

FLAGRANCIA

La jurisprudencia ha sostenido que para que exista la flagrancia se necesitan 2 requisitos: la actualidad, esto es, que en el momento de la comisión del hecho o instantes después, se encuentren una o varias personas presentes y que se den cuenta de él; y la identificación o, por lo menos, la individualización del autor o partícipe del mismo, es decir, que se fijen sus rasgos fisonómicos ó particulares, ó al menos, algunos de ellos, en forma tal que lo puedan distinguir.

Si se cumplen estos presupuestos se podrá afirmar que la persona fue sorprendida en flagrancia, que subsistirá así no se produzca la aprehensión. Pero tal situación puede dar lugar a la captura inmediata, evento en el cual, por excepción, no se requerirá mandamiento judicial.

Como quiera que la Corte Constitucional y algunos magistrados de la Sala Penal de esta Corporación han sostenido que para que se dé la figura jurídica de la flagrancia es indispensable no sólo el sorprendimiento del autor o partícipe del hecho punible, en el acto de realización del mismo o en los momentos subsiguientes, sino su consecuente captura, que no ocurrió en el presente caso, la Sala considera pertinente hacer algunas precisiones al respecto.

La libertad personal es un derecho inherente a la naturaleza y dignidad humanas, reconocido como fundamental, que en un Estado social y democrático de derecho únicamente puede ser limitado e interferido de manera excepcional y reglada, esto es, con observancia de los precisos requisitos señalados en la Constitución y en la ley.

Tales presupuestos están contenidos en el artículo 28 de la [Constitución Política](#) que dice: “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por

motivo previamente definido en la ley”.

Uno de los eventos de excepción al régimen de reserva judicial es la flagrancia, pues se permite a la autoridad pública y hasta a los particulares capturar sin orden escrita (art.32 de la C. Política), convirtiéndose, por tanto, en la más contundente excepción al derecho a la libertad personal.

Se ha afirmado que la razón de esta excepción radica en motivos de solidaridad (art.95-2 C. Política.) y de necesario apoyo a la administración de justicia (art.95-7 ibidem).

A las anteriores razones se agrega una de carácter eminentemente práctico, consistente en que el apremio de la situación hace absolutamente imposible la consecución del mandamiento judicial escrito, de modo que exigirlo resultaría irrazonable e ilógico, como también lo sería permitir la huida de una persona a quien la autoridad misma o los particulares han visto cometiendo un delito.

La expresión flagrancia viene de flagrar que significa arder, resplandecer como fuego o llama.

En el campo del derecho penal se toma, metafóricamente, en el sentido de que el hecho todavía arde o resplandece; y jurídicamente, que aun es actual.

Para referirse a esta figura las legislaciones y los autores utilizan, indistintamente, las expresiones “in fraganti” (que proviene de fragancia), “in flagranti” o “flagrante”.*

Según el artículo 370 de nuestro estatuto procesal penal, esta figura comprende 3 especies:

La flagrancia en sentido estricto, cuando la persona es sorprendida en el momento

de cometer el hecho punible, bien sea que éste se encuentre en la fase ejecutiva o en la consumativa.

Con relación a este aspecto, se pregunta si hay flagrancia cuando la persona es descubierta en los actos preparatorios cuando no constituyen, por sí solos, un delito autónomo, como sería el caso de quien armado de un garrote espera a otro, escondido, para golpearlo y lesionarlo o darle muerte.

Aunque hay doctrinantes que afirman que aquí hay flagrancia, si la conducta aparece inequívoca y persistente sin posibilidades de disuasión, la Sala estima que tal hipótesis no se subsume en la definición del artículo 370, citado. En el caso esbozado está autorizada la captura sin orden escrita, pero no por razón de la flagrancia sino por motivo fundado, conforme al artículo 28-2º de la C.P., denominada también “detención preventiva administrativa”.

Hay procedimientos administrativos rutinarios que deben desarrollar las autoridades de policía, para poder cumplir con su función preventiva y de mantenimiento del orden público (como el del anterior ejemplo, y otros, como el de la solicitud de identificación o de presentación de documentos del vehículo a los conductores, etc), que no podrían llevar a cabo si se les exigiera mandamiento escrito de autoridad judicial. Sería irracional asignarles el deber constitucional de mantener el orden público y las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas (art.218 de la C.P.) y, al mismo tiempo, en casos apremiantes o rutinarios, imponerles requisitos de imposible observación.

Ha dicho la Corte Constitucional: “De la reiterada jurisprudencia de estos Tribunales (se refiere a la de otros países) se desprende que los motivos fundados son hechos, situaciones fácticas, que si bien no tienen la inmediatez de los casos de flagrancia sino una relación mediata con el momento de la aprehensión material, deben ser suficientemente claros y

urgentes para justificar la detención. El motivo fundado que justifica una aprehensión material es entonces un conjunto articulado de hechos que permitan inferir de manera objetiva que la persona que va a ser aprehendida es probablemente autora de una infracción o partícipe de ella. Por consiguiente, la mera sospecha o la simple convicción del agente policial no constituye motivo fundado ^{1/4}Más allá de la simple sospecha, la detención debe estar entonces basada en situaciones objetivas que permitan concluir con cierta probabilidad y plausibilidad que la persona esta vinculada a actividades criminales” (Sentencia C-024 del 27 de enero de 1994).

Este apresamiento, según la mentada entidad, es con fines estrictos de verificación “a fin de constatar si hay motivos para que las autoridades judiciales adelanten la correspondiente investigación” y la privación de la libertad no puede pasar de 36 horas, dentro de las cuales la persona debe ser liberada o puesta a disposición de la autoridad judicial competente.

Desde luego que este tipo de aprehensión sólo se podrá llevar a cabo por la autoridades de policía.

En la llamada cuasiflagrancia el delito ya se realizó, pero el presunto autor o partícipe es perseguido por la autoridad o por voces de auxilio se pide su captura.

En la flagrancia inferida, la persona no ha sido observada en el momento de cometer el punible, ni tampoco ha sido perseguida después de realizarlo, sino que es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas de los cuales aparece o se infiere fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él.

En lo atañadero a esta especie de flagrancia puede presentarse una situación que no se ubica exactamente en la hipótesis normativa, pues el individuo no es sorprendido con huellas, objetos o instrumentos, sino que de su actitud se deduce, fundada y razonablemente, que acaba de cometer un delito. Tal es el caso de quien huye

precipitadamente del interior de una habitación, en la que, en instantes inmediatamente precedentes, se oyó un disparo.

La Sala estima que en esta situación se puede aprehender sin orden escrita, por una inferencia de flagrancia o, en el peor de los casos, por motivo fundado, que no es otro que aquella información o aquél conocimiento, derivado de circunstancias objetivas, no de simples sospechas, que llevan a una persona prudente y razonable a considerar con probabilidad que el que va a capturar está vinculado a actividades criminales.

En cuanto a los requisitos de la flagrancia, la Sala mayoritariamente ha afirmado, como ya se expresó, que se necesitan dos: 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.

Con relación a este tema la doctrina ha sostenido: “La Sala estima que la flagrancia debe entenderse como una forma de evidencia procesal en cuanto a los partícipes, derivada de la oportunidad que han tenido una o varias personas de presenciar la realización del hecho o de apreciar al delincuente con objetos, instrumentos o huellas que indiquen fundadamente su participación en un hecho punible.”

“Dos son entonces los requisitos fundamentales que concurren a la formación conceptual de la flagrancia, en primer término la actualidad esto es la presencia de las personas en el momento de la realización del hecho o momentos después, percatándose de él y en segundo término, la identificación o por lo menos la individualización del autor del hecho.”

“En cuanto al requisito de la actualidad, no importa que se trate de una o varias personas quienes presencien la realización del hecho o que sean las propias víctimas o

perjudicados con el delito, lo trascendente es que estén allí en el momento de su ejecución; y en cuanto al requisito de la identificación o por lo menos individualización del partícipe, debe recordarse que la noción de flagrancia es un predicado de la persona partícipe en un hecho punible, siendo por ello indispensable que de tal situación se desprenda con certeza que fue esa persona y no otra quien ha realizado el hecho. Así, si en la misma hipótesis del homicidio en el establecimiento público, si el autor del hecho ha cubierto su cuerpo y su cara en forma tal que es imposible siquiera individualizarlo, el asunto no puede ser considerado como cometido en flagrancia". (M. P. Dr. Rodolfo Mantilla Jácome. 1 de diciembre de 1987).

En lo concerniente al término sorprender que generalmente utilizan las legislaciones, entre ellas la nuestra, para referirse a la flagrancia**, es preciso observar que se emplea porque normalmente el delincuente comete el punible de manera oculta o disimulada, en forma tal que es cogido desprevenidamente o descubierto. Pero como no siempre ocurre así, sino que a veces es ejecutado de manera pública y ante la vista de todo el mundo, sin ánimo de ocultamiento, tal expresión no se puede tomar en su sentido gramatical sino jurídico, para significar que el hecho fue visto o presenciado por una o por varias personas, en el momento de su ejecución o instantes después.

Ha dicho la Sala: "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 ésto 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, o 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 actor del hecho, que de la realidad objetiva y además porque restringe innecesariamente la aplicación procesal del

fenómeno. Así nos atuviéramos a tal criterio, el homicidio cometido en un establecimiento público y ante la mirada atónita de varias personas, no sería éste 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 cualquiera de los allí presentes capturare al autor y lo condujere ante la autoridad competente, tal comportamiento según la tesis que niega la flagrancia sería ilegal, pues para lograrla se requeriría de orden judicial conforme a los requisitos legales, lo cual sería totalmente ilógico en el caso planteado” (M.P. Dr. Mantilla Jácome, ibidem).

Así mismo, ese apercibimiento, visión, descubrimiento o sorprendimiento del autor o partícipe del punible puede ser directo o a través de elementos mecánicos, como las filmadoras, que se pueden disponer para que operen sin necesidad del control inmediato del ser humano.

Por otra parte, como antes se refirió, se ha dicho por algunos Magistrados de esta Sala y por la Corte Constitucional que para que exista la flagrancia es preciso que la persona sorprendida sea capturada en el momento de cometer un hecho punible o que sea sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes lo ha cometido.

Con referencia a este aspecto, la Sala mayoritariamente reitera su doctrina, en el sentido de que una cosa es la flagrancia, como evidencia procesal, en cuanto varias personas han tenido la oportunidad de presenciar la realización del hecho punible o de ver al delincuente con objetos, instrumentos o huellas indicativos de su participación, y otra la captura, que es apenas su consecuencia.

La flagrancia es el motivo que autoriza la aprehensión sin mandamiento judicial y ésta

es su efecto jurídico. Para percatarse, basta leer el artículo 32 de la [Constitución Política](#) en el que claramente se dice que “El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona”, distinguiéndose, diáfananamente, entre el sorprendimiento en la comisión del reato y la aprehensión, como su consecuencia.

Tal sorprendimiento y la captura pueden coincidir desde el punto de vista temporal, como cuando el autor es privado de la libertad en el mismo instante de la comisión del punible; pero puede existir entre las dos un espacio de tiempo, como cuando la persona es atrapada después de cometido, lo que se observa con mayor claridad, cuando es perseguida y se refugia en su domicilio o en el ajeno y los agentes de la autoridad penetran para el acto de la aprehensión.

También, el precepto constitucional dice que el delincuente flagrante podrá ser aprehendido, es decir, que la autoridad o los particulares pueden darse cabal cuenta que alguien, está cometiendo un reato y no capturarlo, por imposibilidad física, por temor, porque estiman que no es procedente por no dar lugar a la detención preventiva, etc, lo cual, como aparece lógico, dejará incólume la flagrancia, con la condición de que el autor o partícipe sea identificado o, por lo menos, individualizado.

Si aceptáramos que para que exista flagrancia es menester el apresamiento, tendríamos que concluir que en aquellos casos en los que el desarrollo del iter criminis no sólo queda en la memoria de quienes lo presenciaron sino en una filmación, la ausencia de aprehensión desnaturalizaría la flagrancia, lo cual no es lógico.

Desde luego, no desconoce la Sala que, a veces, es necesaria la captura para la estructuración de la flagrancia, como cuando la persona es sorprendida en el acto de la comisión del hecho pero no identificada, lo que únicamente se logra con la aprehensión, como en el ejemplo de que varios individuos encapuchados asalten un banco y de

inmedito sean cogidos.

Pero a su vez, podemos observar que hay ocasiones en que la ley se refiere a la flagrancia desligada de la captura, como ocurre en el evento previsto en el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, en el que se autoriza a la policía judicial para ingresar, sin orden escrita del fiscal, a lugar no abierto al público, en caso de flagrancia, con la finalidad de impedir que se siga ejecutando el delito (por ejemplo un secuestro, la tenencia de narcóticos, etc.). En este caso puede no haber captura de los responsables, pero de lo que no queda duda es de que la flagrancia es la que autoriza el allanamiento sin orden escrita.

En conclusión, tanto lógica como jurídicamente, es preciso distinguir entre el sorprendimiento en flagrancia y su consecuencia: la captura sin orden escrita. Sobre este tema ha afirmando la Sala: “Doctrinariamente se ha pretendido por algunos conceptualizar la flagrancia junto con la captura del partícipe en el hecho, ésto es que mientras no exista captura no puede hablarse de flagrancia. Tal opinión parece equivocada en cuanto confunde la causa con el efecto, ya que cuando el hecho se realiza en flagrancia 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.

“En este sentido la distinción entre la flagrancia como evidencia procesal y la captura en flagrancia como su consecuencia, la hace el Código de Procedimiento Penal al referirse claramente a una y otra situación; ¼(M P. Dr. Mantilla Jácome, ibidem).

En decisión del 9 de septiembre de 1993 se sostuvo: “Con criterio de mayoría en esta ocasión la Sala insiste en la necesaria diferenciación entre el sorprendimiento flagrante y la captura bajo una relación de causa efecto, concepto que emerge no tan sólo de

nociones etimológicas y doctrinales, sino en los claros términos de la Carta Constitucional y las disposiciones legales vigentes y aplicadas en este juzgamiento, y aquellas que a la fecha de este pronunciamiento rigen¹⁴Común a todas las nociones expresadas – según lo relató la Sala – aparece la diferenciación entre el sorprendimiento flagrante como causa y la aprehensión como una de sus consecuencias, y no la incondicional confusión entre estos dos aspectos, mucho menos la dependencia del criterio de flagrancia de la aprehensión efectiva del delincuente sorprendido”.

“La misma conceptualización se traslada al texto Constitucional vigente, no distanciado en su redacción del precepto sustituido en la Carta Política anterior y bajo la cual se desarrolló el criterio jurisprudencial que se discute según pasa someramente a verse: “El delincuente cogido in flagranti podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona” decía el artículo 24 superior o superado. ‘El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona’ reza el texto del actual artículo 32 Constitucional.

“Por ello y en cuanto los preceptos 24 anterior y 32 vigente de la [Constitución Política](#) guardan el mismo contexto conceptual, bien merece connotar aquel aparte del fallo del Magistrado doctor Giraldo Angel evocado en renglones precedentes, en la medida que allí se resaltaba que la expresión ‘cogido in flagranti’ no remitía a un fenómeno de apresamiento, captura o atrapamiento, porque si así fuese a continuación no expresaría esta idea con la locución de que el delincuente en tales circunstancias, podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona’.

“Guardando estrecha relación y coherencia, fácil se comprende que tanto el Código de Procedimiento Penal por el cual se rigió esta causa como el decreto 2700 de 1991 que le sucede en el tiempo hayan otorgado a la flagrancia distintas consecuencias, no solamente para reiterar en ese caso la facultad de capturar al delincuente sin previa orden judicial escrita (artículos 394 de antes y 371 de ahora), sino además para introducir en aquella

compilación el procedimiento abreviado si a la flagrancia se sumaba la captura (art.474), y en ella como en la de ahora un condicionamiento a la rebaja por confesión al advertir que ese beneficio de claro espectro hacia una política criminal de colaboración con la justicia, carece de sentido si el procesado aparece sometido por la fuerza de las evidencias que derivan de sorprendimiento flagrante ,así no haya operado bajo esas circunstancias su captura (art. 301 anterior y 299 actual)".

"Es más: La anterior conclusión todavía se refuerza tanto para distanciamiento del criterio vertido por el Ministerio Publico como para acentuar la diferencias de la postura de la 'disidencia', si se revisa el texto de las disposiciones contenidas hoy en los artículos 370 y siguientes del C. de P.P. y en concordancia la del articulo 299 ibidem".

"En la primera de estas preceptivas (art. 370) refiere el decreto 2700 de 1991 a la flagrancia y de manera descriptiva apunta que ella se da 'cuando la persona es sorprendida en el momento de cometer un hecho punible o cuando es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en el...', comprendiendo de este modo tanto la flagrancia propiamente dicha como la doctrinariamente denominada cuasiflagrancia añadiendo en este género la situación de la persona que 'es perseguida por la autoridad, o cuando por voces de auxilio se pide su captura' ".

"Obviamente que la noción se limita a referenciar el hecho del sorprendimiento en acto delictivo o en hechos inmediatamente subsiguientes, pero con exclusión de la captura, que como bien se ve del articulo 371 que subsigue y precisamente confirma como una consecuencia, la más importante si se quiere del sorprendimiento flagrante.

"El epígrafe mismo del precepto así se enuncia 'captura en flagrancia', y del texto no hay lugar a equívoco porque al autorizar en él que 'quien sea sorprendido en

flagrancia será capturado por cualquier autoridad o persona y conducido en el acto, o a más tardar en el término de la distancia, ante el Fiscal o funcionario competente para iniciar la investigación', se está diferenciando entonces que no en todos los casos de flagrancia puede darse la aprehensión del delincuente, pero que en cualquiera de aquellos que describe el artículo 370, y sólo en ellos, podrá operarse la captura.

"Obligado concluir, entonces, como así se desprendía de las doctrinas de la Sala que en páginas precedentes se recuerdan, que ante el sorprendimiento inmediato, flagrante o cuasiflagrante dentro de la noción traída en el artículo 370 (antes art.394), el delincuente puede ser aprehendido por la autoridad o un tercero porque así lo autoriza la Constitución sin otra exigencia; pero también y a sentido contrario de fuerza afirmar que transcurrido el tiempo y distanciado ese sorprendimiento, no podrá realizarse la aprehensión sin previa orden judicial escrita, formal y legalmente justificada, porque en ese caso y sin desaparecer el sorprendimiento en acto que habrá quedado supeditado a la aportación probatoria que lo acredite, se ha distanciado en el tiempo del instante de su ocurrencia, único dentro del cual se autorizaba la consecuencia principal del aprehendimiento por vía de excepción.

"Otras disposiciones, ya se ha dicho, ratifican todavía más el criterio que se expresa. Téngase entre ellas en cuenta el evento del artículo 373 que regula única y exclusivamente los casos dentro de los cuales se conjugan la flagrancia y la captura en el caso del 'servidor publico', el artículo 344 que autoriza el allanamiento sin previa orden escrita del fiscal en casos de flagrancia, sin que la penetración al lugar no abierto al público se supedite al logro o no de la captura de los responsables pues lo que allí se busca es ante todo 'impedir que se siga ejecutando el hecho', o el artículo 322 cuando faculta a la policía judicial para recibir versión 'a la persona capturada en flagrancia y al imputado que voluntariamente la solicite, para resaltar la excepcionalidad de esa autorización concebida ante todo como oportunidad para que el retenido pueda procurar en su favor las

constataciones inmediatas que puedan favorecerle, y que de otra manera se perjudicarían con el aplazamiento” (Casación 7142 Septiembre 9 de 1993. M.P. Drs. Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda).

No sobra recordar que cuando se trata de delito flagrante, la captura sin orden judicial se autoriza aun cuando éste no tenga medida de aseguramiento de detención preventiva, caso en el cual puesto el capturado a disposición del funcionario judicial y recibida la indagatoria se le dejará en libertad, según las voces del artículo 371 del C. de P.P.

Ahora bien, quienes aseveran que la flagrancia comporta la captura, citan entre sus argumentos que bastaría que una persona o grupo de personas dijera haber visto a alguien cuando realizaba un delito, para que mucho tiempo después se pudiera operar la captura sin orden escrita de autoridad judicial. Al respecto se permite la Sala reiterar que lo que autoriza la excepción a la reserva judicial es la imposibilidad física de obtener el mandamiento judicial de captura, pues la premura de los acontecimientos hace irracional tal exigencia, como también lo sería permitir la huida del autor o partícipe. Pero es obvio, que desaparecida esa urgencia no tiene razón la excepción, por lo cual, si que se desvirtúe el sorprendimiento en flagrancia, se requerirá la orden judicial para proceder al apresamiento. Siendo la regla general la de que sólo mediante mandamiento judicial escrito se puede privar de la libertad, y siendo la captura en flagrancia una excepción, se debe interpretar de manera restrictiva, es decir, que desaparecido el motivo para apresar sin tal orden, ésta se requerirá de manera inexorable.

Ha dicho la Corte Constitucional: “Igualmente señala la Corte que por tratarse de excepciones al principio general de la reserva judicial en materia de libertad personal e inviolabilidad de domicilio, son fenómenos que deben ser interpretados de manera restrictiva a fin de no convertir la excepción – allanamientos o detención sin orden judicial – en la regla. (Sentencia C-024, citada).

En lo atañero a la exclusión de rebaja por confesión, exceptuada para la flagrancia, la razón radica en que ésta constituye una evidencia procesal y se relaciona con la prueba directa de los hechos, por lo que aquella sería ineficaz, es decir, no sería efectiva ayuda a la justicia. En la providencia transcrita de la Sala Penal (Casación Nº 7142 de septiembre 9 de 1993), se dice: “ese beneficio de claro espectro hacia una política criminal de colaboración con la justicia, carece de sentido si el procesado aparece sometido por la fuerza de las evidencias que derivan de un sorprendimiento flagrante, así no haya operado bajo esas circunstancias su captura”.

La comprobación del hecho punible y el descubrimiento de sus autores o partícipes es generalmente difícil, pues se presenta ante los ojos del aparato de justicia como un fenómeno histórico, que es necesario reconstruir, a través de medios indirectos, como son las huellas y rastros dejados por el mismo. Tal dificultad se allana grandemente cuando la persona es sorprendida en el momento de su comisión o instantes después e identificada, así no se logre su apresamiento, lo que constituye razón para afirmar que una confesión rendida en tales circunstancias resulta ineficaz

Al respecto se sostuvo por la Sala, con ponencia del doctor Jaime Giraldo Angel, en providencia del 17 de noviembre de 1988, conservando la plenitud de su vigencia: “Ahora bien, cuando sorprendida una persona en la comisión de un hecho delictuoso, y se le identifica en forma plena y segura pero no se logra su captura, es factible hablar de flagrancia, por lo que en el caso de surgimiento posterior de una confesión es dable desestimarla como aminorante de pena, porque la flagrancia sí se dio, aunque sin su correlato de la captura, aspecto este último que no exige el citado artículo 301 para establecer la desfavorable consecuencia que prevé”.

Finalmente, se ha expuesto por la mayoría de esta Sala, en doctrina que a ese respecto se recoge, que para que haya flagrancia es menester que el que presencia o se aperciba de la ejecución material del punible debe tener “conciencia de la ilicitud de la conducta

realizada, observándose, entonces, que en estos casos el hecho cometido por si mismo pregona su punibilidad, además de poderse contar con el fácil diligenciamiento de las pruebas que deben aportarse..... No hay, se reitera, la flagrancia cuando la víctima o terceros no descubren, al momento de ejecutarse el punible, su carácter delictivo. Es necesario, pues que el ofendido, o terceras personas sientan, con la comisión del hecho, que se perpetra o intenta perpetrar un delito que sacude su sentimiento y desencadena la reacción denunciatoria (voces de auxilio) y persecutoria de quien así se comporta, cuando ella es física y psíquicamente posible. De ahí que no se puede hablar de flagrancia en el caso del estafador que gira un cheque de chequera robada para pagar una compra sin que el vendedor se percate del engaño que es objeto, o el terrorista que entrega en la portería de un edificio una carta bomba que estalla varias horas o días después, así se le capture posteriormente como resultado de la investigación". (Decisión del 16 de noviembre de 1988. M. P. Dr. Jaime Giraldo Angel).

Disiente, ahora, la Sala de tal planteamiento, pues no se considera necesario que quienes se dan cuenta de la ejecución material del hecho y de su autor, bien sea directamente o a través de elementos mecánicos, como una filmación, tengan conciencia de su ilicitud, pues bien puede acontecer que ésta solo se descubra después, sin que se desnaturalicen los requisitos de la flagrancia, esto es, haberse presenciado la ejecución material y haberse identificado al autor o partícipe. Piénsese en el presunto comprador que entra a una joyería, se hace mostrar varias joyas y en un descuido cambia la genuina por una falsa, lo que se descubre ulteriormente, pero habiendo sido plenamente identificado por el vendedor e incluso habiendo quedado filmado todo el acontecer fáctico. No sería lógico concluir que como en el momento de la verificación material de la conducta no se tuvo conocimiento de que se estaba cometiendo un delito, no habría flagrancia, cuando se están dando, de manera inequívoca, los presupuestos de la misma.

*Por ejemplo, dice el artículo 127 del Código de Procedimiento Penal Alemán “Si alguien fuese sorprendido in fraganti o perseguido, estarán todos autorizados, cuando fuese sospechoso de fuga o no pudiese constatarse de inmediato su identidad, a detenerlo provisionalmente, también sin orden judicial ...”. Y el artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España: “Cualquiera puede detener: ... 2º al delincuente ‘in fraganti’”

**Así el artículo 382 del Código de Procedimiento Penal Italiano dice: “Se encuentra en estado de flagrancia quien es sorprendido en el acto de cometer el reato, o si inmediatamente después de cometido, es perseguido por la policía judicial, por la persona ofendida o por otras personas, o es sorprendido con cosas o huellas de las que se deduzca que inmediatamente antes ha cometido el reato”. El artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España decía: “Se considera delito flagrante el que se estuviere cometiendo o se acabara de cometer cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos” . También usan la expresión el artículo 60 de la Constitución Nacional de Venezuela y el artículo 127 del Código de Procedimiento Penal Alemán, antes citado, entre otros.

Proceso No. 9602

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE E. CORDOBA POVEDA

Aprobado acta N°94

(agosto 12 de 1997)

Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997).

V I S T O S

Previo la correspondiente tramitación, decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 28 de febrero de 1994, emanada del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, en la que condenó a ALFONSO RUIZ GAMBOA a la pena de 40 meses de prisión al hallarlo penalmente responsable del delito de homicidio atenuado por el estado emotivo de la ira, cometido en Guillermo Alberto Ramírez Murillo.

H E C H O S

El Tribunal Superior de Santafé de Bogotá los reseñó así:

“A eso de las 7 de la noche del 4 de abril de 1992, transitaba de norte a sur por la Avenida Boyacá, a una velocidad moderada, el automóvil de placas FD 8867, en el que se transportaban el conductor Carlos Alfonso Ruiz Herrera, dos menores hijos de éste y sus padres: Alfonso Ruiz Gamboa y Olga Herrera. Frente a las instalaciones de la fábrica Bavaria, Guillermo Alberto Ramírez Murillo, quien conducía el taxi de placas SFR 622, por sobrepasarlos actuó con procacidad, cerrándolos de tal modo que obligó a Ruiz Herrera a frenar repentinamente para evitar una posible colisión, golpeándose con el vidrio panorámico el pequeño hijo de Carlos Alfonso, el cual lleva su mismo nombre.

Debido a una congestión vehicular y a la señal de pare que indicaba el semáforo, el taxista detuvo la marcha unos metros más adelante, oportunidad que aprovechó Ruiz Herrera para reclamarle por la imprudente maniobra ejecutada, a lo cual Ramírez Murillo respondió, disparándole con una pistola 9 m. m., cayendo aquél herido al piso. Ante este hecho, percibido por el aquí sindicado, padre de Carlos Alfonso, reaccionó disparando su revólver contra el taxista, en quien hizo cuatro impactos, sobreviniéndole la muerte a consecuencia de las heridas inferidas”.

ACTUACION PROCESAL

El Juzgado 116 de Instrucción Criminal Permanente de Santafé de Bogotá, con auto del 4 de abril de 1992, dispuso abrir investigación preliminar y practicó la diligencia de levantamiento del cadáver.

Ante la presentación voluntaria que hizo el señor Alfonso Ruíz Gamboa al funcionario investigador y la manifestación de su responsabilidad en el hecho, se dispuso la apertura de la investigación y su vinculación formal al proceso. Luego de ser oído en descargos se ordenó escuchar en indagatoria a Carlos Alfonso Ruíz Herrera, diligencia que se cumplió varios días después.

Recibidos varios testimonios, la situación jurídica de los procesados se les resolvió con medida de aseguramiento de detención preventiva, en proveído fechado el 10 de abril de 1992.

La investigación se cerró el 16 de junio de 1992 y el 3 de agosto siguiente se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra Alfonso Ruíz Gamboa y preclusión en favor de Carlos Alfonso Ruíz Herrera, decisión que fue confirmada por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, el 22 de septiembre del mismo año.

El expediente pasó al Juzgado 31 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, que luego de practicar varios medios de prueba celebró en debida forma la audiencia de juzgamiento y profirió sentencia de primera instancia el día 19 de noviembre de 1993, condenando al procesado a 40 meses de prisión, al hallarlo responsable del delito de homicidio atenuado por el estado emotivo de la ira.

Apelado el fallo por el defensor, el agente del Ministerio Público y la apoderada de la parte civil, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá al desatar el recurso concluyó con su confirmación parcial, habida cuenta que lo modificó en lo atinente al pago de perjuicios y, así mismo, ordenó el comiso del revólver Colt, calibre 32 largo, Número 614307, en favor de la Fiscalía General de la Nación.

LA DEMANDA DE CASACION

El defensor del procesado formula tres cargos contra la sentencia de segunda instancia, con base en la causal primera de casación, el primero de ellos a manera de principal y los restantes como subsidiarios, los cuales se pueden sintetizar así:

En el principal acusa al sentenciador de haber vulnerado de manera indirecta la ley sustancial, por protuberantes errores de hecho en la apreciación probatoria, llevándolo a no aplicar el artículo 31 del Código Penal “que establece que es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud por trastorno mental, a la que debió llegar por aplicación del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal (inaplicado también), que establece que en las actuaciones penales toda duda debe absolverse a favor del sindicado, según las mismas conclusiones del Tribunal”.

Luego de transcribir apartes de los fallos de primera y segunda instancia, los que considera como los fundamentos del reconocimiento del estado de ira, se cuestiona: “qué elementos de prueba o de juicio, existen para distinguir en el actuar de este ser

humano Ruíz Gamboa, excitado por la injusta provocación de la intuida muerte de su hijo o del peligro inminente que corre, la diferencia sutil que existe entre la ira y la demencia transitoria?”.

Argumenta que los hechos vividos por Ruíz Gamboa frente al ataque de que su hijo era víctima “no despiertan exactamente la ira que implica venganza, sino un obrar irrazonado de quien trata de evitar un mal mayor en la esperanzada y loca impresión de que su hijo no esté muerto. ... El hombre ante los hechos sufrió un ataque de demencia momentánea, que lo impulsó a obrar poniendo en peligro su propia vida al avanzar desprotegido contra el señor que estaba armado y lo esperaba dentro del taxi y quien además no quiso arrancar aun cuando el semáforo ya había cambiado, lo que determina que estaba dispuesto a continuar disparando”.

Manifiesta que los falladores están en la obligación de explicar en forma satisfactoria las decisiones, situación que no ocurrió en este proceso, pues no dan “razón consistente que soporte la tesis de la locura de la ira en contraposición con el trastorno mental”.

Considera como un argumento en contra de la justicia y no en contra del procesado que no se haya practicado la experticia psiquiátrica. Sin embargo advierte que a lo largo de la investigación si hubo esa intención, ” como consta en la enumeración de los desfueros de la investigación, habida cuenta que el Tribunal piensa que el Juzgado tenía los suficientes elementos de juicio, para decretar o no un dictamen psiquiátrico legal en la persona de Ruiz Gamboa, es decir que acepta que un estado mental se puede establecer con una simple narración de hechos y le da al indagante la calidad de psiquiatra”.

Reitera que si las razones aducidas por el Tribunal y el Juzgado para motivar la atenuante de la ira a favor del procesado “no tienen asidero alguno probatorio y se destruyen entre si y las razones dadas por el delegado del Procurador y por la defensa para alegar la inimputabilidad tampoco han sido aceptadas, quedaría el

beneficio de la duda, frente, además, a la inexistencia de dolo”.

“No existiendo medio probatorio alguno sobre el estado de ánimo del procesado frente a la forma como se presentaron los hechos, que no han sido debidamente analizados ni por el Juez ni por el Tribunal, surge la duda de lo que pasó por la cabeza del señor Ruíz”, habida consideración que la acción desplegada no demuestra que se trataba de una persona “cuerda”, no corresponde al estado emotivo de la ira, sino a algo “que no puede ser denominado de otra manera diferente a la locura”..

Luego de citar fragmentos de la obra de Francesco Carrara concluye que la conducta del procesado se encuentra amparada por la tesis de la excusa por trastorno mental y, por tal motivo, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y “aplicando el beneficio de la duda sentencie que el procesado actuó bajo trastorno mental transitorio, y en consecuencia es inimputable”.

En un acápite que denominó “Alegato Subsidiario”, presenta dos cargos contra la sentencia, al advertir la existencia de errores cometidos por el fallador en la tasación de la pena y en las indemnizaciones.

El primero de ellos lo aduce con base en la causal primera de casación, violación indirecta de la ley sustancial, al tergiversar el sentenciador el contenido de la prueba “del retrato hablado” dado por los testigos, lo que lo llevó a rechazar la rebaja punitiva que establece el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, habida cuenta que consideró que la versión rendida por el procesado no reunía los requisitos del artículo 296 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, “olvidando que no son aplicables al caso ocurrido bajo la vigencia de la ley penal anterior, de modo que carece de fundamento el razonamiento del juzgado”.

Afirma, con base en la jurisprudencia de la Corte, que el procesado no fue debidamente identificado, en forma tal que permita predicar el estado de flagrancia, pues si se observa

la descripción que del autor de los disparos hizo Marín Infante y la que realizó el instructor, la diferencia salta a la vista.

Solicita, igualmente, que para complementar lo afirmado por él, se observen los retratos hablados del señor Ruíz Gamboa que obran a los folios 69 y 70 del cuaderno número 2 y se comparen con la fotografía que aparece al folio 72 del cuaderno número 1,"que aunque oscura, deja ver las opuestas diferencias entre la descripción y la fisonomía real del señor Ruíz Gamboa".

Por lo anterior, arguye que nunca existió una verdadera identificación del procesado y, por tanto, el sentenciado se hace merecedor a la rebaja por haber confesado el hecho "y, nada justifica la negativa del Tribunal y del Juzgado a no concederla por supuesta flagrancia".

El segundo reparo contra la sentencia también lo hace con base en la causal primera de casación, violación indirecta de la ley sustancial, por cuanto el Tribunal supuso una prueba y con base en ella dió por demostrados los perjuicios materiales, llevándolo a aplicar el artículo 107 del Código Penal, precepto que no era pertinente, habida cuenta que no se trata de perjuicios materiales no susceptibles de ser apreciados pecuniariamente, "sino de unos perjuicios que, por no estar acreditados como sufridos por los solicitantes, no se puede condenar a ellos, pues se estaría avalando un enriquecimiento sin causa. Para esto, el Tribunal alega razones no contempladas en el Código Penal y desconoce otras situaciones establecidas en el proceso con lo que señala la indemnización material..".

Luego de transcribir la parte pertinente del fallo, sostiene que el occiso fue el que determinó y provocó la tragedia y que conforme al artículo 104 del Código Penal, sólo tienen derecho a la acción indemnizatoria las personas perjudicadas por el hecho punible. Sobre este aspecto considera que en el proceso existen constancias de que la familia del

occiso “tiene manifiesta solvencia económica, pues además el padre es pensionado por la Policía, con lo cual se desvirtúa el sufrimiento del perjuicio material de que habla el artículo 104 del C.P.”.

Estima que la parte civil en el proceso penal tiene derecho a reclamar indemnización por los perjuicios recibidos como consecuencia del fallecimiento de la víctima y que por tanto éstos deben ser demostrados, “pues la ley lo que establece es que habiéndose determinado mediante peritos u otra forma de prueba, el juzgado podrá fijarlos (art. 107 del C.P.), pero únicamente previa la prueba que exige el Código de que ha existido el perjuicio material para la persona o personas que reclaman su indemnización y no la que imagine el juez”.

Para finalizar, manifiesta que hace presente a la Sala el artículo 228 de la Constitución Nacional que establece el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre la norma procesal, precepto aplicado por las corporaciones de justicia, “a fin de lograr una real administración de la misma”.

ALEGATO DE LA REPRESENTANTE DE LA PARTE CIVIL

Luego de hacer un recuento histórico de la actuación procesal y de la prueba allegada, considera que demuestran la existencia de un homicidio voluntario, sin la concurrencia de ningún tipo de atenuación punitiva.

Asevera que se encuentra sorprendida por la presunta falta de una experticia sobre el estado mental del procesado al momento de la ocurrencia de los hechos, pues los varios defensores que tuvo en ningún momento la solicitaron y, además, nunca se vislumbró que estuviera perturbado mentalmente.

Dice que los artículos 103, 105, 106 y 107 del Código Penal informan que todo daño debe ser reparado “a quien se le causa, pero como a quien se le causó el daño está

muerto, este daño se le debe reparar a sus descendientes, ascendientes o a sus herederos, aquí como el mal lo ha querido presentar la defensa no se está reclamando una herencia, se está reclamando la reparación del daño causado con el ilícito, y si bien el instructor, el fallador de primera instancia y el H. Tribunal no han querido acreditar la calidad de padres y hermanos del occiso, ello no implica que en mi calidad de persona y abogada esté haciendo una solicitud indebida...”

Solicita a la Corte no casar el fallo recurrido.

OPINION DEL PROCURADOR SEGUNDO

DELEGADO EN LO PENAL

En lo atinente al cargo primero, conceptúa el Procurador Delegado que lo que pretende en últimas el libelista es cuestionar el juzgamiento de un inimputable, por lo que la censura debió dirigirla por la vía de la nulidad y no por la escogida (violación indirecta).

Advierte que el censor se quedó en el simple enunciado al manifestar que el Tribunal cometió error de hecho por indebida apreciación de la prueba, sin especificar si fue por omitir “la consideración material de algún elemento de convicción o se supuso su existencia o, en últimas, se tergiversó el contenido objetivo que revelaba alguna prueba”.

Igualmente sostiene que el casacionista no sólo denota equívocos conceptuales sino que carecen de soporte probatorio “de cara a la actuación surtida, y aunado a ello, desconoce el serio discernimiento que en instancia efectuaron los sentenciadores, pero que ahora inconsistentemente se pretende colocar en tela de juicio por el censor”.

No obstante lo anterior, afirma que para los falladores era claro que el procesado era

conocedor de la ilicitud de su conducta y que no se encontraba inmerso en un estado de inimputabilidad y que, por lo mismo, no se hacía necesario “un experticio médico legal para establecer precisamente lo que ya hallaba una plena convicción”.

Así las cosas, opina que resulta equivocado el planteamiento del libelista en el sentido de que concurre un estado de inimputabilidad, cuando solamente la esfera afectiva del autor del delito “fue la que sufrió la fugaz y transitoria perturbación, siendo idóneo y acertado el encuadramiento bajo los parámetros del estado de ira de que trata el artículo 60 del C.P.”.

Como un yerro más del censor, destaca la presunta duda planteada, “como si se tratase, en sede de casación, de presentar toda una serie de deshilvanadas alegaciones en el pretendido de que cualquiera de ellas sea la que la Corte escoja”.

Con relación al segundo reproche aducido, estima que tampoco tiene vocación de éxito, habida consideración que el censor debió demostrar clara y diamantinamente, la tergiversación del contenido material de la prueba que cuestionaba por tal vicio.

Empero, advierte que en últimas lo que pretende el impugnante es mostrar una ausencia del estado de flagrancia por falta de identificación del sindicado, sin que tenga como sustento el caudal probatorio.

Es errada la posición del recurrente, cuando para demostrar su afirmación ataca los retratos hablados que se hicieron del agresor por parte de los testigos Marín Infante y Garcés Bohórquez, pues las descripciones si concuerdan en puntos trascendentales como “la contextura, la talla, la morfología del rostro y en fin, los elementos físico-anatómicos que permiten entrever que se trata de la misma persona”.

Sobre este aspecto sostiene, igualmente, que así se pensara en una falta de identificación o de “individualización del autor del delito, y éste, luego de presentarse,

esgrimiese una confesión, sería improcedente penetrar en una atenuada sanción si aquella no constituye, a la postre, fundamento de la sentencia”, situación que no aconteció en este asunto.

En cuanto al tercer reparo formulado, conceptúa que los sentenciadores de instancia concluyeron que la cuantía de los perjuicios no llegó a una cabal determinación, “empero tal comprobación si ha logrado certeza en punto de su ocurrencia tanto material como moral”, por lo que estima vano el argumento del casacionista en el sentido de que el “Tribunal se hubiere arrogado la facultad de tasar los perjuicios conforme al precepto en mención” (art. 107 del C.P.).

Por lo anterior, sugiere a la Sala no casar el fallo recurrido.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El censor formula tres cargos contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá el día 28 de febrero de 1994, con base en la causal primera de casación, por cuanto advierte que el fallador vulneró indirectamente la ley sustancial, por errores manifiestos en la apreciación probatoria.

El primer reparo, que presenta como principal, lo hace consistir en que el procesado al momento de la comisión del hecho punible se encontraba en estado de inimputabilidad, pues su obrar fue irrazonado, lo que no le permitió comprender la ilicitud de su conducta por sufrir en ese instante un trastorno mental, conclusión a la que ha debido llegarse por aplicación del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal.

También sostiene que existe en el plenario una omisión probatoria de naturaleza grave al no habersele practicado al procesado la experticia psiquiátrica, con el fin de establecer su real estado mental al momento del insuceso. Así mismo arguye una falta de motivación de la decisión de instancia para fundamentar el estado emotivo de la ira que le fue

reconocido en la sentencia.

Razón le asiste al Procurador Segundo Delegado en lo Penal al manifestar que el recurrente desconoce la técnica del recurso de casación, pues no obstante que presenta la censura por la causal primera, por una supuesta violación indirecta de la ley sustancial (artículo 31 del Código Penal), por protuberantes errores en la apreciación de las pruebas, a renglón seguido reclama la falta de la experticia siquiátrica, desacierto que ha debido plantear al amparo de la causal tercera, pues si existían verdaderos motivos para su realización y los juzgadores de instancia lo omitieron, se vulneró el derecho de defensa. Del mismo modo, al censurar el fallo por una presunta falta de motivación al no dar “razón consistente que soporte la tesis de la locura de la ira en contraposición con el trastorno mental transitorio”, también ha debido acudir a tal causal.

Con el planteamiento conjunto el libelista no sólo viola el principio de autonomía, según el cual las diferentes causales deben aducirse y desarrollarse separadamente, sino también el de no contradicción, pues la primera y la tercera son irreconciliables, ya que en la una se acepta la validez de la actuación y en la otra se desconoce, por la comisión de vicios de actividad trascendentes en la formación del proceso.

Empero, su desatino continúa al denunciar, a manera de alegato de instancia, por demás fallido al no tener interés jurídico para ello, que las razones que esgrimieron los falladores para reconocer el estado emotivo de la ira “no tienen asidero alguno probatorio y se destruyen entre sí”.

Por otra parte, tampoco logró demostrar el presunto quebranto de la ley sustancial que reclama, pues se quedó en simples enunciados, habida cuenta que no señaló el elemento de juicio que supuestamente el sentenciador apreció equivocadamente, ni en qué consistió ese yerro, es decir, si ignoró la existencia de una prueba, o supuso

la que no obra en la actuación procesal o tergiversó o distorsionó su contenido fáctico, requisitos ineludibles para que el cargo pueda ser estudiado y tenga vocación de éxito, desatinos que en virtud del principio de limitación no pueden ser subsanados por la Corte.

Independientemente de los errores de técnica analizados, que por sí solos hacen inane el reproche, considera la Sala que la falta de razón es indiscutible, habida consideración que la inimputabilidad del procesado por un presunto “ataque de demencia momentánea, que lo impulsó a obrar poniendo en peligro su propia vida”, no solo no tiene soporte probatorio, sino que, por el contrario, lo que se demostró fue la imputabilidad.

Sobre este aspecto sostuvo el Tribunal :

“Las pruebas aportadas al proceso en momento alguno dieron lugar a inferir que ALFONSO RUIZ GAMBOA, podía ser sujeto inimputable, y de ahí que no se hubiera dispuesto la práctica de la peritación médico legal del siquiatra. La propia indagatoria del nombrado sindicado hizo que se excluyera de esa posibilidad, razón por la cual no se ordenó su evacuación, como si se hizo con otras pruebas, con miras al esclarecimiento de los hechos.

“Apréciase cómo ALFONSO RUIZ GAMBOA manifestó en su indagatoria saber el motivo por el cual se le recepcionaba, y relató los hechos sin que acusara lagunas mentales o perturbaciones sicomotores. Sus familiares que declararon dentro del proceso, tampoco refirieron que tuviera como antecedente la predisposición psicológica a trastornarse en su comportamiento”.

“Sin examen psiquiátrico, testimonios u otros elementos de juicio en que apoyar la petición principal del abogado de la defensa, lo mismo que la formulada por el Procurador en lo Judicial, sobre la inimputabilidad del sindicado RUIZ GAMBOA, a la Sala no le queda otro camino diferente que rechazar la referida pretensión, debiéndose por

tanto tener al encausado como sujeto imputable y condigno de pena”.

Ahora bien, la Corte no rechaza la idea que un estado de ira pueda llevar a un trastorno mental transitorio, pero para poder ubicar a un sujeto dentro de los términos del artículo 31 del Código Penal es necesario que los medios de convicción así lo demuestren.

El cargo se desestima.

El segundo reparo que el libelista presenta contra la sentencia de segunda instancia, lo hace, también, por la causal primera de casación, violación indirecta de la ley sustancial, al estimar que el fallador tergiversó el retrato hablado que del procesado se hizo, lo que determinó que se concluyera que había sido sorprendido en flagrancia, por lo que no se le reconoció la rebaja punitiva del artículo 299 del C. de P.P.

Dice que existen discrepancias entre el retrato hablado que del autor del homicidio realizó el deponente Marín Infante con las constancias que dejó el instructor en la diligencia de indagatoria sobre sus características morfológicas y que, en consecuencia, si para rechazar la aminorante de pena es preciso que al autor se le identifique en forma plena y segura, aquí no hubo tal identificación.

También en lo atinente a este reproche es deficiente la demanda, pues el recurrente no demostró de manera clara y precisa el yerro que denuncia, sino que su labor se limitó a rebatir las argumentaciones del Tribunal, sin enseñar en qué consistió la distorsión que presuntamente cometió el juzgador al apreciar los retratos hablados que se hicieron del procesado.

La jurisprudencia ha sostenido que para que exista la flagrancia se necesitan 2 requisitos: la actualidad, esto es, que en el momento de la comisión del hecho o instantes después, se encuentren una o varias personas presentes y que se den cuenta de él; y la

identificación o, por lo menos, la individualización del autor o partícipe del mismo, es decir, que se fijen sus rasgos fisonómicos ó particulares, ó al menos, algunos de ellos, en forma tal que lo puedan distinguir.

Si se cumplen estos presupuestos se podrá afirmar que la persona fue sorprendida en flagrancia, que subsistirá así no se produzca la aprehensión. Pero tal situación puede dar lugar a la captura inmediata, evento en el cual, por excepción, no se requerirá mandamiento judicial.

Como quiera que la Corte Constitucional y algunos magistrados de la Sala Penal de esta Corporación han sostenido que para que se dé la figura jurídica de la flagrancia es indispensable no sólo el sorprendimiento del autor o partícipe del hecho punible, en el acto de realización del mismo o en los momentos subsiguientes, sino su consecuente captura, que no ocurrió en el presente caso, la Sala considera pertinente hacer algunas precisiones al respecto.

La libertad personal es un derecho inherente a la naturaleza y dignidad humanas, reconocido como fundamental, que en un Estado social y democrático de derecho únicamente puede ser limitado e interferido de manera excepcional y reglada, esto es, con observancia de los precisos requisitos señalados en la Constitución y en la ley.

Tales presupuestos están contenidos en el artículo 28 de la Constitución Política que dice: “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”.

Uno de los eventos de excepción al régimen de reserva judicial es la flagrancia, pues se permite a la autoridad pública y hasta a los particulares capturar sin orden escrita (art.32 de la C. Política), convirtiéndose, por tanto, en la más contundente excepción al derecho

a la libertad personal.

Se ha afirmado que la razón de esta excepción radica en motivos de solidaridad (art.95-2 C. Política.) y de necesario apoyo a la administración de justicia (art.95-7 ibidem).

A las anteriores razones se agrega una de carácter eminentemente práctico, consistente en que el apremio de la situación hace absolutamente imposible la consecución del mandamiento judicial escrito, de modo que exigirlo resultaría irrazonable e ilógico, como también lo sería permitir la huida de una persona a quien la autoridad misma o los particulares han visto cometiendo un delito.

La expresión flagrancia viene de flagrar que significa arder, resplandecer como fuego o llama.

En el campo del derecho penal se toma, metafóricamente, en el sentido de que el hecho todavía arde o resplandece; y jurídicamente, que aun es actual.

Para referirse a esta figura las legislaciones y los autores utilizan, indistintamente, las expresiones “in fraganti” (que proviene de fragancia), “in flagranti” o “flagrante”.¹

Según el artículo 370 de nuestro estatuto procesal penal, esta figura comprende 3 especies:

La flagrancia en sentido estricto, cuando la persona es sorprendida en el momento de cometer el hecho punible, bien sea que éste se encuentre en la fase ejecutiva o en la consumativa.

Con relación a este aspecto, se pregunta si hay flagrancia cuando la persona es

descubierta en los actos preparatorios cuando no constituyen, por sí solos, un delito autónomo, como sería el caso de quien armado de un garrote espera a otro, escondido, para golpearlo y lesionarlo o darle muerte.

Aunque hay doctrinantes que afirman que aquí hay flagrancia, si la conducta aparece inequívoca y persistente sin posibilidades de disuasión, la Sala estima que tal hipótesis no se subsume en la definición del artículo 370, citado. En el caso esbozado está autorizada la captura sin orden escrita, pero no por razón de la flagrancia sino por motivo fundado, conforme al artículo 28-2º de la C.P., denominada también “detención preventiva administrativa”.

Hay procedimientos administrativos rutinarios que deben desarrollar las autoridades de policía, para poder cumplir con su función preventiva y de mantenimiento del orden público (como el del anterior ejemplo, y otros, como el de la solicitud de identificación o de presentación de documentos del vehículo a los conductores, etc), que no podrían llevar a cabo si se les exigiera mandamiento escrito de autoridad judicial.

Sería irracional asignarles el deber constitucional de mantener el orden público y las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas (art.218 de la C.P.) y, al mismo tiempo, en casos apremiantes o rutinarios, imponerles requisitos de imposible observación.

Ha dicho la Corte Constitucional: “De la reiterada jurisprudencia de estos Tribunales (se refiere a la de otros países) se desprende que los motivos fundados son hechos, situaciones fácticas, que si bien no tienen la inmediatez de los casos de flagrancia sino una relación mediata con el momento de la aprehensión material, deben ser suficientemente claros y urgentes para justificar la detención. El motivo fundado que justifica una aprehensión material es entonces un conjunto articulado de hechos que permitan inferir de manera objetiva que la persona que va a ser aprehendida es probablemente autora de una infracción o partícipe de ella. Por consiguiente, la mera

sospecha o la simple convicción del agente policial no constituye motivo fundado ...Más allá de la simple sospecha, la detención debe estar entonces basada en situaciones objetivas que permitan concluir con cierta probabilidad y plausibilidad que la persona esta vinculada a actividades criminales” (Sentencia C-024 del 27 de enero de 1994).

Este apresamiento, según la mentada entidad, es con fines estrictos de verificación “a fin de constatar si hay motivos para que las autoridades judiciales adelanten la correspondiente investigación” y la privación de la libertad no puede pasar de 36 horas, dentro de las cuales la persona debe ser liberada o puesta a disposición de la autoridad judicial competente.

Desde luego que este tipo de aprehensión sólo se podrá llevar a cabo por la autoridades de policía.

En la llamada cuasiflagrancia el delito ya se realizó, pero el presunto autor o partícipe es perseguido por la autoridad o por voces de auxilio se pide su captura.

En la flagrancia inferida, la persona no ha sido observada en el momento de cometer el punible, ni tampoco ha sido perseguida después de realizarlo, sino que es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas de los cuales aparece o se infiere fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él.

En lo atañadero a esta especie de flagrancia puede presentarse una situación que no se ubica exactamente en la hipótesis normativa, pues el individuo no es sorprendido con huellas, objetos o instrumentos, sino que de su actitud se deduce, fundada y razonablemente, que acaba de cometer un delito. Tal es el caso de quien huye precipitadamente del interior de una habitación, en la que, en instantes inmediatamente precedentes, se oyó un disparo.

La Sala estima que en esta situación se puede aprehender sin orden escrita, por una inferencia de flagrancia o, en el peor de los casos, por motivo fundado, que no es otro que aquella información o aquél conocimiento, derivado de circunstancias objetivas, no de simples sospechas, que llevan a una persona prudente y razonable a considerar con probabilidad que el que va a capturar está vinculado a actividades criminales.

En cuanto a los requisitos de la flagrancia, la Sala mayoritariamente ha afirmado, como ya se expresó, que se necesitan dos: 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.

Con relación a este tema la doctrina ha sostenido: “La Sala estima que la flagrancia debe entenderse como una forma de evidencia procesal en cuanto a los partícipes, derivada de la oportunidad que han tenido una o varias personas de presenciar la realización del hecho o de apreciar al delincuente con objetos, instrumentos o huellas que indiquen fundadamente su participación en un hecho punible.”

“Dos son entonces los requisitos fundamentales que concurren a la formación conceptual de la flagrancia, en primer término la actualidad esto es la presencia de las personas en el momento de la realización del hecho o momentos después, percatándose de él y en segundo término, la identificación o por lo menos la individualización del autor del hecho.”

“En cuanto al requisito de la actualidad, no importa que se trate de una o varias personas quienes presencien la realización del hecho o que sean las propias víctimas o perjudicados con el delito, lo trascendente es que estén allí en el momento de su ejecución; y en cuanto al requisito de la identificación o por lo menos individualización del

partícipe, debe recordarse que la noción de flagrancia es un predicado de la persona partícipe en un hecho punible, siendo por ello indispensable que de tal situación se desprenda con certeza que fue esa persona y no otra quien ha realizado el hecho. Así, si en la misma hipótesis del homicidio en el establecimiento público, si el autor del hecho ha cubierto su cuerpo y su cara en forma tal que es imposible siquiera individualizarlo, el asunto no puede ser considerado como cometido en flagrancia". (M. P. Dr. Rodolfo Mantilla Jácome. 1 de diciembre de 1987).

En lo concerniente al término sorprender que generalmente utilizan las legislaciones, entre ellas la nuestra, para referirse a la flagrancia ², es preciso observar que se emplea porque normalmente el delincuente comete el punible de manera oculta o disimulada, en forma tal que es cogido desprevenidamente o descubierto. Pero como no siempre ocurre así, sino que a veces es ejecutado de manera pública y ante la vista de todo el mundo, sin ánimo de ocultamiento, tal expresión no se puede tomar en su sentido gramatical sino jurídico, para significar que el hecho fue visto o presenciado por una o por varias personas, en el momento de su ejecución o instantes después.

Ha dicho la Sala: "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 ésto 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, o 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 actor del hecho, que de la realidad objetiva y además porque restringe innecesariamente la aplicación procesal del fenómeno. Así nos atuviéramos a tal criterio, el homicidio cometido en un establecimiento público y ante la mirada atónita de varias personas, no sería éste 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 cualquiera de los allí presentes capturare al autor y lo condujere ante la autoridad competente, tal comportamiento según la tesis que niega la flagrancia sería ilegal, pues para lograrla se requeriría de orden judicial conforme a los requisitos legales, lo cual sería totalmente ilógico en el caso planteado” (M.P. Dr. Mantilla Jácome, ibidem).

Así mismo, ese apercebimiento, visión, descubrimiento o sorprendimiento del autor o partícipe del punible puede ser directo o a través de elementos mecánicos, como las filmadoras, que se pueden disponer para que operen sin necesidad del control inmediato del ser humano.

Por otra parte, como antes se refirió, se ha dicho por algunos Magistrados de esta Sala y por la Corte Constitucional que para que exista la flagrancia es preciso que la persona sorprendida sea capturada en el momento de cometer un hecho punible o que sea sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes lo ha cometido.

Con referencia a este aspecto, la Sala mayoritariamente reitera su doctrina, en el sentido de que una cosa es la flagrancia, como evidencia procesal, en cuanto varias personas han tenido la oportunidad de presenciar la realización del hecho punible o de ver al delincuente con objetos, instrumentos o huellas indicativos de su participación, y otra la captura, que es apenas su consecuencia.

La flagrancia es el motivo que autoriza la aprehensión sin mandamiento judicial y ésta es su efecto jurídico. Para percatarse, basta leer el artículo 32 de la Constitución Política en el que claramente se dice que “El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser

aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona”, distinguiéndose, diáfananamente, entre el sorprendimiento en la comisión del reato y la aprehensión, como su consecuencia.

Tal sorprendimiento y la captura pueden coincidir desde el punto de vista temporal, como cuando el autor es privado de la libertad en el mismo instante de la comisión del punible; pero puede existir entre las dos un espacio de tiempo, como cuando la persona es atrapada después de cometido, lo que se observa con mayor claridad, cuando es perseguida y se refugia en su domicilio o en el ajeno y los agentes de la autoridad penetran para el acto de la aprehensión.

También, el precepto constitucional dice que el delincuente flagrante podrá ser aprehendido, es decir, que la autoridad o los particulares pueden darse cabal cuenta que alguien, está cometiendo un reato y no capturarlo, por imposibilidad física, por temor, porque estiman que no es procedente por no dar lugar a la detención preventiva, etc, lo cual, como aparece lógico, dejará incólume la flagrancia, con la condición de que el autor o partícipe sea identificado o, por lo menos, individualizado.

Si aceptáramos que para que exista flagrancia es menester el apresamiento, tendríamos que concluir que en aquellos casos en los que el desarrollo del iter criminis no sólo queda en la memoria de quienes lo presenciaron sino en una filmación, la ausencia de aprehensión desnaturalizaría la flagrancia, lo cual no es lógico.

Desde luego, no desconoce la Sala que, a veces, es necesaria la captura para la estructuración de la flagrancia, como cuando la persona es sorprendida en el acto de la comisión del hecho pero no identificada, lo que únicamente se logra con la aprehensión, como en el ejemplo de que varios individuos encapuchados asalten un banco y de inmediato sean cogidos.

Pero a su vez, podemos observar que hay ocasiones en que la ley se refiere a la

flagrancia desligada de la captura, como ocurre en el evento previsto en el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, en el que se autoriza a la policía judicial para ingresar, sin orden escrita del fiscal, a lugar no abierto al público, en caso de flagrancia, con la finalidad de impedir que se siga ejecutando el delito (por ejemplo un secuestro, la tenencia de narcóticos, etc.). En este caso puede no haber captura de los responsables, pero de lo que no queda duda es de que la flagrancia es la que autoriza el allanamiento sin orden escrita.

En conclusión, tanto lógica como jurídicamente, es preciso distinguir entre el sorprendimiento en flagrancia y su consecuencia: la captura sin orden escrita. Sobre este tema ha afirmando la Sala: “Doctrinariamente se ha pretendido por algunos conceptualizar la flagrancia junto con la captura del partícipe en el hecho, ésto es que mientras no exista captura no puede hablarse de flagrancia. Tal opinión parece equivocada en cuanto confunde la causa con el efecto, ya que cuando el hecho se realiza en flagrancia 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.

“En este sentido la distinción entre la flagrancia como evidencia procesal y la captura en flagrancia como su consecuencia, la hace el Código de Procedimiento Penal al referirse claramente a una y otra situación; ...(M P. Dr. Mantilla Jácome, ibidem).

En decisión del 9 de septiembre de 1993 se sostuvo: “Con criterio de mayoría en esta ocasión la Sala insiste en la necesaria diferenciación entre el sorprendimiento flagrante y la captura bajo una relación de causa efecto, concepto que emerge no tan sólo de nociones etimológicas y doctrinales, sino en los claros términos de la Carta Constitucional y las disposiciones legales vigentes y aplicadas en este juzgamiento, y aquellas que a la fecha de este pronunciamiento rigen...Común a todas las nociones

expresadas – según lo relató la Sala – aparece la diferenciación entre el sorprendimiento flagrante como causa y la aprehensión como una de sus consecuencias, y no la incondicional confusión entre estos dos aspectos, mucho menos la dependencia del criterio de flagrancia de la aprehensión efectiva del delincuente sorprendido”.

“La misma conceptualización se traslada al texto Constitucional vigente, no distanciado en su redacción del precepto sustituido en la Carta Política anterior y bajo la cual se desarrolló el criterio jurisprudencial que se discute según pasa someramente a verse: “El delincuente cogido in flagranti podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona” decía el artículo 24 superior o superado. ‘El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona’ reza el texto del actual artículo 32 Constitucional.

“Por ello y en cuanto los preceptos 24 anterior y 32 vigente de la Constitución Política guardan el mismo contexto conceptual, bien merece connotar aquel aparte del fallo del Magistrado doctor Giraldo Angel evocado en renglones precedentes, en la medida que allí se resaltaba que la expresión ‘cogido in flagranti’ no remitía a un fenómeno de apresamiento, captura o atrapamiento, porque si así fuese a continuación no expresaría esta idea con la locución de que el delincuente en tales circunstancias, podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona’.

“Guardando estrecha relación y coherencia, fácil se comprende que tanto el Código de Procedimiento Penal por el cual se rigió esta causa como el decreto 2700 de 1991 que le sucede en el tiempo hayan otorgado a la flagrancia distintas consecuencias, no solamente para reiterar en ese caso la facultad de capturar al delincuente sin previa orden judicial escrita (artículos 394 de antes y 371 de ahora), sino además para introducir en aquella compilación el procedimiento abreviado si a la flagrancia se sumaba la captura (art.474), y en ella como en la de ahora un condicionamiento a la rebaja por confesión al advertir que ese beneficio de claro espectro hacia una política criminal de

colaboración con la justicia, carece de sentido si el procesado aparece sometido por la fuerza de las evidencias que derivan de sorprendimiento flagrante ,así no haya operado bajo esas circunstancias su captura (art. 301 anterior y 299 actual)".

"Es más: La anterior conclusión todavía se refuerza tanto para distanciamiento del criterio vertido por el Ministerio Publico como para acentuar la diferencias de la postura de la 'disidencia', si se revisa el texto de las disposiciones contenidas hoy en los artículos 370 y siguientes del C. de P.P. y en concordancia la del articulo 299 ibidem".

"En la primera de estas preceptivas (art. 370) refiere el decreto 2700 de 1991 a la flagrancia y de manera descriptiva apunta que ella se da 'cuando la persona es sorprendida en el momento de cometer un hecho punible o cuando es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en el...', comprendiendo de este modo tanto la flagrancia propiamente dicha como la doctrinariamente denominada cuasiflagrancia añadiendo en este género la situación de la persona que 'es perseguida por la autoridad, o cuando por voces de auxilio se pide su captura' ".

"Obviamente que la noción se limita a referenciar el hecho del sorprendimiento en acto delictivo o en hechos inmediatamente subsiguientes, pero con exclusión de la captura, que como bien se ve del articulo 371 que subsigue y precisamente confirma como una consecuencia, la más importante si se quiere del sorprendimiento flagrante.

"El epígrafe mismo del precepto así se enuncia 'captura en flagrancia', y del texto no hay lugar a equívoco porque al autorizar en él que 'quien sea sorprendido en flagrancia será capturado por cualquier autoridad o persona y conducido en el acto, o a más tardar en el término de la distancia, ante el Fiscal o funcionario competente para iniciar la investigación', se está diferenciando entonces que no en todos los casos de flagrancia puede darse la aprehensión del delincuente, pero que en cualquiera

de aquellos que describe el artículo 370, y sólo en ellos, podrá operarse la captura.

“Obligado concluir, entonces, como así se desprendía de las doctrinas de la Sala que en páginas precedentes se recuerdan, que ante el sorprendimiento inmediato, flagrante o cuasiflagrante dentro de la noción traída en el artículo 370 (antes art.394), el delincuente puede ser aprehendido por la autoridad o un tercero porque así lo autoriza la Constitución sin otra exigencia; pero también y a sentido contrario de fuerza afirmar que transcurrido el tiempo y distanciado ese sorprendimiento, no podrá realizarse la aprehensión sin previa orden judicial escrita, formal y legalmente justificada, porque en ese caso y sin desaparecer el sorprendimiento en acto que habrá quedado supeditado a la aportación probatoria que lo acredite, se ha distanciado en el tiempo del instante de su ocurrencia, único dentro del cual se autorizaba la consecuencia principal del aprehendimiento por vía de excepción.

“Otras disposiciones, ya se ha dicho, ratifican todavía más el criterio que se expresa. Téngase entre ellas en cuenta el evento del artículo 373 que regula única y exclusivamente los casos dentro de los cuales se conjugan la flagrancia y la captura en el caso del ‘servidor publico’, el artículo 344 que autoriza el allanamiento sin previa orden escrita del fiscal en casos de flagrancia, sin que la penetración al lugar no abierto al público se supedite al logro o no de la captura de los responsables pues lo que allí se busca es ante todo ‘impedir que se siga ejecutando el hecho’, o el artículo 322 cuando faculta a la policía judicial para recibir versión ‘a la persona capturada en flagrancia y al imputado que voluntariamente la solicite, para resaltar la excepcionalidad de esa autorización concebida ante todo como oportunidad para que el retenido pueda procurar en su favor las constataciones inmediatas que puedan favorecerle, y que de otra manera se perjudicarían con el aplazamiento” (Casación 7142 Septiembre 9 de 1993. M.P. Drs. Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda).

No sobra recordar que cuando se trata de delito flagrante, la captura sin orden judicial se autoriza aun cuando éste no tenga medida de aseguramiento de detención preventiva, caso en el cual puesto el capturado a disposición del funcionario judicial y recibida la indagatoria se le dejará en libertad, según las voces del artículo 371 del C. de P.P.

Ahora bien, quienes aseveran que la flagrancia comporta la captura, citan entre sus argumentos que bastaría que una persona o grupo de personas dijera haber visto a alguien cuando realizaba un delito, para que mucho tiempo después se pudiera operar la captura sin orden escrita de autoridad judicial. Al respecto se permite la Sala reiterar que lo que autoriza la excepción a la reserva judicial es la imposibilidad física de obtener el mandamiento judicial de captura, pues la premura de los acontecimientos hace irracional tal exigencia, como también lo sería permitir la huida del autor o partícipe. Pero es obvio, que desaparecida esa urgencia no tiene razón la excepción, por lo cual, si que se desvirtúe el sorprendimiento en flagrancia, se requerirá la orden judicial para proceder al apresamiento. Siendo la regla general la de que sólo mediante mandamiento judicial escrito se puede privar de la libertad, y siendo la captura en flagrancia una excepción, se debe interpretar de manera restrictiva, es decir, que desaparecido el motivo para apresar sin tal orden, ésta se requerirá de manera inexorable.

Ha dicho la Corte Constitucional: “Igualmente señala la Corte que por tratarse de excepciones al principio general de la reserva judicial en materia de libertad personal e inviolabilidad de domicilio, son fenómenos que deben ser interpretados de manera restrictiva a fin de no convertir la excepción – allanamientos o detención sin orden judicial – en la regla. (Sentencia C-024, citada).

En lo atañedor a la exclusión de rebaja por confesión, exceptuada para la flagrancia, la razón radica en que ésta constituye una evidencia procesal y se relaciona con la prueba directa de los hechos, por lo que aquella sería ineficaz, es decir, no sería efectiva ayuda a la justicia. En la providencia transcrita de la Sala Penal (Casación Nº 7142 de septiembre

9 de 1993), se dice: “ese beneficio de claro espectro hacia una política criminal de colaboración con la justicia, carece de sentido si el procesado aparece sometido por la fuerza de las evidencias que derivan de un sorprendimiento flagrante, así no haya operado bajo esas circunstancias su captura”.

La comprobación del hecho punible y el descubrimiento de sus autores o partícipes es generalmente difícil, pues se presenta ante los ojos del aparato de justicia como un fenómeno histórico, que es necesario reconstruir, a través de medios indirectos, como son las huellas y rastros dejados por el mismo. Tal dificultad se allana grandemente cuando la persona es sorprendida en el momento de su comisión o instantes después e identificada, así no se logre su apresamiento, lo que constituye razón para afirmar que una confesión rendida en tales circunstancias resulta ineficaz

Al respecto se sostuvo por la Sala, con ponencia del doctor Jaime Giraldo Angel, en providencia del 17 de noviembre de 1988, conservando la plenitud de su vigencia: “Ahora bien, cuando sorprendida una persona en la comisión de un hecho delictuoso, y se le identifica en forma plena y segura pero no se logra su captura, es factible hablar de flagrancia, por lo que en el caso de surgimiento posterior de una confesión es dable desestimarla como aminorante de pena, porque la flagrancia sí se dio, aunque sin su correlato de la captura, aspecto este último que no exige el citado artículo 301 para establecer la desfavorable consecuencia que prevé”.

Finalmente, se ha expuesto por la mayoría de esta Sala, en doctrina que a ese respecto se recoge, que para que haya flagrancia es menester que el que presencia o se aperciba de la ejecución material del punible debe tener “conciencia de la ilicitud de la conducta realizada, observándose, entonces, que en estos casos el hecho cometido por si mismo pregona su punibilidad, además de poderse contar con el fácil diligenciamiento de las pruebas que deben aportarse... No hay, se reitera, la flagrancia cuando la víctima o terceros no descubren, al momento de ejecutarse el punible, su carácter

delictivo. Es necesario, pues que el ofendido, o terceras personas sientan, con la comisión del hecho, que se perpetra o intenta perpetrar un delito que sacude su sentimiento y desencadena la reacción denunciatoria (voces de auxilio) y persecutoria de quien así se comporta, cuando ella es física y psíquicamente posible. De ahí que no se puede hablar de flagrancia en el caso del estafador que gira un cheque de chequera robada para pagar una compra sin que el vendedor se percate del engaño que es objeto, o el terrorista que entrega en la portería de un edificio una carta bomba que estalla varias horas o días después, así se le capture posteriormente como resultado de la investigación". (Decisión del 16 de noviembre de 1988. M. P. Dr. Jaime Giraldo Angel).

Disiente, ahora, la Sala de tal planteamiento, pues no se considera necesario que quienes se dan cuenta de la ejecución material del hecho y de su autor, bien sea directamente o a través de elementos mecánicos, como una filmación, tengan conciencia de su ilicitud, pues bien puede acontecer que ésta solo se descubra después, sin que se desnaturalicen los requisitos de la flagrancia, esto es, haberse presenciado la ejecución material y haberse identificado al autor o partícipe. Piénsese en el presunto comprador que entra a una joyería, se hace mostrar varias joyas y en un descuido cambia la genuina por una falsa, lo que se descubre ulteriormente, pero habiendo sido plenamente identificado por el vendedor e incluso habiendo quedado filmado todo el acontecer fáctico. No sería lógico concluir que como en el momento de la verificación material de la conducta no se tuvo conocimiento de que se estaba cometiendo un delito, no habría flagrancia, cuando se están dando, de manera inequívoca, los presupuestos de la misma.

Ahora bien, en el caso que ocupa la atención de esta Corporación no hay duda que el acusado fue sorprendido en situación de flagrancia por los testigos Carlos Arturo Marín y Edgar Mauricio Garcés, quienes no sólo presenciaron el desarrollo de su conducta, sino que fijaron sus rasgos básicos, los que, en general, coinciden con los consignados por el instructor en la diligencia de indagatoria, lo que permitió inferir que se trataba de la misma

persona, es decir, que si fue identificado, sin que el delito flagrante se desnaturalice, por no haber sido capturado.

El Tribunal para denegar la rebaja de pena por confesión argumentó así:

“De acuerdo con lo referido en el proceso, los hechos fueron presenciados, no desde el original inicio, pero sí desde el momento en que se desarrollaron por el encausado, esto es, desde cuando ALFONSO RUIZ GAMBOA accionó su arma de fuego contra Guillermo Alberto Ramírez Murillo, por los testigos Carlos Arturo Marín Infante y Edgar Mauricio Garcés Bohórquez, los cuales, si bien es cierto no acertaron en calcularle la edad al autor, ni en indicar la vestimenta que tenía, la verdad es que suministraron otra información que conduce a la individualización del agente, como es la referida a que era el único hombre que viajaba en el puesto de atrás del carro en que se movilizaba la familia Ruiz, quien además tenía entradas profundas, usaba gafas, bigote y era un poco barrigón. Estos detalles permitían sin duda su individualización y posterior identificación, por lo que, imperativo es concluir entonces, que nos hallamos frente a un caso de flagrancia, y por ende, a pesar de la confesión de Ruiz Gamboa, no hay lugar a la reducción de pena contemplada en el artículo 299 del C. de P.P.”.

Además, para que se reconozca la diminuyente por confesión, simple o calificada, se requiere que ésta sea eficaz, esto es, soporte de la sentencia condenatoria, determinante de la misma y efectiva ayuda a la justicia, requisito que tampoco se cumple en este proceso, pues la versión del procesado únicamente fue tomada en cuenta por los juzgadores para reconocerle el estado emotivo de la ira y no para el juicio de responsabilidad al que se llegó con prueba diversa.

En las anteriores condiciones, la censura no prospera.

El tercer cargo lo formula el libelista también al amparo de la causal primera, por violación indirecta de la ley sustancial, por cuanto el Tribunal supuso una prueba y con

base en ella dió por demostrados los perjuicios materiales, vulnerando el artículo 107 del Código Penal por aplicación indebida.

Asevera que tales perjuicios no se encuentran acreditados en el plenario y, además, que el occiso fue quien ocasionó la tragedia y que conforme al artículo 104 del Código Penal, sólo tienen derecho a la acción indemnizatoria las personas perjudicadas por el hecho punible.

Sea lo primero observar que este cargo es autónomo, en el sentido de que no depende de los reproches penales formulados y que está referido exclusivamente a la indemnización de los perjuicios materiales decretados en la sentencia, por lo cual, y de acuerdo con el artículo 221 del C. de P.P., deberá tener como fundamento las causales y la cuantía por recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil.

En cuanto al primer presupuesto, y aun cuando el impugnante acude a las causales previstos en el C. de P.P., la Sala estima que se cumple, pues la circunstancia de invocar el estatuto mencionado no constituye falla fundamental de técnica que impida el estudio del reproche, siempre y cuando esté adecuadamente aducido y sustentado. Además, porque la causal invocada es sustancialmente igual a la prevista en materia civil (art.368, modificado por el Decreto 2282/89, art. 1º numeral 183).

En lo que concierne con el segundo requisito, tiene que ver con el interés por razón de la cuantía, el cual no se llena. En efecto, en el año de 1994, cuando se presentó la demanda, estaba fijada en \$27'400.000.00, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 366 del C. de P. C. (modificado por el Decreto 2282/89, artículo 1º numeral 182), suma ésta muy superior a la impuesta como indemnización de los perjuicios materiales, que por ser de 700 gramos oro, apenas superaría los 7 millones de pesos, teniendo en cuenta el valor del gramo oro, en ese entonces.

Como quiera que el casacionista carece de interés por razón de la cuantía, no es

procedente estudiar de fondo la censura.

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

RESUELVE

NO CASAR la sentencia de origen, fecha y contenido analizados en esta providencia.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen.

Comuníquese y cúmplase.

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

Aclaración de Voto

JORGE E. CORDOBA POVEDA

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

EDUARDO TORRES ESCALLON

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

CONJUEZ

Secretaria

Proceso No. 9602 Aclaración de Voto

ACLARACION DE VOTO

No obstante que estoy de acuerdo con la decisión tomada en cuanto creo que en este asunto no era procedente otorgar rebaja de pena por confesión, pues dada la calificación introducida en ella no fue una ayuda para la instrucción ni es el fundamento del fallo impugnado, me permito aclarar el voto en cuanto no comparto las consecuencias que se otorgan a la flagrancia sin captura, por razones que en oportunidad anterior quedaron consignadas en aclaración de voto suscrito con el doctor EDGAR SAAVEDRA ROJAS en la casación No.7142 cuyas partes pertinentes estimo oportuno transcribir a continuación, omitiendo la referencia a puntos que la mayoría ha venido modificando:

“El único concepto válido de flagrancia con consecuencias jurídico-procesales es el contenido en la Carta Política, y por ello la interpretación de su alcance y contenido no debe hacerse tomando como única base la norma procesal, sino que debe ser entendido a la luz del artículo 32 del texto constitucional cuando sostiene: “El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador”.

De conformidad con ese texto superior si una persona sorprende a otra en el momento de una realización delictiva y no logra la captura, deberá presentarse ante la autoridad y denunciar el hecho o servir como testigo haciendo un relato de los hechos percibidos, dando la respectiva identificación o individualización del autor de tal conducta.

Tan acertada es esta interpretación, por demás fiel a los lineamientos constitucionales, que la definición del vocablo flagrancia, desde la perspectiva jurídico-constitucional-procesal, se encuentra en el Título III del Código de Procedimiento Penal que trata sobre “Captura, medidas de aseguramiento, libertad provisional y Habeas Corpus” y de manera

específica en el Capítulo I que alude de manera especial a la “Captura”, porque es obvio que el sorprendimiento de un delincuente en el momento de su accionar antisocial solo puede tener relevancia si es capturado de inmediato.

No se puede desconocer que la interpretación dada desde la perspectiva de la lingüística admite las dos posibilidades, esto es, que se entienda sorprendida en flagrancia la persona que ha sido vista en el momento de realizar una conducta delictiva; y la universalidad del idioma igualmente permite la expresión gramatical de haber sido capturado en flagrancia, cuando el ciudadano no solo fue sorprendido, sino también capturado en ese momento. Pero frente a tal reconocimiento se debe actualizar la aplicación de una norma importantísima de interpretación jurídica contenida en el artículo 28 del C. C. en cuanto determina: “ Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal”.

Es lo que sucede en este evento, porque como se expuso con anterioridad, el concepto lingüístico admite la concurrencia de dos situaciones fácticas relacionadas con el término flagrancia; una la del simple sorprendimiento, y la segunda, la del sorprendimiento seguido de captura. No obstante, tal posibilidad lingüística es restringida por el constituyente en cuanto recurre al vocablo flagrancia para unirlo indisolublemente al de captura, como ya se vió en la cita del texto constitucional y como ocurre en la realidad legal de la norma procesal, en donde se define la flagrancia indiscutiblemente referida a la captura.

Ello es así, porque la preceptiva constitucional comentada no establece un derecho, sino una excepción al derecho consagrado en el artículo 28 de la Carta, en cuanto garantiza la libertad y la imposibilidad de que esta sea desconocida salvo por “ virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y

por motivos previamente definido en la ley”.

De tal manera que si se trata de una excepción al procedimiento constitucionalmente previsto para que un ciudadano pierda la libertad, es apenas obvio que la Carta hace relación a la flagrancia en un concepto inescindible con el de la captura, puesto que en el artículo 28 dispone que solo se podrá ordenar la pérdida de la libertad por medio de orden escrita de autoridad judicial; y en el artículo 32 establece una excepción, en cuanto que, si el delincuente es sorprendido en flagrancia, la captura se puede realizar sin que sea menester la previa orden escrita de autoridad judicial.

En el mismo sentido se define el concepto de flagrancia en la norma procesal penal, esto es, refiriéndola a la captura; y por ello se integra dentro del respectivo título y capítulo donde se prevén todas las formas autorizadas de captura existentes en la Constitución y la ley.

Las expresiones flagrancia y captura en flagrancia son utilizadas en numerosas normas procesales. Es así como el artículo 370 define lo que es flagrancia; el artículo 371 precisa el procedimiento a seguir para el capturado en flagrancia; y el 373 regla el procedimiento que impera para la captura en flagrancia del servidor público.

Es importante destacar como en el 372 que consagra la captura del públicamente requerido al establecer que: “ En estos casos, se aplicará lo dispuesto para las situaciones de flagrancia” y obsérvese que en esta norma no se le agrega el vocablo captura, pero es perfectamente evidente y lógico que se está refiriendo al procedimiento a seguir cuando se presenta la captura en flagrancia previsto en el artículo 371.

Es apenas lógico concluir que cuando el legislador utiliza la expresión flagrancia, en la parte subrayada por la Sala, está haciendo alusión única y exclusiva a la captura en flagrancia, así no utilice el primer vocablo, es decir “captura”.

En las anteriores circunstancias es imperioso que el intérprete, en el análisis gramatical de las expresiones legales referidas a la flagrancia, así no se mencione o cite el vocablo captura, deba sobreentenderlo ligado al anterior, porque ha sido querer del constituyente y del legislador darle esta especial connotación, por fuera de las eventualidades que pudieran surgir de la utilización del lenguaje en toda su universalidad.

Por ello, la concepción de la jurisprudencia que se analiza resulta equivocada, porque, bien sea para referir la flagrancia a la captura sin orden judicial, o a las consecuencias que puede tener en relación con la rebaja de pena por confesión, prevista en el artículo 392, necesariamente al sorprendimiento ha de subseguir la captura, porque si se da solo el sorprendimiento, el acto de presenciar un hecho delictivo derivará en una declaración en la que el testigo manifestará ante las autoridades lo que ha presenciado, pero en nada más”.

Cabe agregar a lo transcrito, que tiene sentido que no se reconozca rebaja de pena cuando la persona ha sido capturada en flagrancia, pues en esos casos el hecho de confesar no es un aporte fundamental al proceso, y más que la voluntad de querer facilitar la investigación la confesión surge como obvia. Distinto es cuando pese a ser visto en el momento de cometer el ilícito, en lugar de controvertir la veracidad de esas versiones el sindicado decide corroborarlas con una confesión, pues en esas condiciones la prueba tiene gran importancia, y sin duda facilita notablemente la decisión.

En el caso resuelto en esta oportunidad el concepto se amplió a tal grado, que la mayoría entiende como suficiente individualización del autor del hecho que los testigos informaran que la persona que disparó fue “el hombre que viajaba en el puesto de atrás del carro, que tenía entradas profundas, usaba gafas, bigote y era un poco barrigón”, no acertando sobre la edad probable, ni tampoco sobre la ropa que vestía, descripción francamente muy general que puede corresponder a muchas personas, y que aún con

ella hubiera sido muy difícil la investigación si por ejemplo el conductor lesionado hubiera dicho que el autor de los disparos fue alguien que recogió en la calle y cuya identidad desconocía.

Muy poco va a ayudar el criterio expuesto en esta jurisprudencia a la pretensión del legislador de que los sindicatos confiesen a cambio de una rebaja de pena, pues en lugar de ser un mecanismo cierto y de fácil aplicación, que invite al delincuente a confesar para que de ese modo se agilice la administración de justicia, cada vez se le agregan más obstáculos y se buscan más razones para no acceder a la rebaja, de modo que prácticamente la confesión de quien ha sido visto por alguien en el momento de la ejecución del delito ningún beneficio le repara, así el testigo solamente pueda decir que el que lo hizo fue “un hombre con entradas y barrigón”.

Con el debido respeto por la sustentación que no comparto, dejo así aclarado mi voto.

RICARDO CALVETE RANGEL

Magistrado

Fecha ut supra.

1 Por ejemplo, dice el artículo 127 del Código de Procedimiento Penal Alemán “Si alguien fuese sorprendido in fraganti o perseguido, estarán todos autorizados, cuando fuese sospechoso de fuga o no pudiese constatarse de inmediato su identidad, a detenerlo provisionalmente, también sin orden judicial ...”. Y el artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España: “Cualquiera puede detener: ... 2º al delincuente ‘in fraganti’”

2 Así el artículo 382 del Código de Procedimiento Penal Italiano dice: “Se encuentra en estado de flagrancia quien es sorprendido en el acto de cometer el reato, o si inmediatamente después de cometido, es perseguido por la policía judicial, por la persona ofendida o por otras personas, o es sorprendido con cosas o huellas de las que se deduzca que inmediatamente antes ha cometido el reato”. El artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España decía: “Se considera delito flagrante el que se estuviere cometiendo o se acabara de cometer cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos” . También usan la expresión el artículo 60 de la Constitución Nacional de Venezuela y el artículo 127 del Código de Procedimiento Penal Alemán, antes citado, entre otros.