficacia y la eficiencia social de las normas y el derecho participativo (menos impositivo), de verdad justifican los fines sociales perseguidos que se potencian mayormente si se acepta la dimensión de la oportunidad que se ha propuesto.

Pero claro, algún tropiezo aparente puede advertirse en la práctica judicial como consecuencia de la tesis respaldada, pues, según lo dispone el inciso 2° del artículo 37 examinado, “hecha la solicitud, el fiscal, si lo considera necesario, podrá ampliar la indagatoria y practicar pruebas dentro de un plazo máximo de ocho (8) días”, propósito que no será posible conseguir en los casos en que ya se ha dictado la resolución de cierre de investigación, aunque no esté ejecutoriada (argumento consecuencialista). Inclusive, se explica por los mentores de la posición contraria, que esa posibilidad explícita de continuar la instrucción, después de la solicitud de sentencia anticipada, constituye una evidencia de la intención legislativa de cerrar el plazo con el solo dictado de la resolución de cierre de investigación.

En abstracto y formalmente, el argumento aparece correcto, pero, amén de su soledad y de la subordinación del elemento lógico-subjetivo en la tarea hermenéutica, desde el punto de vista de una justificación material, todo resulta falaz porque dicha previsión legislativa que se hizo para proteger la dirección de las investigaciones potencialmente eficaces pero que aún estaban en ciernes, con el fin de evitar la manipulación de la verdad cuando las averiguaciones apenas comienzan, no entraña ningún obstáculo a la tesis interpretativa propuesta, pues tal necesidad de prueba indudablemente no se tendrá en aquellas investigaciones en las que el fiscal ya haya dictado la resolución de cierre, inequívoca señal de que cuenta con la prueba necesaria para calificar o de que ha vencido el término de instrucción, de cara a las condiciones que fija el artículo 438 para poder adoptar una decisión de tal naturaleza (prueba necesaria).

2.2 Examen de la nulidad. El segundo paso consiste en determinar si la

negación de la solicitud de sentencia anticipada, cuando se introduce dentro del término legal, constituye causal de nulidad.

La sentencia anticipada y la audiencia especial son ritos alternativos especiales, que significan un abandono del procedimiento ordinario, en pro de loables fines de economía procesal, descongestión del aparato de la justicia y agilización del respectivo proceso. De modo que, como lo proclamó Carrara, sería un enorme engaño a la sociedad que el legislador se ocupara de regular todo un procedimiento especial, si, a la vez, no se prevé una consecuencia para su desconocimiento injustificado, pues, en tal caso, la eficacia del rito no depende del cumplimiento de esas imperativas reglas sino del gusto de los funcionarios judiciales. Así entonces, satisfechos por el peticionario los requisitos de admisibilidad y procedibilidad de la sentencia anticipada o de la audiencia especial, el debido proceso constitucionalmente prescrito ya no será el ordinario sino el que disponen los artículos 37 y 37A del Código de Procedimiento Penal, máxime que la regulación de la primera figura fue hallada conforme con dicha garantía fundamental por la Corte Constitucional, según se decidió en la sentencia de constitucionalidad C-425 del 12 de septiembre de 1996, cuya ponencia presentó el magistrado Carlos Gaviria Díaz.

De acuerdo con el artículo 29 de la [Constitución Política](#), toda persona tiene derecho a un debido proceso público y “sin dilaciones injustificadas”, con más veras si el interesado lo propicia con su propia voluntad y actividad (sentencia anticipada), razón por la cual, aunque se adelante una actuación plena en etapas y formalidades, una vez cumplidos los presupuestos del rito especial, negarlo y continuar el procedimiento ordinario comporta una “dilación injustificada”. Se palpa en nuestro medio una especie de superstición judicial consistente en que a mayor dilación en el procedimiento mayor oportunidad de defensa, pero ocurre que el proceso de sentencia anticipada, si proviene de una voluntad clara del procesado (y ello hace parte del control de los funcionarios judiciales), es la mejor opción de defensa libremente escogida por él (no

impuesta por el funcionario), máxime que tal actitud, si se concreta, le representa una significativa rebaja de pena.

Pretender que la mejor defensa es la que propugna a cualquier precio por la absolució, aun en contravía de la más comprometedor evidenciaci procesal, no es más que un mal hábito lamentablemente consolidado en el pensamiento de algunos abogados. La procuraci6n sincera y sensata de aminorantes del juicio de reproche o de la pena, sobre todo cuando se hace oportunamente, puede dibujar mejores perfiles de defensa que un empecinamiento engañoso y con ínfulas de habilidad jurídica no procedente en el caso.

Lo que en frase tradicional se conoce como “pronta y cumplida justicia”, o proceso rápido, según la dogmática procesal, es un derecho fundamental que realizado protege no sólo a la sociedad sino también a la persona que está sub judice. Este valor de la celeridad, lo mismo que los de la participaci6n democrática, defensa auténtica e igualdad de oportunidades, que hacen parte del debido proceso penal en línea constitucional, se ven afectados cuando se niega injustificadamente la opci6n de sentencia anticipada y, en consecuencia, la decisi6n que así lo haga estará afectada de nulidad (Const. Pol, art. 29; Ley 74 de 1968, art. 14; y Ley 16 de 1972, art. 8°).

Mas, tal como sugiere el Ministerio Público, la prevista nulidad habrá de examinarse sin perjuicio de la soluci6n menos traumática para los objetivos del proceso penal, pues así se desprende de variados principios que rigen la instituci6n. Se verá lo siguiente:

De acuerdo con el postulado de la instrumentalidad de las formas (art. 308-1), no habrá lugar a la nulidad si se ha cumplido la finalidad para la cual estaba destinado el acto y, como se sabe, por obra del auto del 9 de agosto de 1994, no sólo se llevó a cabo la diligencia de sentencia anticipada antes pretendida, sino que finalmente se le reconoció al procesado la rebaja de pena que le correspondía como si el rito se hubiera

cumplido en el momento en que fue solicitado por la parte afectada con la negación precedente (fs. 145).

No puede menospreciarse, además, que la Fiscalía hizo una lectura integral de la resolución acusatoria en el acto de sentencia anticipada; que dejó constancia de las limitaciones que la diligencia le ponía al debate; y, si también se recuerda, que ni el procesado ni el defensor hicieron objeciones a la hora de intervenir en la diligencia de sentencia anticipada, a pesar de que a los dos se les concedió el uso de la palabra (fs. 154). De modo que, por efecto del principio de protección (art. 308-3), le está vedado a los sujetos procesales alegar nulidad respecto de actos irregulares en los cuales hayan puesto su voluntad y participación, a menos que se aluda a la falta de defensa técnica. Aquí no importa el cambio en la persona del defensor, pues el último profesional siempre asumirá el encargo en el estado en que se encuentre el proceso, conforme con la dinámica progresiva y altamente integrada del proceso penal, salvo que haya necesidad de regresarlo por la aún no demostrada causal de nulidad.

También marca su influencia en este asunto el principio de trascendencia, conforme con el cual quien reivindique la nulidad tiene el deber de demostrar que la irregularidad sustancial afecta las garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento (art. 308-2). En efecto, la alternatividad que ofrece el legislador no choca lógicamente con el criterio de que si el acto o la decisión que se tildan de irregulares vinculan o afectan relevantemente la situación de una sola parte (procesado y defensor, por ejemplo), siempre se genera para ésta la obligación de demostrar el perjuicio inferido, a pesar de que simultáneamente se pruebe el desajuste radical en los momentos básicos del proceso.

En este caso, la solución adoptada finalmente por el juzgado, por el contrario, fue beneficiosa para los intereses del procesado y la defensa, no sólo porque se llevó a cabo el acto del cual se había privado injustificadamente al primero y se le abrió así la

posibilidad de una rebaja de pena, sino también porque ésta se tasó como si las cosas hubieran ocurrido para la ocasión en que se hizo el pedimento, oportunidad en la cual se negó la sustanciación propia del instituto, no por causa atribuible al procesado, sino del instructor que anticipó su momento preclusivo.

Y en cuanto a la presunta desintegración de las bases del procedimiento, no se advierte de tal entidad el efecto de la irregularidad, porque el juzgado no se inventó el procedimiento especial, si se tiene en cuenta que la sentencia anticipada es un rito cuya procedencia se regula tanto para la fase de la instrucción como en la del juzgamiento. Ahora bien, el reconocimiento de una reducción de la tercera parte de la pena, en lugar de la sexta parte que era la procedente en ese entonces para la etapa del juicio, no sería un error de procedimiento (in procedendo) sino del mérito de la decisión final y concerniente a la aplicación del derecho (in iudicando), pues, si se recuerda la letra de los incisos 4° y 5° del artículo 37 del C. P. P., la disminución de pena la hace el juez en la sentencia, después de que ha declarado la ausencia de violación de garantías fundamentales. Por ello, si la situación hubiese sido otra, esto es, si no obstante haber solicitado oportunamente la sentencia anticipada en el sumario ésta sólo se realiza en el juicio con la rebaja de pena correspondiente a este último momento procesal, la solución tanto en sede de apelación como de casación no sería la nulidad del fallo sino su corrección para ajustar la pena de acuerdo con la reducción autorizada para la oportunidad inicialmente rechazada.

Por lo demás, en el caso específico, esa mezcla de la proporción reductora de pena como consecuencia de la diligencia -que no de procedimientos-, no sería mas que una manera de reconocer un error como conducta propia de los órganos del Estado de Derecho, loable interpretación de los hechos y de las normas que, dentro de límites razonables, no sólo no erosiona la autoridad de la ley y los tribunales, sino que en ocasiones pone a salvo su legitimidad (C. P. P., art. 13). En fin, la solución no fue la más ortodoxa, como lo reconoce el Ministerio Público, pero por sus propósitos logrados y

la no palpable irrazonabilidad del procedimiento adoptado, se puede decir que, si por principio el legislador comprende las irregularidades sustanciales con tal de que no sean trascendentes en los términos del artículo 308-2 citado, el entendimiento concreto de la juez cabe dentro dicha hipótesis conductual y normativa.

1. TERCER CARGO

Por la vía de la violación directa de la norma sustancial (causal primera), se observa por el demandante que el fallador dejó de aplicar del artículo 60 del Código Penal, a pesar de que estaban dados los presupuestos de la atenuante por ira e intenso dolor.

A esta censura se responde, en primer lugar, que por tratarse de una sentencia anticipada, el actor carece de interés jurídico para recurrir por el presunto desconocimiento de la ira como factor aminorante del juicio de culpabilidad y de la pena. En efecto, basta mirar el acta correspondiente para verificar que se hizo una lectura completa de la resolución de acusación, decisorio este que no reconoce la proclamada atemperante, y a continuación se inserta la siguiente respuesta del procesado: “sí acepto los cargos, igualmente, la responsabilidad que ellos conllevan” (fs. 154).

Por mandato del artículo 37B del C. de P. P., para el procesado y su defensor la sentencia anticipada sólo es “apelable” respecto de la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, y la extinción del dominio sobre bienes. Esta limitación en la materia del recurso de apelación se impone para preservar la estructura misma del rito especial, pues, si se permite en esa oportunidad una discusión del cargo o de una atenuante descartada en la diligencia, sería propiciar una desestabilizadora retractación de lo aceptado, sin perjuicio obviamente de reclamar la

nulidad por violación de garantías fundamentales. Aunque la norma sólo se refiere a restricciones en la apelación, es claro que si el recurso de casación recae sobre el fallo de segunda instancia y éste, por obra de la limitante no podía pronunciarse en relación con aspectos distintos a los antes señalados, resulta también patente, por sustracción de materia, que la Corte no podrá ocuparse de lo que legalmente estaba vedado al tribunal (C. P. P., art. 218).

Esta carencia de interés jurídico para recurrir, que se erige en presupuesto procesal de la demanda en forma, ha sido resaltada por la Sala en las decisiones del 4 de marzo y 16 de octubre de 1996, 5 de junio, 2 de agosto y 29 de agosto de 1997, entre otras.

En segundo lugar, el recurrente insinúa que se desconocieron las pruebas que revelan el estado emocional del procesado (indagatoria e instructiva de la lesionada), lo cual pone las cosas camino a la violación indirecta de la ley sustancial, en franca contradicción con su primigenia posición que supone que no hay discusión sobre hechos fundantes y las pruebas demostrativas de la atemperante (fs. 59 y 60).

De otro lado, la argumentación sobre el surgimiento de la atenuante sería insuficiente, pues nótese que el actor se dedicó a resaltar la existencia de un estado emocional en la conducta de su prohijado (consecuencia), pero jamás se ocupó de la provocación grave e injusta de parte de la víctima, como causa generadora de la tempestad emotiva y verdaderamente justificante de la aminorante de pena, al tenor del artículo 60 del Código Penal (fs. 59, 60, 62 y 63).

1. CUARTO CARGO

Por la misma ruta de la violación directa, se pretende la regresión parcial de la sentencia, merced a la interpretación errónea del artículo 299 del Código de

Procedimiento Penal, pues en el caso falla la flagrancia por ausencia de captura del sindicado, quien solamente fue sometido a una vigilancia adoptada motu proprio por la policía. Además, dice el actor, no se dio en la conducta del procesado ese actuar a escondidas que daría lugar al sorprendimiento propio de la flagrancia.

Desde la sentencia del 1° de diciembre de 1987, la Corte ha dicho que involucrar la captura dentro del concepto de flagrancia es confundir la causa con el efecto, “ya que cuando el hecho se realiza en flagrancia es posible la captura de facto del partícipe por cualquier persona sin que sea preciso orden de autoridad competente con el lleno de los requisitos legales, de donde se desprende que no es lógico atar la captura que es una consecuencia de la flagrancia a la flagrancia misma”. Sobre todo, se agrega, porque la sistemática misma del Procedimiento Penal permite la distinción entre la flagrancia como evidencia procesal y la captura en flagrancia como su consecuencia, según lo disponían los artículos 301, 393, 394 y 474 del estatuto procesal expedido en el año de 1987, y lo reiteran ahora los artículos 299, 370 y 371 del ordenamiento vigente sobre la materia.

En el mismo fallo invocado, en relación con el concepto de sorprendimiento, se dijo lo siguiente:

“Otros pretenden que sólo existe flagrancia cuando la conducta del delincuente se ubica dentro de un comportamiento sinuoso, escondido, que al ser visto o descubierto genera para él un estado de sorpresa; apoyan su tesis quienes esto sostienen, en la misma expresión legal que habla de que la persona es sorprendida en el momento de cometer el hecho punible, o es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas del mismo.

“De este criterio se disiente por cuanto subjetiviza la noción de flagrancia haciéndola depender más del ánimo y de la particular forma de actuar del autor del hecho, que de la realidad objetiva y además porque restringe innecesariamente la aplicación procesal

del fenómeno. Así, si nos atuviésemos a tal criterio, el homicidio cometido en un establecimiento público y ante la mirada atónita de varias personas, no sería este un hecho punible cometido en flagrancia, porque el autor no pretendía ocultar el hecho y su actuación desembozada impide el surgimiento de la idea de ser sorprendido. Pero además, la prueba incontrastable de que éste es como sostenemos nosotros un ejemplo clásico de flagrancia, radica en la hipótesis de que si cualquiera de los allí presentes capturare al autor y lo condujere ante la autoridad competente, tal comportamiento según la tesis que niega la flagrancia del hecho sería ilegal, pues para lograrla se requeriría de orden judicial conforme a los requisitos legales, lo cual sería totalmente ilógico en el caso planteado”.

Por ello, a partir del fallo mencionado, cuya ponencia estuvo a cargo del magistrado Rodolfo Mantilla Jácome, y en un curso doctrinario que pasa por la sentencia del 9 de septiembre de 1993 (Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda) y ha llegado hasta la del 19 de agosto de 1997 (Jorge Enrique Córdoba Poveda), la Sala por mayoría ha sostenido que la configuración jurídica de la flagrancia exige dos requisitos: “uno de carácter objetivo-temporal que es la actualidad, esto es, que una o varias personas, entre las que puede estar la víctima, se encuentren presentes en el momento de la comisión del reato o instantes después y se percaten de él; y otro de naturaleza personal que consiste en la identificación o, por lo menos, la individualización del autor o partícipe”.

Como no se requiere la captura para caracterizar la flagrancia y tampoco el fenómeno procesal está matizado por una actuación a hurtadillas del realizador del hecho delictivo, resulta infructuoso pretender desfigurar la negación de la redención de pena sólo por el resalto de dichas ausencias.

Ahora bien, en cuanto concierne a la trascendencia de la confesión, que no obstante la flagrancia quiere reivindicar el demandante, la Corte reitera que la relación

entre flagrancia y confesión, elaborada no en el sentido negativo que la trae el texto del artículo 299, sino el sentido positivo que implica la finalidad del mismo texto, consiste en que la primera debe ser tan autosuficiente que diluya el valor de la segunda.

El artículo 299 parece situar en un plano de repulsa la flagrancia y la confesión, tal vez porque comprobada la primera entonces resultaría inútil la segunda. Como las dos expresiones procesales facilitarían enormemente la tarea probatoria, no sería justo premiar el oportunismo del procesado que, encerrado por la evidencia, se decide a confesar así sea en su primera versión, con el fin de que el pretexto le sirva para una rebaja de pena.

Sin embargo, más allá de la justificación formal de la norma, es necesario avanzar en el campo de aplicación de ambas figuras procesales (justificación material), en relación con cada caso concreto, para ver de comprobar si pervive o desaparece el rechazo mutuo. Por tanto, ante la realidad de la concurrencia de flagrancia y confesión, la negación de la diminuyente de pena del artículo 299 sólo estaría justificada cuando son fundamentalmente coincidentes los ámbitos de demostración de ambos elementos de prueba; es decir, cuando la primera absorbe enteramente a la segunda, o por lo menos la contiene en los aspectos que fundamentan la responsabilidad. Pero si la confesión se yergue sobre la flagrancia, con el fin de aportar datos que la naturaleza y potencia probatoria de ésta no alcanza, y que en todo caso son determinantes para un juicio de responsabilidad, no habría ninguna oposición entre los dos elementos de convicción tanto desde el punto de vista de lo cognitivo como de lo valorativo.

Esta interpretación ya ha sido sugerida por la Sala en las siguientes decisiones:

En casación del 18 de mayo de 1990, con ponencia del magistrado Gustavo Gómez Velásquez, se expresó:

“Pero cabe agregar que, aun dentro de un sistema en el cual se considere como situaciones

repelentes la flagrancia y la confesión, es dable atemperar el rigor de esta tesis, señalando que el gravamen de la flagrancia solo debe alcanzar lo que ella misma cubre, esto es, lo que ella establece por sí, porque todo aquello que a la misma escapa y se demuestra mediante la confesión debe atraer los beneficios de atenuación previstos por la ley. En este orden de ideas si a Juan y a Pedro se les sorprende en la comisión de un delito y la norma aplicable a los fines de la comentada diminuyente hace inconciliables confesión y flagrancia, obviamente que esta restricción opera en cuanto a los aspectos comunes para la confesión y la flagrancia, pero no a aquellas informaciones que esclarezcan lo que esta última no ha logrado revelar, o a lo que la primera aporte como valioso medio para la ejecución de capturas, o a la determinación de otros partícipes que no pudieron o no podían ser sorprendidos en la ejecución del delito. Estos eventos, así se rocen con la flagrancia, no están excluidos del analizado beneficio.

“No está por demás anotar que, dándose un fenómeno de flagrancia, el juzgador, a los fines de conceder una diminuyente de pena, debe ser más exigente que en aquellos casos en los cuales no media esta circunstancia. Esto resulta lógico porque en el primer evento se cuenta con elementos adecuados de conocimiento que deben ser superados en importancia, precisión y claridad por el confesante, al paso que en el segundo es dable atribuir más generosamente consecuencias efectivas a precarias o relativas manifestaciones del procesado que por la escasez de medios de prueba, orientan y permiten el éxito de la investigación o revelan la personalidad del delincuente...”.

En fallo del 29 de septiembre de 1993, cuya ponencia correspondió al magistrado Guillermo Duque Ruiz, se dijo:

“A lo anterior, suficiente de por sí para rechazar el cargo, agréguese que para la Sala sigue siendo indispensable que la confesión sea fundamento de la condena, así el nuevo texto legal (art. 299) no lo mencione expresamente, porque sólo de esta manera es entendible y justa la rebaja de pena que en él se consagra. Interpretarlo de otra forma,

sería otorgar un beneficio gratuito, sólo porque se confesó cuando ello no era necesario, pues obraban otras pruebas, distintas de la confesión, que permitían afirmar, sin dudas, la responsabilidad del procesado.

“Por esta misma razón, inutilidad de la confesión, el legislador pone como exigencia para el otorgamiento de la rebaja de pena, que no se trate de ‘casos de flagrancia’, porque precisamente en estos eventos, ante el conocimiento que del hecho y de su autor tienen las personas que lo han presenciado, la confesión es de casi ninguna utilidad para la investigación, porque de antemano el instructor ya conoce lo que a través de éste se le ha comunicado...”.

“Mas a lo anterior estima la Sala que debe hacérsele una consideración adicional: si el juez para proferir su condena, no podía de ninguna manera prescindir por completo de la confesión, no es posible negar que ésta sirvió de fundamento a la sentencia y que por tanto fue de decisiva utilidad para la justicia, que sin ella no habría podido condenarlo...” (Se ha subrayado).

En otro tanto de decisiones se ha descartado la rebaja de pena por confesión en caso de flagrancia, aupado el criterio por la justificación de que en tales circunstancias aquella sería “perfectamente intrascendente” o “resulta ineficaz” o “no constituye ningún aporte a la agilidad de la investigación”.

En este caso concreto se está ante dicha realidad. Para la mayoría de la Sala los elementos de juicio con que habría de contar el proceso, aún suprimiendo hipotéticamente la confesión del acusado, eran contundentes frente al hecho, sus circunstancias y la forma de culpabilidad – dolosa – que se dedujo en su contra. Ningún camino allanaba, entonces, la aceptación que de la autoría de los hechos hizo Molina Hernández, la misma que, dígame de paso, tampoco apareció tan clara, transparente o categórica, como para pensar que éste fue un evento de aquellos en que sus propias

manifestaciones iban más allá de lo que la flagrantia cubría, como se destaca en el antecedente jurisprudencial de Mayo de 1990.

En efecto, el hecho delictivo no solamente se perpetró de manera tal que la propia víctima estuvo en condiciones de identificar al autor y revelar las intenciones de acabar con su vida, sino que además, los más inmediatos momentos fueron advertidos por personas que habitaban en el mismo lugar como María Preselia Reyes de Roncancio y María Cristina Gómez Chavez (fls 63 y 65) quienes en particular señalan respecto de lo que estuvieron en capacidad de percibir lo siguiente :

“...yo estaba en el lavadero lavando, entonces fué cuando la señora Alcira salió a la puerta y me dijo Señora María, señora María, una ambulancia, yo le dije a mi nuera , qué pasó, qué pasó, yo me quedé tieza (sic) yo abría la puerta y ella estaba tirada al pié de la puerta seguro se cayó, , ella me decía no me deje morir, yo le dije no señora Alcira yo no la puedo levantar, , ni la puedo tocar, entonces don Pablo estaba contra la cama allá acostado, clavado de cabeza, yo le dije hola don Pablo por qué hizo esto con esa pobre muchacha, el no chistaba, él no contestaba nada, entonces fué cuando le dije don Pablo por qué no se levanta y mora (sic) haber donde puede llevar esta pobre señora, él no me contestaba nada, seguía allá acostado , entonces como él no me contestaba, yo le dije hola don Pablo no sea tan desgraciado, levántese haber (sic) dónde la va a llevar, pero él al fin se paró, la levantó y la sacó para afuera, y ya de ahí no doy más razón...” (M.P. Reyes, fl 63)

Y la nuera de ésta, María Cristina Gómez, expresó :

“Ese día yo salía de la pieza donde yo vivo, salía a bañarme, cuando yo ví que Alcira salía de la pieza de ella y salió gritando, diciendo señora María por favor llame una ambulancia, nosotras nos fuimos con mi suegra haber (sic) qué pasaba, yo le vía la camisa toda llena de sangre, ella se salió y quedó ahí tirada, yo pensé que estaba muerta,

este muchacho Pablo estaba allá tirado al pié de la cama, él me dijo que llamara una ambulancia, yo le dije que por qué había matado a Alcira, porque creí que estaba muerta, él me dijo que llamara una ambulancia porque él también estaba herido, pero entonces como mi suegra le dijo a él que por qué había hecho eso con Alcira, él se paró a llamar a la mamá, llamó a la mamá y le dijo que él había matado a Alcira y él gritaba mucho...(fl 65)

“...Alcira llegó como de una a una y media y se encerraron en la pieza, pero solamente se escuchaba música, ellos tenían la grabadora prendida, de pronto fué cuando ella salió gritando que llamaran una ambulancia que estaba herida que Pablo la había apuñaleado.” (fl 66)

“... Olía mucho a cigarrillo, el cuchillo estaba al lado de los piés de Pablo, el cuchillo no tenía ni sangre ni nada, se veía negro en la punta, Pablo estaba tirado al lado de los piés de la cama...” (Ib.)

“... las que nos dimos cuenta fue (sic) mi suegra y yo.-yo llamé a Olga y le dije mire que Pablo apuñaleó a Alcira y ella salió corriendo a llamar un carro, ella corría y corría buscando un carro” (Ib.)

Si a éstas citas, que por sí mismas acreditan con claridad meridiana la situación de evidencia en que fué hallado el procesado, se agrega todo aquello que estaba en capacidad de aportar a la investigación la propia víctima (no solo frente al desarrollo de los hechos sino además sobre su comportamiento violento y las amenazas de muerte que le hizo antecedente y coetáneamente) y la circunstancia de que el tipo de arma, el número de heridas, la ubicación de éstas (regiones pectoral izquierda y derecha, abdominal media y flanco izquierdo) y su gravísima naturaleza (Cirugía: Toracostomía cerrada – Laparotomía por dos heridas en yeyuno- herida de mesenterio, mesocolon, herida polo inferior riñón derecho) no permitirían dudar razonablemente de la inconfutable intención

de matar, se comprenderá cómo la aceptación de los hechos por parte de Molina Hernández resultaba inane frente a la contundente condición de flagrancia en que fué sorprendido y que, por tanto, su situación no es en manera alguna de corte parecido a aquellas a las cuales se ha referido la jurisprudencia de la Sala como habilitantes del reconocimiento del beneficio de la confesión en caso de flagrancia.

Ahora bien, el procesado, ante la pregunta por el propósito que le acompañaba, en una primera respuesta señala que quería “asustar” a su compañera y enseguida, ante otro interrogante que tiene mucho de sugestivo por la manera en que se formula y por contener al tiempo dos extremos o cuestionamientos, asiente la intención homicida. Así pues, preguntado inmediatamente después de afirmar que buscaba “asustar” a la víctima, “Ud en algún momento pensó en acabar con la vida de su compañera y la suya propia? Contestó : “Si”; para más adelante, en pregunta abierta del siguiente tenor : “Díganos por qué motivo decide usted herir a su compañera?” , contestar: “ No lo sé”. Tal vez por eso mismo la defensa, luego de intentar fallidamente que se incline la prueba hacia una conducta patológica, comienza las consideraciones precalificadoras aduciendo que “la confesión que obra en el folio 16 es una confesión cualificada, en el sentido de que el procesado EN NINGUN MOMENTO ACEPTA EN FORMA CLARA Y TRANSPARENTE SU RESPONSABILIDAD (mayúsculas fuera del texto) sino que se observa allí un estado de trastorno mental transitorio sin secuelas, quitándole así piso a los fundamentos del artículo 441 del Código de Procedimiento Penal” (fl 91)

De ahí que resulte para la mayoría improcedente el cargo que se responde. La confesión, como aceptación de los hechos, era muy poco, o nada, ante la fuerza de las circunstancias en que fué sorprendido Molina, por su víctima y los testigos, al momento de realizar el hecho. Más cercana a una actitud explicable en él frente a las características de su personalidad (“actividad manipuladora”, “afecto lábil, con tendencia al llanto, superficial”, “inteligencia impresiona como promedio”, “trastorno de personalidad de tipo antisocial”) que a un comportamiento espontáneo, sincero, y

dirigido a allanar pasos en la instrucción, es el corte de su indagatoria. Pero, se repite, mirado en particular el contexto de la situación de sorprendimiento y la fuerza indiciaria de los vestigios materiales de la conducta misma, ninguna trascendencia tenía el texto de su versión judicial.

No cree la Sala que la errónea orientación dada en principio por la Policía al asunto (al remitir las diligencias como si se investigaran unas simples lesiones personales) o el cómodo expediente a que acudieron distintos funcionarios para terminar de afianzar la argumentación en algunas de las manifestaciones del imputado, resulten tan determinantes sobre la importancia de la confesión, como para diluir la situación concreta de flagrancia en este caso. Tampoco comparte las apreciaciones que, ensayando hipótesis que nunca sucedieron, buscan enaltecer y consolidar el valor de la pretendida confesión de Molina Hernández. Que podía empeñarse en sostener una legítima defensa; que la prueba del dolo podía ofrecer alguna dificultad dado que actuó “acicateado por una emoción violenta” y que “el desarraigo de ese ímpetu paradójico tocado de rabia y amor no dejaría definir fácilmente si el propósito era de matar o lesionar”, son razonamientos ciertamente respetables, pero insuficientes frente a la evidencia de los elementos ya largamente consignados, es decir, frente a la situación misma de sorprendimiento y a todas sus implicaciones.

El cargo no prospera.

Por lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

No casar la sentencia de fecha, origen y naturaleza indicadas en la motivación.

Cópiese y cúmplase.

JORGE ENRIQUE CÓRDOBA POVEDA

Salvamento parcial

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

Con salvamento parcial de voto

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

Con salvamento parcial de voto

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

DÍDIMO PAEZ VELANDIA

Con aclaración de voto

Salvo voto parcialmente

NILSON PINILLA PINILLA

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

Con salvamento parcial de voto

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Secretaria.

Proceso. 10397 Salvamento parcial de voto

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

No deja de ser paradójico que el ponente en este asunto resulte al tiempo salvando su voto; empero, como bien se sabe, mi disentimiento es sólo en el aspecto muy puntual de no haber accedido la mayoría de la Sala a la reducción de pena por la confesión del

sentenciado Molina Hernández, como lo proponía el único fragmento no acogido de la ponencia, luego de aceptar el marco teórico donde se reiteraba en forma abstracta pero bien explícita que dicho diminuyente de la sanción y el fenómeno de la flagrancia eran compatibles en algunos casos -como el que se resolvía en casación, según mi criterio, y de ahí la razón para haber desarrollado el tema en la ponencia- no empece la aparente antinomia que al respecto plantea el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal. Lastimosamente el esfuerzo por dar operancia a este importante planteamiento teórico de la Sala fue inane, quedando como un tema apenas propio de la retórica, expuesto a la logomaquia jurídica y en el mejor de los casos a la etérea cuando no estéril discusión académica.

Es que en verdad el caso del procesado Molina Hernández se subsumía perfectamente dentro de los parámetros que la Sala ha diseñado con la interpretación de la norma procesal, motivo suficiente para que se hubiera casado la sentencia en ese punto otorgando la rebaja de pena pertinente.

En efecto, la confesión del sentenciado se presentó en su primera versión y ella constituyó la piedra angular para que el proceso tomara el rumbo que llevó al proferimiento de una sentencia de condena, aportando datos que la naturaleza y potencia probatoria de la admitida flagrancia no podía alcanzar. La confesión, entonces, no sólo fue sincera como luego se pudo corroborar en los términos del artículo 297 del C. de P. Penal, sino que además fue oportuna y, lo más importante, eficaz y determinante para la realización de la justicia, connotación esta que interpreta la ratio legis del mecanismo reductor de pena desestimado por la mayoría de la Sala.

Nótese que desde los primeros momentos de la intervención policial, el imputado admitió el móvil de su actuación violenta, cual es el intempestuoso amor a su compañera y el frágil pensamiento de no poder soportar el abandono propiciado por sus antecedentes conductas agresivas, y así, descontrolado por el alimento voluntario de su propia

personalidad sociopática siquiátricamente diagnosticada, decide atentar seriamente no sólo en contra de la vida del ser objeto de sus tormentosos amores sino contra su propia existencia. La seriedad del atentado contra su propia vida se refleja en las zonas anatómicas que se autovulneró y en la reclusión hospitalaria por diez días.

El episodio sangriento ocurre en la intimidad de un cuarto que los protagonistas ocupan en arriendo, pero, en medio de la paradoja mental y los sentimientos encontrados del agresor, éste decide comunicarse telefónicamente con su propia familia, que vive cerca, para que le presten auxilio y salven a su compañera, así él fallezca.

La investigación comenzó en el Juzgado Setenta y Cuatro Penal Municipal, obviamente por lo que hasta ese momento mostraban las primeras diligencias, esto es, por lesiones personales, pero ante la paladina manifestación del imputado de que pensaba acabar con la vida de su compañera y con la propia, corroborada por la declaración de la víctima y las huellas materiales del delito, de una vez se remitió lo actuado a la Fiscalía bajo la hipótesis de una tentativa de homicidio.

Es así como el dolo homicida, en la sentencia de primera instancia, se dedujo así:

“Las anteriores probanzas reciben confirmación con la injurada rendida por el sindicado, que es similar versión a la expuesta por la perjudicada, pues las circunstancias modales, temporales y espaciales son idénticas, y lo que es aún más importante, confirma la determinación de cegar (sic) la vida de su pareja ante la inminencia de la separación.

En conclusión, el análisis conjunto de la prueba testimonial plural, la indagatoria y el dictamen pericial, permiten colegir que el causante de las lesiones que provocaron el resultado ya conocido, es la persona aquí vinculada como procesado, y quien aceptó los cargos que se le hicieron por haber cometido el hecho...” (Cuaderno original fls. 166, se ha resaltado).

Si el hecho sangriento en el cual aparecen los dos protagonistas lesionados fue apreciado por terceros sólo momentos después de ocurrido, dado que los más inmediatos vecinos ni siquiera escucharon ruidos ni gritos, es apenas obvio suponer la enorme dificultad probatoria que se hubiera proyectado en este caso si, por hipótesis, el imputado decide atribuir las heridas que exhibía a un ataque inicial de su compañera y, por esta misma vía, se empecina en alegar una legítima defensa. El esfuerzo investigativo y demostrativo de la fiscalía, a no dudarlo, hubiese sido más exigente por la necesidad de acopiar datos para inclinar la credibilidad hacia una de las dos versiones enfrentadas.

Igual dificultad probatoria se habría presentado para la demostración del dolo de matar, en lugar del mero propósito de lesionar inicialmente considerado por el Juzgado Penal Municipal que avocó el conocimiento de las diligencias, si no es porque el acusado lo confiesa abiertamente desde su primera versión. En efecto, si está determinado que el procesado actuó acicateado por una emoción violenta -así jurídicamente no le hubiese alcanzado para la atenuante-, lo cierto es que el desarraigo de ese ímpetu paradójico tocado de rabia y amor, no dejaría definir fácilmente si el propósito era el de eliminar a la víctima o solamente el de hacerle daño, caso en el cual acusarían alguna insuficiencia demostrativa meros factores de inducción como el número de heridas, su localización, la naturaleza del arma y la fuerza con que es empleada etc. No se olvide que cuando se actúa estimulado por la ira, bien se puede querer matar a la víctima o solamente lesionarla, y ahí sí, aunque el contenido del dolo no puede depender del mero resultado, éste, ante el hecho de haber sobrevivido la víctima, resultaría condicionando una definición por el evento más benigno al procesado.

Pero nada de esto se presentó gracias a la oportuna y sincera confesión del justiciable. Claro está que la flagrancia, en el momento de su materialización, facilitó la prueba del hecho supuestamente delictivo y la imputación física de la conducta al procesado, aspectos claramente configuradores de una tipicidad objetiva bien de lesiones personales ora de tentativa de homicidio, pero de ahí en adelante quedaban en vilo no sólo la

antijuridicidad del comportamiento (si el actor resolvía alegar una justificación que las circunstancias del caso le facilitaban), sino también el contenido de su culpabilidad (si se empeñaba en sostener que sólo quería lesionarla).

Así pues, la antijuridicidad del hecho y la culpabilidad del autor, como juicios de valor que descansan también en un proceso cognoscitivo, fueron ampliamente facilitadas en su prueba por la confesión y serias dificultades se hubiesen afrontado de contar sólo con las indicaciones de la flagrancia.

Pero estas consideraciones no hallaron eco en la Sala para llevar a la práctica la reducción de pena por confesión, porque según la mayoría "...los elementos de juicio con que habría de contar el proceso, aún suprimiendo hipotéticamente la confesión del acusado, eran contundentes frente al hecho, sus circunstancias y la forma de culpabilidad -dolosa- que se dedujo en su contra...". Pero, cuáles son esos elementos de juicio, diferentes al testimonio de la víctima sobre el cual se construye la flagrancia?. Lo pertinente de la providencia lo dice: los testimonios de dos vecinas del lugar de los hechos. Pero qué aportan ellos al proceso como para sostener que probatoriamente eran perfecto sucedáneo de la confesión y soporte suficiente para dar por demostrado, por ejemplo, el propósito homicida y la inexistencia de una causal de justificación, así fuese en exceso? Veamos: que la víctima salió herida de su residencia clamando porque no la dejaran morir; "que don Pablo estaba contra la cama allá acostado, clavado de cabeza", que "no chistaba, él no contestaba nada" y que luego le dijo a una de las deponentes "que llamara una ambulancia porque él también estaba herido"; que antes de que la lesionada saliera gritando nada anormal se sintió, "...solamente se escuchaba música, ellos tenían la grabadora prendida..."; y que "el cuchillo estaba al lado de los pies de Pablo, el cuchillo no tenía ni sangre ni nada...". En síntesis lo que alcanzaron a percibir las deponentes es la escena posterior al hecho ya cumplido, cuya eficacia probatoria era absolutamente ajena a las circunstancias concomitantes del herimiento, de tal manera que no daban para desvirtuar una legítima defensa ni para

descartar un exceso en esta causal de justificación como tampoco para refutar el injusto de lesiones personales pues este resultado, y nada más, fue lo que percibieron las declarantes.

Muy por el contrario, estos testimonios, o al menos uno de ellos servía para crear confusión sobre la forma como pudieron ocurrir los hechos en la medida en que refiere que el cuchillo estaba allí a los pies del acusado, ni siquiera en su mano, y que no estaba impregnado de sangre “ni nada”. De acuerdo con esto, entonces, no podía ser esa el arma empleada, salvo que se hubiera limpiado luego y la tragedia no daba para manipular la prueba.

Sin embargo, las verdaderas características de este instrumento, que en la decisión mayoritaria se toman como criterio de inferencia -“el tipo de arma”- para colegir “la inconfutable intención de matar”, se conocieron en el proceso gracias a la espontánea confesión del imputado pues en su primera versión paladinamente afirmó que “era un cuchillo de cocina, la hoja tenía como unos quince cm. de largo y la cacha era de pasta color negro” (Fls. 16 primer cuaderno original).

Empero, si bien algunos otros elementos para inferir el animus necandi subsistían independientemente de la autoincriminación de Molina Hernández, es lo cierto que para los funcionarios del conocimiento, como ya se anotó, la convicción sobre ese aspecto moral de la conducta está fundada en el “análisis conjunto de la prueba testimonial plural, la indagatoria y el dictamen pericial”, sin dejar de hacer énfasis en que “lo que es aún más importante” es la confirmación del sindicado con su injurada de “la determinación de cegar (sic) la vida de su pareja ante la inminencia de la separación”. Mayor claridad en el propósito de concluir la insuficiencia del material ajeno a la confesión para revelar por sí sólo la intención homicida y, por consiguiente, para predicar la eficacia determinante de este medio de prueba en la demostración de ese elemento moral, imposible.

Pero para hacerle perder peso a la confesión, se dice que el acusado “en una primera respuesta señala que quería “asustar” a su compañera” y que sólo “ante otro interrogante que tiene mucho de sugestivo...asiente la intención homicida”, y que “Tal vez por eso mismo la defensa, luego de intentar fallidamente que se incline la prueba hacia una conducta patológica, comienza las consideraciones precalificadoras aduciendo que “la confesión que obra en el folio 16 es una confesión cualificada, en el sentido de que el procesado EN NINGUN MOMENTO ACEPTA EN FORMA CLARA Y TRANSPARENTE SU RESPONSABILIDAD (mayúsculas fuera del texto) sino que se observa allí un estado de trastorno mental transitorio sin secuelas, quitándole así piso a los fundamentos del artículo 441 del Código de Procedimiento Penal”.

A lo anterior habría que acotar, en primer lugar, que lo previsto en la ley para premiar la confesión no es que ésta se produzca “en la primera respuesta” del justiciable sino “durante su primera versión” (art. 299 C.P.P.), y en segundo lugar, que me resulta francamente inaceptable que la estrategia defensiva del representante judicial del acusado pueda incidir en la sustancia de la confesión de su representado.

La confesión en este caso no sólo fue sincera sino eficaz en el proceso para la realización de la justicia, sin que pueda argumentarse que el respaldo probatorio que posteriormente recibió le hace perder un adarme a su fuerza suasoria o a su merecimiento en términos de reducción punitiva conforme las previsiones del artículo 299 del C. de P. Penal, pues es precisamente el artículo 297 del mismo estatuto procesal el que en caso de producirse una confesión ordena al instructor continuar con la práctica de diligencias “para determinar la veracidad de la misma”, y resultaría francamente mezquino amén de contradictorio, para no decir que un engaño al confeso, negar el condigno premio a su confesión, al tenor de la primera de la normas citadas, por el prurito de que en acatamiento de la segunda se pudo establecer que lo por él reconocido en su contra es veraz porque encuentra eco en las demás pruebas producidas con posterioridad.

Finalmente, no entiendo cómo para minimizar el valor de la confesión la mayoría de la Sala encuentra a fuer de válido muy ilustrativo suprimir “hipotéticamente” el medio de prueba, cuando de otro lado si lo que se busca es destacar su eficacia imaginando lo que probatoriamente habría ocurrido, no con la supresión como lo hace el texto del cual me aparto sino con el agregado de una cualificación como argumentaba la ponencia que en este acápite fue derrotada, el mismo ejercicio intelectual resulta inadmisibles, pues no se pueden compartir “las apreciaciones que, ensayando hipótesis que nunca sucedieron, buscan enaltecer y consolidar el valor de la pretendida confesión de Molina Hernández” (el resalto es mío); como si la hipótesis de la inexistencia de la confesión sí hubiese sucedido.

Son estas las razones por las cuales sigo convencido de que el cuarto cargo de la demanda debió prosperar y en consecuencia reconocer al convicto la reducción de pena por confesión.

Con el respeto y acatamiento de siempre

Jorge Aníbal Gómez Gallego

Magistrado

Fecha ut supra

Proceso 10397 Salvamento parcial de voto

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con todo comedimiento me permito discrepar de la posición mayoritaria de la Sala, en el sentido de que la sentencia anticipada se puede solicitar hasta cuando quede

ejecutoriada la resolución de cierre de investigación, siendo nuestro criterio que la oportunidad para hacer tal pedimento precluye cuando se dicta tal proveído.

Fundamos nuestro disentimiento en lo siguiente:

Administrar justicia y, particularmente, investigar los delitos es una labor que tiene altísimos costos, no sólo en Colombia sino en todo el mundo. Además, el delincuente actual se ha refinado e, incluso, han aparecido organizaciones criminales que no sólo son diestras en el arte de delinquir, sino, especialmente, en el de ocultar los rastros del delito, lo cual hace más difícil, costosa y demorada la labor requirente. Esto ha llevado a los Estados modernos a crear mecanismos que con el halago de disminuir la sanción impulsen al infractor a reconocer su responsabilidad frente a los cargos que se le formulan y a optar por un procedimiento abreviado y una sentencia inmediata.

Con lo anterior se buscan varias finalidades:

a. La economía procesal, en cuanto en vez de un dilatado y dispendioso procedimiento ordinario se cumple uno abreviado, lo cual redundará en la descongestión de los despachos judiciales.

a. Otorgarle credibilidad a la administración de justicia, pues la colectividad se percata que el delincuente ha sido rápidamente sancionado, con lo cual, así mismo, se alcanza, más eficazmente, la finalidad de prevención general, buscada por la sanción.

a. Lograr el objetivo constitucional de un debido proceso, sin dilaciones injustificadas.

a. Realizar el ideal democrático de que los ciudadanos participen en las decisiones que los afectan.

a. Pero, sobre todo, el aparato de justicia economiza ingentes recursos económicos y esfuerzo humano.

Estas o parecidas razones han llevado a que en muchos países se establezcan procedimientos semejantes, como la negociación o plea bargainig en E. U., la sentencia por conformidad del imputado en la ley de Enjuiciamiento Criminal de España, la aplicación de la pena por solicitud de las partes en Italia, etc.

Pero estas particulares finalidades, especialmente la atinente con el ahorro económico y de esfuerzo humano, no se alcanzarán si la inteligencia que se le da a la norma es la de que la oportunidad para acudir a este especial trámite se extiende hasta cuando la investigación ya se ha agotado y se ha desgastado el aparato jurisdiccional en la indagación del punible. Por tal razón, no tenemos duda que la sentencia anticipada hay que solicitarla antes de que se profiera la resolución que cierra la investigación, pues cuando tal ocurre es porque el Estado, con gran esfuerzo y enfrentado dialécticamente a la defensa, al fin pudo reunir la prueba suficiente para calificar.

La teleología de esta disposición está orientada en el sentido de que la terminación se haga lo más pronto posible y, de todos modos, antes de que se complete la investigación. Por eso se retribuye con una tercera parte de rebaja, en tanto que si se efectúa cuando el proceso ha avanzado más y se ha producido un mayor desgaste del

aparato de justicia, la misma será apenas de una octava parte.

Dentro del criterio de que la terminación anticipada sea lo más pronto posible, la ley la autoriza desde que quede ejecutoriada la resolución que define la situación jurídica. Si no se permite antes es porque la precariedad de la investigación y de los elementos de juicio con que se cuenta impedirían formular adecuadamente la imputación y terminar el proceso.

Por otra parte existe un argumento adicional que avala el criterio de que el querer del legislador no lo fue en el sentido que propugna la mayoría, consistente en que el procesado que tenga dudas sobre si será o no llamado a juicio, no va a pedir sentencia anticipada hasta después del cierre y dentro del término de ejecutoria, pues sólo entonces estará seguro que va a ser acusado, ya que si el fiscal carece de la prueba suficiente para formular pliego de cargos, pues no cierra.

Lo anterior llevará a que se disminuya la eficacia de la norma, pues muchos sindicatos no pedirán sentencia anticipada recién definida su situación jurídica, o durante la averiguación, sino que, calculadamente, esperarán que el Estado se agote en la consecución de la prueba para acusar y cierre investigación, para sólo entonces acogerse al beneficio.

En consecuencia, interpretar el precepto en el sentido de que el plazo se extiende hasta la ejecutoria de la resolución de cierre, llevará a que la norma en vez de ganar en eficacia y eficiencia, sea lo contrario.

También opinamos que premiar con una tercera parte de la rebaja a quien esperó que el Estado terminara la investigación para pedir sentencia anticipada, resulta violatorio del principio de igualdad, pues no es justo que reciba la misma retribución que aquel que la pidió antes y, por lo mismo, sin esperar a que el Estado agotara sus esfuerzos averiguatorios.

Fuera de estos argumentos, existen otros de carácter sistemático que avalan nuestra posición y que sintetizamos en que cuando el legislador quiere señalar como límite procesal la ejecutoria de un proveído y no su emisión, así lo dice, como ocurre en el inciso 2° del art. 198, en el art. 415-5 y en el mismo art. 37, cuando se refiere a la ejecutoria de la resolución que define la situación jurídica, como límite mínimo para acceder al instituto. Así mismo, la norma citada dice que “Hecha la solicitud, el fiscal, si lo considera necesario, podrá ampliar la indagatoria y practicar pruebas dentro de un plazo máximo de 8 días”, lo que implica que no se haya dictado el auto preclusivo de la investigación, pues si ya se emitió habría que revocarlo para cumplir con ese objetivo, lo cual resultaría en contravía de la rapidez y agilización buscadas con el instituto de la sentencia anticipada.

JORGE E. CORDOBA POVEDA

Magistrado

Fecha Ut Supra.

Proceso NO. 10397 Aclaración de voto

ACLARACION DE VOTO

Estando de acuerdo con la decisión tomada en la sentencia de CASACION, en cuanto dispone no casar las de instancia, debo aclarar el voto frente al aspecto de la oportunidad para demandar sentencia anticipada.

Para mí, esta se presenta hasta cuando se cierre la investigación. Así lo planteó y dispuso la Sala en antecedente que se rememora, y así se desprende nítidamente del

texto de la norma.

Porque es así de nítido y claro, considero que la ponencia (y con ella la mayoría de la Sala) hace un esfuerzo dialéctico que no por lo extenso y meritorio resulta adecuado.

Los actos jurídicos tienen diferentes fases o momentos que no se pueden confundir. En general, uno es el instante a partir del cual existen, otro el de su adquisición y firmeza y otro el de su cumplimiento. La decisión primero que profiere, luego se ejecutoria y además se cumple o tiene eficacia. La ley, en general, se refiere a los actos desde la perspectiva de su proferimiento o existencia. Y cuando quiere excepcionar, pues excepciona: pero concreta y categóricamente, no sobreentendidamente.

La expresión lingüística utilizada por las leyes 81 de 1993 y 365/97 sí es afortunada, porque el enunciado “antes de que se cierre la investigación” no puede significar sino eso: antes de que se profiera el auto o resolución de cierre, que es cuando se cierra. Igual que cuando el artículo 415 del Código (Modificado por el 55 de la Ley 81/93) dispone que el procesado tendrá derecho a la libertad provisional cuando “se dicte en primera instancia preclusión de la investigación, cesación de procedimiento o sentencia absolutoria” o cuando vencido el término de determinados días “no se hubiere calificado el mérito de la instrucción”: en ninguno de éstos casos ha aceptado la jurisprudencia que deba agotarse el recurso propio de la primera instancia (reposición) o que el calificador quede ejecutoriado. La “racionalidad lingüística”, entonces, parecería estar del otro lado, y no requeriría de “razones adicionales” si no fuera porque punto de llegada para el cual se le invocó era precisamente el contrario.

Tampoco en el “sistema” veo claramente el fundamento que del alcance de la expresión “antes” realiza la decisión de mayoría. Ya expuse, como al contrario, la sistemática (en general la teoría de los actos jurídicos) distingue sus momentos sin sobreponer uno a otros, sin confundirlos ni asimilarlos. El argumento sistemático lo constituye la decisión a

partir de un equívoco y termina generando una petición de principio: Porque considera que para entender el significado del “antes” , debe indagarse cuándo se cierra “jurídicamente” la investigación y como concluye que el cierre se produce jurídicamente con la ejecutoria, necesariamente desemboca al punto de partida, que es la extensión de la oportunidad procesal de la petición más allá del proferimiento de la decisión.

Por el contrario, jurídicamente hay cierre de investigación cuando se profiere esa decisión. Cuando existe. O si no, de qué es de lo que se predica su ejecutoria?. Acaso de un suceso no jurídico?. De un hecho cualquiera con capacidad para producir efectos jurídicos?. O, como yo lo creo, de un acto de Voluntad Jurídica de la administración, destinado a producir efectos jurídicos y explicable en su nacimiento sólo por causa de esa intención o voluntad!

Luego, jurídicamente, el acto existe con prescindencia de su ejecutoria, de su anulabilidad, de su posibilidad de revocatoria y de que produzca los efectos para los cuales estaba destinado. El argumento de sistematicidad, entonces, tampoco me convence. Antes bien, por esa vía me persuado mejor de la conclusión contraria.

La racionalidad teleológica o de finalidad de la norma, tampoco me inclina y antes bien fortalece mi postura. Porque el fin de la institución no es economizar jurisdicción, sin más, sino hacerlo racionalmente, es decir útilmente. Qué investigación allana o facilita una petición de éstas después del cierre?. Tiene sentido que el procesado espere el cierre, concebido para dar paso a la calificación del sumario como mecanismo de alerta y defensa que lo preserva de cualquier sorpresa o deslealtad, para que éste pueda -abusivamente - desencadenar el acto de formulación de cargos de manera imprevista e irracional, adelantarlos, y generar, ahí sí, dilaciones y prejuizgamientos?.

Y desde la posición del procesado, la perspectiva de reducción de pena no se desconoce por someter el acto de parte a un requisito: el de oportunidad conforme a la ley. Irracional

es, en cambio, que con criterios de esta “racionalidad”, el proceso se vuelva dispositivo para los sujetos, es decir, que sean ellos quienes DISPONGAN, a su arbitrio y sin regla alguna, del trámite y de sus consecuencias. Para ello habría que renunciar al debido proceso Legal y crear un PROCEDIMIENTO A VOLUNTAD DE LOS SUJETOS. El estado Colombiano es participativo, pero de DERECHO y antes que eso, CONSTITUCIONAL.

La interpretación que estimo adecuada, no hace al acusado objeto. Ni creo que la que combato sea la que lo haga “más sujeto”. Esa diferenciación, para mí, no cabe en este asunto. Es un buen argumento pero tal vez para otras cuestiones.

De modo que la idea de “racionalidad ética”, como señala la mayoría, no avala – creo yo, con todo respeto – la interpretación que hace. Valores como la “seguridad jurídica, la eficacia, y la eficiencia social de las normas y el derecho participativo” no liberan al procedimiento de las reglas diseñadas por el legislador y antes bien, más seguridad y orden en el procedimiento más eficacia y eficiencia social se logran, sin se consigue que el procesado que es responsable penalmente tenga por seguro que aceptar su culpa, oportunamente para la justicia, le beneficia. Y que esperar al último momento, oportunistamente, para disponer arbitrariamente del proceso y devolverlo a etapas ya superadas, le cuesta un CUANTUM de su beneficio.

Si por los mismos senderos argumentativos que transita la decisión, se puede acreditar que era equivocada, o por lo menos que no resultaba fatalmente determinante de variación del criterio de la Sala, creo que se demuestra, definitivamente, que lo correcto era atenerse al texto de la ley que era claro e inequívoco hasta antes proferirse esta decisión.

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

Fecha ut supra

Los salvamentos parciales de los Doctores Juan Manuel Torres Fresneda, Dídimo Páez Velandia y Ricardo Calvete Rangel, no se encuentran en medio magnético.