

Proceso No 18114

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No. 119

Bogotá, D. C., quince (15) de mayo de dos mil ocho (2008).

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de CARLOS HUMBERTO ZIPA FONSECA en contra del fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la condena de cuarenta y dos años de prisión que por el delito de homicidio agravado profirió en contra del procesado el Juzgado Treinta y Seis Penal del Circuito de esta ciudad.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 2 de septiembre de 1998, en horas de la tarde, dentro del autobús de servicio público de placas SCD-660, afiliado a la empresa Expreso Imperial, el propietario del vehículo CARLOS HUMBERTO ZIPA FONSECA y otros individuos, utilizando elementos contundentes y punzantes, le quitaron la vida al pasajero Plinio Jiménez Alarcón, a

quien el primero había citado con el fin de sustraer los documentos que acreditaban la deuda que por la suma de cinco millones de pesos había adquirido con este último.

2. Capturado CARLOS HUMBERTO ZIPA FONSECA dentro del vehículo de placas SCD-660 y al lado del cadáver, la Fiscalía General de la Nación ordenó la apertura formal de la investigación, lo vinculó mediante diligencia de indagatoria, le profirió medida de aseguramiento y calificó el mérito del sumario, acusándolo de la conducta punible de homicidio agravado, de conformidad con lo establecido en los artículos 323 y 324, numeral 2 (para consumar el delito de destrucción, supresión y ocultamiento de documento privado), del decreto ley 100 de 1980, anterior Código Penal.

3. Confirmada la resolución acusatoria, correspondieron las diligencias para su conocimiento en la etapa siguiente al Juzgado Treinta y Seis Penal del Circuito de Bogotá, despacho que una vez agotada la audiencia pública condenó al procesado como coautor responsable del delito en comento a la pena principal de cuarenta y dos años de prisión, a la accesoria de ley por un término de diez años y al pago de 2.450 gramosoros como daños y perjuicios derivados de la ejecución de la conducta punible.

4. Apelada la sentencia por el defensor, el Tribunal Superior de Bogotá la modificó de manera parcial, en el sentido de declarar cancelada la indemnización, y confirmó en todo lo demás que había sido materia de impugnación a la providencia de primera instancia.

5. Contra el fallo de segunda instancia, el apoderado de CARLOS HUMBERTO ZIPA FONSECA interpuso el recurso extraordinario de casación, cuya demanda se declaró desde el punto de vista formal ajustada a derecho y sobre la cual la Procuraduría General de la Nación emitió el concepto respectivo.

LA DEMANDA

1. Primer cargo

Sostuvo el demandante que el fallo impugnado se dictó en un juicio viciado de nulidad, por cuanto el abogado que formalmente asistió a su protegido en la diligencia de indagatoria y hasta que se profirió el cierre de la investigación no solicitó la práctica de medio de prueba alguno, ni asistió a la realización de las declaraciones para poder contrainterrogar a los testigos, ni tampoco buscó que el procesado se sometiera al mecanismo de la sentencia anticipada a pesar de que confesó, ni mucho menos impugnó la medida de aseguramiento a fin de cuestionar la configuración de la circunstancia específica de agravación.

Agregó igualmente que el funcionario instructor que ordenó el cierre de la investigación lo hizo sin haber practicado las pruebas ordenadas por el Fiscal de la Unidad de Reacción Inmediata que conoció inicialmente del caso, con lo cual se incurrió en una vulneración sustancial al derecho fundamental del debido proceso según lo establecido en la sentencia SU-087 de la Corte Constitucional.

2. Segundo y tercer cargo

Sostuvo el defensor que, a pesar de que CARLOS HUMBERTO ZIPA FONSECA confesó su participación en los hechos durante la diligencia de indagatoria, así como manifestó su deseo de colaborar con la justicia, la Fiscalía no dio aplicación al artículo 37A del decreto 2700 de 1991, anterior Código de Procedimiento Penal, que trataba sobre la audiencia especial.

Añadió que dicha irregularidad condujo igualmente a que no se le diera aplicación al numeral 1 del artículo 37B de dicho ordenamiento, que se refiere a la acumulación de dicho beneficio con la rebaja contemplada en el artículo 299 ibídem.

3. Cuarto cargo

Adujo el demandante que hubo una violación directa de la ley sustancial, en cuanto dejó de aplicarse la rebaja señalada en el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal anterior, debido a la confesión por parte de CARLOS HUMBERTO ZIPA FONSECA en diligencia de indagatoria, que constituyó el sustento probatorio de la segunda instancia para confirmar la sentencia condenatoria proferida por la primera.

Precisó igualmente que debía reconocérsele al procesado la naturaleza calificada e indivisible de su confesión, como cuando éste afirmó que en ningún momento tocó la víctima del delito.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. Además de referirse a los errores lógicos y de debida argumentación respecto de los cargos formulados por el demandante, la representante de la Procuraduría General de la Nación manifestó acerca de los mismos que, en primer lugar, el no seguir los criterios estratégicos y defensivos de quien propone la nulidad por ausencia de defensa técnica no demuestra por sí solo la afectación de la garantía fundamental en comento; y que, en el presente caso, dadas las circunstancias en las que se produjo la captura de CARLOS HUMBERTO ZIPA FONSECA, así como las declaraciones de los testigos que presenciaron la agresión de la que fue víctima Plinio Jiménez Alarcón, e incluso la misma admisión de los hechos por parte del procesado, resultaba difícil trazar una línea defensiva de corte activo con miras a favorecer a este último, como insistir en la práctica de pruebas decretadas por la Fiscalía.

2. En segundo lugar, destacó que, si bien es cierto que el aquí demandante recurrió la decisión de cerrar la investigación cuando asumió la asistencia letrada de CARLOS HUMBERTO ZIPA FONSECA, también lo es que en dicha oportunidad solicitó la práctica de medios probatorios distintos a los ordenados en primer término por el funcionario

que inició la instrucción, con lo cual se establece la falta de conducencia de los mismos, así como la ausencia de incidencia favorable en la situación del procesado y de su capacidad para haber modificado el fallo.

Agregó que tampoco es posible sostener que hubo arbitrariedad o inercia por parte de la Fiscalía, pues la actividad probatoria llevada a cabo en aras de esclarecer tanto la ocurrencia de los hechos como la participación de CARLOS HUMBERTO ZIPA FONSECA fue abundante y suficiente, además de que dispuso razonables medidas para garantizar la práctica de los testimonios decretados.

3. En tercer lugar, sostuvo que era equivocada la interpretación que de las manifestaciones del procesado en la diligencia de indagatoria efectuó el demandante, en el sentido de que lo que quería hacer era acogerse a la figura de la audiencia especial que contemplaba el Código de Procedimiento Penal por entonces vigente, por cuanto el deseo de “colaborar con la justicia” a que hizo mención CARLOS HUMBERTO ZIPA FONSECA bien podía entenderse como la simple exteriorización del ánimo de confesar, aparte de que tampoco fue viable, con fundamento en sus afirmaciones, un verdadero aporte eficaz en aras de la identificación de los otros partícipes.

Añadió igualmente que, si lo que había querido el procesado era someterse al mecanismo de la sentencia anticipada, en la etapa de juicio se realizó, con la asistencia del hoy demandante, una audiencia para tal fin, en la que CARLOS HUMBERTO ZIPA FONSECA se negó a aceptar los cargos imputados en la acusación.

4. En cuarto lugar, indicó que la reducción de la pena por confesión no resulta aplicable en este caso, pues el procesado fue capturado en flagrancia, mientras se encontraba dentro del bus de placas SCD-660, en donde fue hallado el cadáver de Plinio Jiménez Alarcón, con rastros de sangre en su cuerpo.

En consecuencia, solicitó que no se casara la sentencia objeto de impugnación.

CONSIDERACIONES

1. Presentación y orden de análisis

En razón de la naturaleza de los problemas jurídicos que propuso el demandante en sus respectivos reproches, la Sala los resolverá en el siguiente orden: en principio, analizará lo relativo a la representación del primer defensor del procesado; luego abordará el tema de la omisión de práctica de pruebas durante la etapa de instrucción; a continuación, se referirá a la posibilidad de haber aplicado en el presente caso mecanismos de terminación anticipada en el proceso o beneficios de colaboración eficaz con la justicia; y, por último, determinará si es viable el reconocimiento de la rebaja punitiva por confesión.

2. Del derecho a una representación eficaz

2.1. En la sentencia de 6 de marzo del presente año (radicación 23110), la Corte contempló, como una directa emanación del derecho fundamental de asistencia letrada o de defensa técnica, el derecho que le asiste a todo procesado de ser representado eficazmente por un defensor:

“Circunscrito al deber que le es exigible al abogado de obrar de manera diligente, sin vacilaciones y empleando todos los medios válidos de defensa que considere necesarios¹, el alcance del derecho a una representación eficaz, de acuerdo con la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, tiene que partir de la presunción de que la actuación del letrado ha estado sujeta en todo momento a la salvaguarda de los intereses de su asistido.

”Por ejemplo, en el examen de la comunicación 240/87, se adujo que “en ausencia de una prueba clara de negligencia profesional por parte del abogado, no corresponde al Comité cuestionar el juicio profesional de este último”². Así mismo, en la

comunicación 237/87, se indicó:

""Basándose del material de que dispone, el Comité no puede, sin embargo, llegar a la conclusión de que los dos abogados del autor no pudieron preparar debidamente la defensa del caso ni de que dieran muestras de falta de juicio profesional o incurrieran en negligencia a lo largo de la defensa. El autor alega también que no estuvo presente en la vista de su apelación ante el Tribunal de Apelación. Sin embargo, el fallo escrito del Tribunal de Apelación revela que el autor estuvo representado ante el Tribunal por tres abogados y no hay pruebas de que éstos actuaran con negligencia durante la apelación. El Comité no encuentra, pues, que se hayan violado los apartados b) y d) del párrafo 3 del artículo 14"3.

"En armonía con la directriz contemplada en precedencia, el derecho a una representación eficaz es el que más ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Sala en el ordenamiento jurídico interno. Así, la Corte ha señalado acerca del particular que en sede de casación los profesionales del derecho no pueden

""[...] entrar a postular mejores estrategias defensivas que las asumidas por quien tuvo a cargo durante el trámite judicial la representación de los intereses del procesado, habida cuenta de que el ejercicio de profesiones liberales como lo es la del derecho parte de la base del respeto del conocimiento que cada persona tenga de las materias de las que se ocupa, sin que sea posible determinar en forma acertada o por lo menos irrefutable frente a cada asunto cuál hubiera sido la más afortunada estrategia defensiva, pues cada individuo especializado en estos temas tiene, de acuerdo a su formación académica, experiencia y personalidad misma, su propia forma de enfrentar sus deberes como tal"4.

"[...]

"Tampoco el respeto del derecho a una representación eficaz se mide por la cantidad de

recursos que interponga el defensor, toda vez que el “ejercicio profesional impone lealtad con los intereses que se representan pero igualmente con la administración de justicia, de manera que las vías legales se deben utilizar conforme a su finalidad y no por el prurito de multiplicar las intervenciones de la defensa”⁵.

Adicionalmente, la Sala ha señalado, en relación con el silencio o la inactividad del defensor como estrategia defensiva, que en determinadas ocasiones “la contundencia de la prueba de cargo, plena y hermética, impide aprovechar por inexistente la más mínima incoherencia para edificar, a partir de ella, un trabajo defensivo”⁶:

“Son estas, precisamente, las situaciones a las que se ha referido la Corte en pasadas y múltiples oportunidades, para concluir que en tales eventos la inactividad de la defensa no puede entenderse como el abandono de las obligaciones encomendadas, sino como la expresión de una vigilancia prudente que, por saber la gravedad de las imputaciones y la solidez de la acusación, centra toda su atención en verificar rigurosamente que el proceso se adelante con absoluta sujeción a los preceptos legales y se garanticen a plenitud los derechos del procesado”⁷.

2.2. En el asunto que centra la atención de la Sala, el demandante, quien asumió la defensa técnica de CARLOS HUMBERTO ZIPA FONSECA después de que la Fiscalía ordenó el cierre de la investigación⁸, cuestionó la gestión del anterior profesional del derecho que desde la diligencia de indagatoria asistió al procesado, tras considerar que no había representado eficazmente a su protegido.

Los argumentos empleados por el recurrente, sin embargo, no logran desvirtuar la presunción de que la actuación del letrado fue ajustada a derecho, pues se limitan a destacar solamente su inactividad frente a lo que él en su lugar hubiera hecho (solicitar la práctica de pruebas –sin decir cuáles–, impugnar la medida de

aseguramiento, contrainterrogar a los testigos, cuestionar la agravante específica imputada, etc.), sin que ello implique la demostración objetiva de que el anterior comportamiento profesional fue negligente, ni que a raíz de ello se desconoció de manera significativa el derecho del procesado a una representación eficaz.

Por el contrario, la Sala encuentra tras examinar el expediente que, tal como lo precisó la Procuraduría General de la Nación en su concepto, al defensor que asistió a CARLOS HUMBERTO ZIPA FONSECA a partir de la diligencia de indagatoria le resultaba muy difícil plantear una estrategia defensiva distinta a la propia inactividad probatoria y a la verificación del respeto de los derechos fundamentales del procesado durante el devenir de la actuación procesal.

En efecto, la Fiscal que dio inicio a la actuación realizó una inspección judicial al sitio en donde se encontró el cadáver de Plinio Jiménez Alarcón y allí practicó las declaraciones de los menores F. P. G. y M. G. S.9, testigos que presenciaron los hechos. El último de ellos señaló que vio cuando los agentes de policía capturaron a la persona que se quedó dentro del bus de placas SCD-660, quien era el que manejaba el vehículo (“los agentes detuvieron fue al conductor, no es más”10). Y el primero afirmó que observó a la víctima mientras era agredida en el autobús y el vehículo estaba siendo conducido (“vi cuando le estaban pegando al señor que está muerto ahí en el bus, el bus bajó despacio, frenó en la curvita y paró, venían cuatro personas en el bus y cinco con el muerto, uno venía al rincón, uno manejando y dos que le iban pegando al señor, el señor gritaba”11).

Posteriormente, CARLOS HUMBERTO ZIPA FONSECA, cuando fue vinculado mediante diligencia de indagatoria, en la que de manera previa se le informaron los derechos que tenía a guardar silencio y a no incriminarse12, confesó su participación en los hechos de la siguiente manera:

“Quiero manifestarle a la Fiscalía que deseo confesar el hecho de manera libre y voluntaria, confieso que sí, en la realidad, yo mandé hacer ese crimen, por lo tanto, lo hago porque el señor era demasiado [sic] grocero [sic], lo ultrajaba a uno, era totalmente [sic] grosero [sic] con la persona”¹³.

Ese mismo día, declaró Jairo Enrique Torres Maldonado, yerno de la víctima, quien confirmó que el día de los hechos su pariente salió a cobrar un dinero que le adeudaba una persona que al parecer se apellidaba ZIPA (“se iba a recoger una plata que le iban a pagar [...] creo que el señor que le debía la plata es de apellido ZIPA”¹⁴).

Igualmente, Martha Rocío Jiménez Bautista, hija de Plinio Jiménez Alarcón, sostuvo que el motivo de la cita entre ZIPA y su señor padre consistía en el pago de una deuda que aquél le debía a éste, de suerte que el día de su muerte se llevó consigo todos los documentos que acreditaban la existencia de dicha obligación:

“Tengo idea que fue por la plata que se le debía a mi padre de arreglo de un bus, del cual se le debía todo, tenía como soporte de esa deuda letras, cheques y un contrato, el día que salió llevaba todo, sé que él tenía una cita con el señor ZIPA, que no sé concretamente el nombre [...] Él tenía los recibos, letras y cheques y demás documentos en la agenda que él llevaba, él tiene en la casa letras y cheques de otra gente que él le prestaba, pero del señor ZIPA no hay anotado nada, él llevaba todo eso ese día”¹⁵.

Y, por último, Rafael Ignacio Jiménez Alarcón, hermano de Plinio Jiménez Alarcón, sostuvo que la deuda que tenía ZIPA con éste ascendía aproximadamente a los “cinco millones de pesos”¹⁶.

Con estos medios de prueba (que fueron utilizados por el organismo instructor para proferir la medida de aseguramiento¹⁷), resultaba muy complicado, desde el punto de vista de lo razonable y del respeto por el principio de lealtad, exigirle al

defensor de CARLOS HUMBERTO ZIPA FONSECA que asumiera una actitud probatoria distinta a la pasiva, o que impugnara la mencionada resolución con el fin de cuestionar la configuración de la circunstancia de agravación prevista en el numeral 2 del artículo 324 del anterior Código Penal, o que interrogara a unos testigos que habían sido enfáticos y consistentes en sus deposiciones, o que en general adoptara una estrategia diferente a la de velar para que no se ignoraran los derechos fundamentales de su protegido.

Tampoco era razonable esperar que el defensor impulsara cualquier mecanismo de terminación anticipada del proceso o de colaboración eficaz, pues la procedencia de los mismos dependía principalmente de la voluntad del procesado y, como se analizará más adelante (infra 4), CARLOS HUMBERTO ZIPA FONSECA jamás quiso llegar a algún tipo de acuerdo o beneficio con la administración de justicia.

El reproche, en consecuencia, está destinado al fracaso.

3. De la omisión en la práctica de pruebas

3.1. La jurisprudencia de la Sala ha establecido de manera enfática y reiterada que “la autoridad judicial está en el deber de practicar las pruebas que tengan capacidad de ofrecerle la información requerida para obtener certeza sobre el objeto principal del proceso, atinente a la verdad real”¹⁸ y, por lo tanto, el funcionario judicial “no está obligado a recopilar la totalidad de las pruebas que puedan practicarse, sino aquellas que resulten conducentes, pertinentes, eficaces y útiles a la investigación, por ofrecer elementos de juicio no conocidos o aclarados suficientemente en la actuación respecto de lo que se ha de resolver en el proceso penal, todo lo cual debe ser demostrado por el censor en el cargo”¹⁹.

En cuanto a la trascendencia de las omisiones en materia probatoria, la Corte también ha dicho lo siguiente:

“[...] es preciso recordar que la posibilidad de declarar la nulidad no deriva de la prueba en sí misma considerada, sino de su confrontación lógica con las que sí fueron tenidas en cuenta por el sentenciador como soporte del fallo, “para a partir de su contraste evidenciar que las extrañadas, de haberse practicado, derrumbarían la decisión, erigiéndose entonces como único remedio procesal la invalidación de la actuación censurada a fin de que esos elementos que se echan de menos puedan ser tenidos en cuenta en el proceso””²⁰.

3.2. En el asunto materia de interés, es cierto que no se practicaron todas y cada una las pruebas ordenadas en la decisión que dispuso la apertura de la investigación²¹, pues, además de los medios de prueba ya relacionados en precedencia (supra 2.2), la Fiscalía, con posterioridad a la resolución que definió la situación jurídica de CARLOS HUMBERTO ZIPA FONSECA, tan solo practicó las declaraciones de Parmenio Robles Cárdenas²² y Luis Felipe Prieto Torres²³ (con las cuales corroboró la configuración de la circunstancia de agravación), así como allegó al expediente retratos hablados de los otros partícipes²⁴, antes de ordenar la clausura de la investigación²⁵.

Tal anomalía, sin embargo, no resulta relevante para efectos de la causal tercera de casación, en la medida en que el demandante no sólo dejó de señalar específicamente las pruebas cuya práctica extrañaba, sino que además no las confrontó en forma lógica con las que sí fueron tenidos en cuenta por las instancias, para de esta manera demostrar que la única consecuencia de dicha pretermisión tenía que ser la invalidación de lo actuado.

Tampoco se puede ignorar, como de manera acertada lo destacó el Ministerio Público en su concepto, que la intrascendencia de la omisión probatoria en comento refulge igualmente con la actuación procesal del aquí demandante, quien interpuso recurso de reposición en contra de la resolución que ordenó el cierre de la

investigación, solicitando la práctica de medios probatorios distintos a los contemplados en la apertura de la instrucción²⁶.

Finalmente, no sobra precisar que la sentencia SU-087 de 1999 de la Corte Constitucional a que hizo mención el demandante se refiere a una situación fáctica y procesal muy distinta a la sometida a consideración en este asunto, pues en el fallo de tutela en comento la afectación al derecho fundamental de defensa obedeció a que el funcionario judicial nunca practicó las pruebas que había decretado por solicitud de la defensa, de suerte que su trascendencia se presumía por ese solo hecho.

En palabras de la Corte Constitucional, “la práctica de la integridad de las pruebas que hayan sido solicitadas por el procesado y decretadas por el juez hace parte del debido proceso y este derecho fundamental resulta vulnerado cuando la autoridad judicial obra en sentido diferente”²⁷.

Lo que sucedió en el presente caso, por el contrario, fue la falta de práctica de algunas pruebas que habían sido decretadas de manera oficiosa en la resolución que ordenó la apertura de la investigación, y que durante el desarrollo de la misma ni siquiera fueron consideradas conducentes, pertinentes, eficaces o útiles por parte del profesional del derecho, ni mucho menos por la Fiscalía General de la Nación.

Este reproche, por consiguiente, tampoco tiene vocación de éxito.

4. De la no materialización de mecanismos anticipados de terminación anticipada del proceso o de beneficios por colaboración eficaz con la justicia

La supuesta irregularidad que en este punto aduce el demandante tuvo su origen al finalizar la diligencia de indagatoria, cuando CARLOS HUMBERTO ZIPA FONSECA confesó su participación en la muerte de Plinio Jiménez Alarcón y manifestó su deseo

de “colaborar con la justicia”:

“Preguntado. Dígale a la Fiscalía si desde agregar, corregir o enmendar algo más a su indagatoria. Contestó. Que me siento culpable de los hechos y quiero colaborar con la justicia. Preguntado. ¿En qué sentido quiere colaborar? Contestó. En gente que deba algo con la justicia, en lo que más se pueda. Preguntado. ¿Va a colaborar para la identificación e individualización de los otros partícipes del hecho investigado? Contestó. Pues sí, ypues [sic] eso sí no sé cómo se llamarán, ni en dónde viven, no había visto antes a los otros dos. Preguntado. Concrétele a la Fiscalía en qué consistió su participación o autoría en el homicidio. Contestó. Totalmente yo contraté, no toqué al occiso para nada”²⁸.

Del interrogatorio anterior, no se puede establecer que el procesado haya expresado su deseo de acogerse a los beneficios por colaboración eficaz contemplados en los artículos 369A y 369C del entonces Código de Procedimiento Penal vigente, decreto 2700 de 1991, pues como bien lo sostuvo la Procuradora Delegada, la expresión utilizada por el procesado podía entenderse como una simple manifestación de la voluntad de confesar y, en todo caso, la funcionaria instructora le preguntó acerca de la posibilidad de determinar a los otros partícipes en la muerte de Plinio Jiménez Alarcón, sin que aportara dato alguno que fuese de interés para el éxito de la colaboración. Así mismo, el demandante tuvo todas las facultades para haber asesorado a su protegido, y haber llegado a un acuerdo en ese sentido, desde el momento en que asumió durante la etapa de instrucción la defensa de sus intereses.

Igualmente, es contrario a la lógica y a la razón suponer que lo que quiso decir CARLOS HUMBERTO ZIPA FONSECA al finalizar la diligencia de vinculación era que quería someterse a mecanismos anticipados de terminación del proceso, como la sentencia anticipada o la audiencia especial previstos en los artículos 37 y 37A del

referido ordenamiento adjetivo.

Pero, en todo caso, si se trataba de lo primero, la jurisprudencia de la Sala ha establecido de manera pacífica y reiterada que, en vigencia del Código de Procedimiento Penal anterior, el funcionario instructor no está obligado a convocar a la audiencia especial, así la práctica de la misma hubiera sido solicitada expresamente por el procesado o su defensor:

“En efecto, dentro de la dinámica que le es propia al mecanismo procesal de la audiencia especial, ésta puede ser convocada a iniciativa del Fiscal o del procesado; pero, como se trata precisamente de un instrumento transaccional ‘sobre la adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional, la preclusión por otros comportamientos sancionados con pena menor, siempre y cuando exista duda probatoria sobre su existencia’ el mismo ordenamiento (art. 37 A parágrafo 2°, inciso 2° del C. de P.P.) dispone que, ‘el fiscal no estará obligado a concurrir a la audiencia cuando advierta que existe prueba suficiente en relación con los aspectos sobre los cuales puede versar el acuerdo’, lo cual significa que no es imperativo del Fiscal convocar o asistir a la audiencia.

”Tratándose entonces de audiencia especial queda a la discrecionalidad del Fiscal, y sólo de él, porque no hay posibilidad alguna de realizarla en el juicio, concurrir a ella o dejar de hacerlo; pero esa potestad de no asistir a dicho acto se sujeta a la consideración de que la transacción no tendría ningún objeto por existir prueba suficiente sobre los aspectos referidos en el artículo 37 A como materia de acuerdo.

”Si el fiscal, en el supuesto ya mencionado, no está obligado a concurrir a la audiencia, es apenas obvio que bajo esa misma consideración de existencia de ‘prueba suficiente en relación con los aspectos sobre los cuales puede versar el acuerdo’

tampoco está obligado a convocarla cuando el procesado se la solicita, siendo tal la situación que se concretó en este asunto”²⁹.

Y si se trataba de lo segundo, es decir, del deseo de acogerse a la sentencia anticipada, la Sala también ha reiterado que, solicitada ésta en la fase instructiva y adelantada durante el juicio, no existe irregularidad alguna si se le reconoce al procesado la rebaja punitiva más favorable correspondiente al primer evento:

“La sentencia anticipada es un acto de postulación discrecional del procesado, pues sólo su voluntad clara de renunciar al procedimiento ordinario la hace viable, y no por la imposición del funcionario, de donde en el presente caso, si éste era su verdadero interés, debió persistir en la etapa del juicio con la consiguiente rebaja como si hubiese ocurrido en la fase instructiva, solución que desnaturaliza el poder de invalidación que a la irregularidad le atribuye el Ministerio Público.

”A dicha solución arribó la Sala en el citado fallo del 16 de abril de 1998, que frente al punto dijo:

”Y en cuanto a la presunta desintegración de las bases del procedimiento, no se advierte de tal entidad el efecto de la irregularidad, porque el juzgado no se inventó el procedimiento especial, si se tiene en cuenta que la sentencia anticipada es un rito cuya procedencia se regula tanto para la fase de la instrucción como en la del juzgamiento. Ahora bien, el reconocimiento de una reducción de la tercera parte de la pena, en lugar de la sexta parte que era la procedente para ese entonces para la etapa del juicio, no sería un error de procedimiento (in procedendo) sino del mérito de la decisión final y concerniente a la aplicación del derecho (in iudicando), pues si se recuerda la letra de los incisos 4° y 5° del artículo 37 del C. P. P., la disminución de pena la hace el juez en la sentencia, después de que ha declarado ausencia de violación de garantías

fundamentales. Por ello, si la situación hubiese sido otra, esto es, si, no obstante haber solicitado oportunamente la sentencia anticipada en el sumario ésta sólo se realiza en el juicio con la rebaja de pena correspondiente a este último momento procesal, la solución tanto en sede de apelación como de casación no sería la nulidad del fallo sino su corrección para ajustar la pena de acuerdo con la reducción autorizada para la oportunidad inicialmente rechazada”³⁰.

En el presente asunto, el hoy demandante solicitó durante la etapa del juicio que se adelantara una diligencia de aceptación de cargos para sentencia anticipada, en la medida en que –según su criterio– CARLOS HUMBERTO ZIPA FONSECA la había solicitado durante la instrucción³¹.

En dicha diligencia, sin embargo, el procesado no aceptó los cargos que se le imputaron en la resolución de acusación:

“Preguntado: ¿El acusado CARLOS HUMBERTO ZIPA FONSECA sí acepta la responsabilidad penal que se le deriva en su contra por los cargos formulados por la Fiscalía 17 y que se le acaban de leer? Contestó: No acepto los cargos”³² (negrillas en el original).

Por lo tanto, siendo la sentencia anticipada un acto discrecional del procesado, la Sala no encuentra anomalía o irregularidad alguna, aun en el evento de que el procesado haya manifestado su deseo de someterse a ella durante la instrucción.

Los reproches formulados en este sentido por el demandante no prosperan.

5. De la rebaja por confesión

5.1. De acuerdo con el artículo 283 del Código de Procedimiento Penal (anterior artículo 299 del decreto 2700 de 1991), la reducción de la pena por confesión del hecho procede cuando la misma se presente durante la primera versión del imputado ante el

funcionario judicial y no se trata de una situación de flagrancia.

5.2. En el presente caso, CARLOS HUMBERTO ZIPA FONSECA fue capturado el 2 de septiembre de 1998 por agentes de la Policía Metropolitana de Bogotá dentro del bus de placas SCD-660 y al lado del cuerpo sin vida de Plinio Jiménez Alarcón, quien momentos antes había sido visto por el menor F. P. G., persona que a su vez dio aviso a las autoridades mientras la víctima era atacada por varios individuos en el vehículo en mención:

“[...] el señor gritaba duro porque nosotros lo escuchamos [...], el bus duró allí como tres minutos y yo subí a la carretera y llamé a la policía y la policía paró y me dijo ‘qué pasó, mijo’ y yo le dije que allí están matando un señor, ellos bajaron en una patrulla de la policía, y la patrulla encerró al bus y fueron a mirar qué estaba pasando y hasta ahí fue”³³.

Adicionalmente, los uniformados encontraron al procesado con rastros de sangre en su ropa y manos, tal como lo reconoció CARLOS HUMBERTO ZIPA FONSECA en la diligencia de vinculación (“cuando le pegaron con una varilla en la cabeza salió el chisquete de sangre que me untó toda la camisa de sangre, [...] él voltió [sic] la cabeza hacia la parte trcera [sic] cogiéndome las manos, llenándomelas de sangre”³⁴).

En este orden de ideas, para la Sala no hay duda alguna de que hubo una situación de flagrancia, según lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 346 de la ley 600 de 2000 (anterior artículo 370 del decreto 2700 de 1991), que señala que dicha figura se configura cuando la persona es “sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas de las cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido una conducta punible o participado en ella”, como ocurrió en este caso.

Lo anterior resulta suficiente para concluir, como lo hizo la representante del Ministerio

Público, que a favor de CARLOS HUMBERTO ZIPA FONSECA no procede la rebaja por confesión.

5.3. Tampoco viene al caso tener en cuenta las circunstancias bajo las cuales el procesado admitió su participación en la muerte de Plinio Jiménez Alarcón, como en determinado momento lo sugirió el demandante, pues, en primer lugar, el móvil señalado por CARLOS HUMBERTO ZIPA FONSECA, en el sentido de que organizó el plan para matar a la víctima porque ésta se comportaba en forma muy grosera con él, fue desvirtuado por las declaraciones de Jairo Enrique Torres Maldonado, Martha Rocío Jiménez Bautista, Rafael Ignacio Jiménez Alarcón, Parmenio Robles Cárdenas y Luis Felipe Prieto Torres, con las cuales los operadores jurídicos llegaron a la certeza de que la muerte obedeció al propósito de cometer el delito de destrucción, supresión y ocultamiento de documento privado, respecto de los papeles que acreditaban la deuda que por la suma de cinco millones de pesos había contraído el sujeto activo con el sujeto pasivo de la conducta, tal se reseñó en precedencia (supra 2.2).

Y, en segundo lugar, también resulta intrascendente establecer si la concreta participación de CARLOS HUMBERTO ZIPA FONSECA durante la ejecución del hecho se redujo a conducir el vehículo de placas SCD-660 o también a agredir directamente a Plinio Jiménez Alarcón hasta el punto de quedar con manchas de su sangre, pues ambos comportamientos se tratan de aportes esenciales que bajo un mismo designio común configuran la modalidad de la coautoría impropia o funcional, contemplada actualmente en el inciso 2º del artículo 29 del Código Penal.

En consecuencia, la Sala no casará la sentencia recurrida en razón de los cargos formulados por el demandante.

6. Por último, es de anotar que, como las sentencias de primera y segunda instancia fueron proferidas en vigencia del anterior ordenamiento sustantivo (decreto ley 100 de

1980)35, el cual establecía para la conducta punible de homicidio agravado una pena de cuarenta a sesenta años de prisión, y como en la actualidad dicha pena oscila de veinticinco a cuarenta años de prisión según lo prevé el artículo 104 de la ley 599 de 2000, le corresponderá al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, conforme a lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 79 del Código de Procedimiento Penal, reconocer en virtud de ese tránsito legislativo la aplicación del principio de la ley penal más favorable.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en razón de los cargos formulados por el demandante.

Contra esta providencia, no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
QUINTERO

ALFREDO GÓMEZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE L.

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Cf. el numeral 11 de la Observación No. 13 del CCPR de la ONU al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2 Comité de Derechos Humanos, comunicación 240/87, 1º de noviembre de 1991, § 8.3.

3 Comité de Derechos Humanos, comunicación 237/87, 5 de noviembre de 1992, § 6.2.

4 Sentencia de 21 de febrero de 2001, radicación 10424

5 Sentencia de 4 de septiembre de 2003, radicación 16146

6 Sentencia de 27 de octubre de 2004, radicación 22305.

7 Ibídem.

8 Folio 135 del cuaderno I de la actuación principal.

9 La Sala se abstiene de dar el nombre completo de estas personas, en atención a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 47 de la ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia.

10 Folio 13 del cuaderno I de la actuación principal.

11 Folio 9 ibídem.

12 Folio 24 ibídem.

13 Folio 47 ibídem.

14 Folio 37 ibídem.

15 Folios 59 y 60 ibídem.

16 Folio 57 ibídem.

17 Folios 65-74 ibídem.

18 Sentencia de 20 de marzo de 2003, radicación 17130.

19 Ibídem.

20 Sentencia de 16 de octubre de 2003, radicación 18084, citando al auto de 12 de marzo de 2001, radicación 16463.

21 Folios 21-22 del cuaderno I de la actuación principal.

22 Folios 79-80 ibídem.

23 Folios 81-84 ibídem.

24 Folios 123-126 ibídem.

25 Folio 127 ibídem.

26 Folios 143-145 ibídem.

27 Sentencia SU-087 de 1999.

28 Folios 48-49 del cuaderno I de la actuación principal.

29 Auto de 25 de agosto de 1998, radicación 13808, citada en la sentencia de 30 de enero de 2003, radicación 13644.

30 Sentencia de 31 de enero de 2002, radicación 11142.

31 Folio 16 del cuaderno II de la actuación principal.

32 Folio 60 ibídem.

33 Folio 9 y 10 del cuaderno I de la actuación principal.

34 Folio 26 ibídem.

35 Cf. folios 33 del cuaderno III de la actuación principal y 31 del cuaderno del Tribunal.