

Terminación anticipada del proceso

El artículo 37 del Código de Procedimiento Penal introdujo la figura de la terminación anticipada del proceso, sin antecedentes en la legislación penal colombiana. Dada la novedad que representa la misma en nuestro sistema procesal, la discusión sobre sus alcances no se ha hecho esperar, como lo demuestran las providencias de los tribunales superiores de Buga y de Medellín y del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales que presentamos a continuación.

Con estos pronunciamientos queremos, pues, iniciar lo que promete ser un interesante debate doctrinal y jurisprudencial.

1. Tribunal Superior de Buga

M. P.: Dr. LUIS FERNANDO TOCORA L.: (integraron la Sala, además, los magistrados Enrique Varón B. y Carlos Hernando Escobar M.).

Marzo 25 de 1993

OBJETO DE ESTA PROVIDENCIA:

Revisar, en virtud del recurso ordinario de apelación, la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esta localidad, calendarada el 26 de enero de este año, mediante la cual se declara la culpabilidad preterintencional del ciudadano D. D. R. en el punible de homicidio cometido en la persona de W. B., imponiéndosele como pena principal tres años cuatro meses de prisión, y como accesoria la de interdicción de derechos y funciones públicas por igual período. Los perjuicios materiales fueron tasados en quince millones seiscientos noventa y siete mil dos pesos (\$ 15.697.002.00), y los morales en diez gramos oro o su equivalente en moneda nacional. Al rematado se le niega el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Conforme al parte policivo glosado a folio primero, tienen ocurrencia en

la carrera séptima entre calles novena y décima del municipio de Darién V., cuando a las tres de la mañana del domingo treinta y uno de mayo del año próximo pasado, fue herido con arma blanca el ciudadano W. B. quien falleciera momentos más tarde en el centro de asistencia médica de la localidad. En el informe en mención se formulan cargos de responsabilidad en contra del señor D. D. R. La situación en comento fue igualmente denunciada por el señor M. E. O. (fl. 02), quien además de acusar al mentado D. R., y de referir una vieja rencilla entre este y su adoptivo W. B. señala a la señora T. G. como una de las personas que presenciaron la agresión intempestiva de que fue víctima su ahijado.

Respecto de lo anterior obran en el plenario las correspondientes actas de levantamiento (fl. 07), de necropsia (fl. 41) y de defunción (fl.

49), del extinto W. B. En la necropsia médico-legal se diagnosticó como causa del deceso, un shock hipovolémico a consecuencia de dos heridas producidas con arma cortopunzante que comprometieron la arteria aorta y la vena cava, ambas en la región intrarrenal del abdomen.

ACTUACIÓN PROCESAL:

Inicia la fase instructiva de este proceso con la recepción del testimonio de la señora T. G. (fl. 11), propietaria del puesto de venta de comidas donde se desarrollaron los hechos, refiere haber visto cuando W. B. se le acercó a conversar al señor D. D. R. y sin que hubiera mediado discusión o gresca alguna entre ellos, cayó herido momentos más tarde, alcanzando a ver incluso cuando el agresor guardaba el arma utilizada, en la pretina del pantalón. El menor I. H. G. (fls. 13 y 61), hijo de la deponente en cita, aduce que aunque estaba presente en el teatro de los acontecimientos, solo presenció el instante en que W. B. caía al suelo a consecuencia de las heridas recibidas. Ambos declarantes son contestes en cuanto al hecho de no haberse percatado del ataque de que fue víctima el señor W. B. por parte del encartado D. D. R. y que cuando observaron al primero tendido en el suelo, pensaron que se trataba de alguna broma.

El señor J. C. A. G. (fl. 17), explica que aunque estaba presente en el lugar de los hechos, lo único que le consta es el momento en que W. B. cayó al suelo, situación que calificó como chanza o producto del alicoramiento.

En diligencia de indagatoria anexa a folio 22, el denunciado D. D. R. reconoce haber causado las lesiones que cegaron la vida del señor W. B. pero explica que su conducta obedeció, además de los efectos del licor, a los ataques verbales y al instigamiento que el antes mencionado le prodigó aquella noche, al igual que lo hacía cada que se le presentaba la oportunidad. Agrega el procesado

que cuando decidió agredir a W. B., lo hizo con la intención de herirlo y no de acabar con su vida; y que los problemas que entre ellos existían derivaban de una celotipia infundada por parte de su víctima, y por la cual seis meses atrás este le había propinado una puñalada, hecho a partir del cual resolvió armarse de una navaja, la misma con que atacó y le fuera decomisada al momento de su captura. Sobre el particular se reliva el informe de 02 de junio de 1992, escrito en el cual se describen los pormenores de la detención reseñada.

Las anteriores pruebas sirvieron de sustento para que el extinguido Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal con sede en esta ciudad, definiera la situación jurídica del inculcado decretándole medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, proveído en el que se le acusa de la comisión del delito de homicidio perpetrado en la persona de W. B., y se le niega la concesión del subrogado penal de la libertad provisional (fl. 32).

Con la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, la competencia de la investigación es acogida por el Grupo Uno de la Unidad Especializada de la Fiscalía Seccional de esta ciudad, organismo que impartió las comisiones pertinentes con destino a la Unidad Investigativa del Cuerpo Técnico de la Policía Judicial de esta misma localidad (fls. 44 a 46 y 51), actividad que sistematizamos de la siguiente manera.

J. A. G. (fl. 55), aduce ser testigo de la agresión que tiempo atrás perpetrara el hoy extinto W. B. en contra de D. D. R., ocasionándole una herida con un envase de cerveza, situación que al parecer fue producida porque el antes citado observaba una muchacha que era acompañada por aquel.

J. D. O. (fl. 54), afirma que lo único que le consta de los hechos en cuestión es el momento en que su amigo W. B. cayó herido al suelo. Adiciona este declarante que recuerda haber visto a su amigo W. B., la noche de autos, en el estadero "La Piscina", sitio en el cual estuvo "empujando" las bancas,

hecho que generó la reacción de uno de los presentes en el lugar y que gracias a su intervención no pasó a mayores. En igual sentido obran las declaraciones del menor L. E. L. P. (fl. 57) y E. D. M. C. (fl. 59).

J. D. Q. H. (fl. 55), comandante de la Estación de Policía del municipio de Darién V., refiere en su exposición la vieja rencilla existente entre los señores D. D. R. y W. B., situación sobre la que recuerda las lesiones causadas por el último al primero de los mentados, hechos por los que no se formuló denuncia alguna por el agredido, quien por el contrario manifestó su deseo de venganza.

A. G. B. (fl. 56), persona con la cual el procesado estuvo ingiriendo cerveza la tarde del domingo de los hechos, señala que lo único que le consta sobre el particular es el comentario que le hiciera el señor E. O. acerca de que a su hijo adoptivo lo había ultimado el pescador D. D. por venganzas personales.

El uniformado R. F. C. P. (fl. 58), encargado de la guardia en la Estación de Policía de Darién V., explica que cuando tuvo conocimiento de lo ocurrido se dedicó infructuosamente a la búsqueda de D. D., presunto autor de los hechos, respecto de los cuales solo conoce lo informado por la ciudadanía sobre los problemas personales existentes entre el agresor y la víctima, entre los que se incluye una herida de puñal causada tiempo atrás por W. B. a D. D. R., lesiones que al parecer no fueron comunicadas a ninguna autoridad.

C. H. C. H. (fl. 60), se limita en su aserto a narrar lo ocurrido el día en que resultó herido D. D. R. a manos del hoy occiso W. B., hechos que asegura haber presenciado.

R. D. B. M. (fl. 63), acompañante del procesado D. R. en la noche de autos, comenta que cuando estaban tomándose un café en el establecimiento de la señora S. Z., y se disponía a cancelar lo consumido, se percató de que W. B. salía del lugar "quejándose", comentándole la antes citada que el responsable de lo sucedido era su amigo D. D. El deponente refiere a su compañero guardán-

dose un objeto en la pretina de su pantalón, que no se encontraba en una embriaguez excesiva ni bajo los efectos de drogas alucinógenas, y que recuerda un comentario que este le hiciera en el sentido de estar amenazado por un muchacho.

Con las probanzas hasta aquí relacionadas, la Fiscalía Primera Seccional, Unidad Especializada del Grupo Uno, con sede en esta municipalidad, emitió la resolución interlocutoria mediante la cual acusa al encartado D. D. R., de la autoría material del punible homicidio agotado en la persona de W. B. (fl. 66). En el calificadorio en comento, se sustenta la responsabilidad del acusado en la mezcla de dos de las diversas modalidades del dolo, concretamente la del ímpetu y la del indeterminado, conclusión a la que llega el calificador merced a la versión de injurada del procesado D. R., transcribiendo lo que al efecto estimó pertinente. Cabe anotar que el proveído en mención no fue recurrido, y que previa su expedición no se presentaron ante el despacho, por ninguno de los sujetos procesales, los memoriales o alegatos a que se refiere el inciso segundo del artículo 438 del Código Penal adjetivo vigente.

Iniciada la etapa de la causa, el Juzgado Primero Penal del Circuito de esta ciudad, a quien correspondió la actuación de reparto, dispuso la práctica de las pruebas que a continuación se relacionan.

Los adoptantes de W. B. M. E. O. (fl. 118 vto.) e I. T. L. de O. (fl. 122), refieren en sus declaraciones aspectos inherentes a la actividad laboral que el antes mencionado desarrollaba, estableciendo para sus ingresos una cantidad monetaria equivalente al salario mínimo legal mensual vigente. El primero de los deponentes deja a disposición del despacho las facturas correspondientes a los gastos clínicos y funerarios erogados a consecuencia de las lesiones y posterior muerte de su ahijado W. (fls. 120 y 121).

A folio 127 encontramos la experticia médico-legal practicada al procesado D. R., escrito en el que se le diagnostica plena luci-

dez y comprensión al momento de la comisión del hecho imputado.

Los declarantes T. A. T. R. (fl. 147 vto.), R. P. V. (fl. 148 vto.), J. N. D. D. (fl. 149), C. H. C. H. (fl. 151), G. G. M. (fl. 152), M. S. Z. R. (fl. 153), G. M. T. (fl. 154), J. A. G. (fl. 154 vto.), J. D. Q. H. (fl. 156) y A. G. B. (fl. 156 vto.), algunos de los cuales ya habían rendido testimonio, son contestes en afirmar que sobre los hechos en cuestión nada les consta, y mientras el primero califica de belicosa y conflictiva la personalidad del exánime W. B., los deponentes C. H. y J. A. G., aducen recordar el día en que el mentado W. B. hirió al hoy procesado D. D. R.

A folio 135 obra el dictamen pericial rendido con ocasión de la valoración de los perjuicios causados con la infracción narrada en los autos, experticia que no fue objetada por ninguno de los sujetos procesales (fl. 166).

IDENTIDAD DEL PROCESADO:

Conforme a su diligencia de injurada, D. D. R. es hijo de M. R. y C. D., natural del municipio de Darien V., con cédula de ciudadano número 97'435.001 expedida en El Cedral -Puerto Asís- (Putumayo), pescador de profesión, con cuarenta años de edad para la época de los hechos, y con un grado de instrucción correspondiente al cuarto año de educación básica primaria.

AUDIENCIA ESPECIAL:

A folio 133 obra una solicitud presentada por el encartado D. R. en el sentido de que a la presente actuación se le aplicara el artículo 37 del ordenamiento procesal penal, esto es, la celebración de una audiencia especial con miras a terminar anticipadamente el proceso. En el referido acto (fl. 169), la Agencia Fiscal encargada de la calificación del ciclo investigativo presentó ante el juzgador de la instancia el acuerdo a que había llegado con el procesado en mención, en el que convenían que el punible por el cual debe responder es

el de homicidio simple consagrado en el artículo 323 del estatuto punitivo, y que en la sentencia a proferir en su contra debía imponérsele la pena mínima relacionada en dicha norma, con una rebaja de la tercera parte al tenor de lo dispuesto en el artículo 299 de la compilación penal procesal. La presente diligencia fue presenciada y coadyuvada por el representante del ministerio público, y acogida íntegramente por el despacho de la referencia.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA:

Es la sentencia de condena reseñada en el acápite inicial de este proveído, decisión en la que además de aceptarse lo concertado en la diligencia de audiencia especial relacionada anteriormente, se adiciona a la conducta en cuestión la modalidad preterintencional de la culpabilidad, situación sustentada en la propia versión del encartado al momento de rendir su injurada, en cuanto a que su intención era la de herir y no la de matar a W. B. En la providencia de la cita, se traen a colación los aspectos básicos de la culpabilidad preterintencional, y se evalúa lo pertinente a la tasación de las penas a imponer, incluyendo en ello lo referente a la indemnización de los perjuicios.

ARGUMENTOS DEL RECURRENTE:

En sucinto escrito, la Fiscalía Primera Seccional, Unidad Especializada del Grupo Uno, refiere que el despacho de la causa quebrantó el pliego de cargos formulado mediante el proveído de calificación, omitiendo igualmente el acuerdo existente entre ese despacho y el encartado de la referencia (fl. 189).

OPINIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Iniciado el trámite de la segunda instancia, el procurador judicial delegado al efecto, aduce en su escrito que la sentencia recurrida debe ser modificada en esta instancia, adecuándola

a la convención adelantada previamente en diligencia especial entre el funcionario instructor y el encartado D. D. R. Sostiene el funcionario de la cita, que conforme al artículo 37 del nuevo ordenamiento penal procesal, al juzgador de la primera instancia no le estaba permitido apartarse de la conciliación adoptada por los sujetos procesales. Para lo anterior se transcribe un fragmento del texto "Terminación anticipada del proceso" del dr. R. L. V.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

El nuevo instituto de la "Terminación anticipada del proceso" que trae el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal en vigencia, expresa unos nuevos lineamientos político-criminales de nuestro sistema penal, en los que se refleja cierto espíritu pragmático, inspirado en parte en la institución anglosajona el *plea bargaining*, un sistema procesal de economía abreviada, basado en la confesión de culpabilidad del acusado. Se trata *gross modo*, de un acuerdo o negociación en el que la autoridad concede un cargo o una pena menor que le que se plantea en una hipótesis acusatoria inicial, a cambio de la declaratoria de culpabilidad del propio acusado. Los efectos prácticos de ese sistema son de una gran resonancia, en la medida en que ayudan a descongestionar una atiborrada administración de justicia penal: La oficina de los fiscales pueden despachar de esa manera, más rápidamente los casos que tienen a su cargo, y lo mismo ha de suceder en los juicios ante los cuales ellos presentan los cargos. Con ese sistema se desplaza el prolongado trámite del proceso contradictorio para dar lugar a un acuerdo ante el cual, el juez solamente deberá imponer y tasar una penalidad. El procesado igualmente, podrá ver morigerada la sanción de su comportamiento desviado, al tiempo que se ahorrará los trámites de un proceso de confrontación probatoria y argumental. La pregunta es: hasta qué punto muchos de esos sindicados aceptarán una responsabili-

dad que no tienen para evitarse o asegurarse contra una pena eventual de mayor alcance y a la vez sacudirse de un arduo debate probatorio, en el que muchas veces, la condición subordinada o subalterna los inducirá a entregarse impulsiva e ingenuamente, invadidos del *metus potestatis*.

Este preámbulo nos lleva a afirmar que la nueva institución de la "terminación anticipada del proceso" debe ser cuidadosamente estudiada y aplicada, pues el acuerdo que conlleva no puede ser de alcance ilimitado, sino que debe estar sometido como todo dentro de un Estado de Derecho, al principio de legalidad, el que se puede violar bien porque se pretenda declinar la acción penal, cuyo titular es un Estado que debe defender el interés colectivo, o bien porque se desconozcan las garantías fundamentales del debido proceso, sobre todo, en las situaciones de desventaja en que un procesado sin mayores medios culturales y materiales suele presentarse en un proceso. Se impone entonces que el control de legalidad de ese acuerdo que autoriza el propio artículo 37 al juez sea celosamente ejercido para que los intereses de la sociedad, expresados en la noción de justicia, y los del procesado, manifestados en ella misma y en el de sus garantías procesales constitucionales y legales, sean preservadas.

De ninguna manera, la figura procesal de la "Terminación anticipada del proceso" autoriza a la vulneración del "debido proceso" (art. 29 de la Constitución Nacional y primero del mismo estatuto procedimental penal, enarbolado como principio rector). El principio de legalidad que constituye la columna vertebral de nuestro sistema penal, no puede verse suspendido por una norma ordinaria con burla a la justicia y a las finalidades supremas proclamadas por la Carta Fundamental. No podría por ejemplo dar pábulo a la impunidad, desconociendo pruebas indicativas de responsabilidad penal o dejando de investigar hechos punibles so pretexto de condenar otro acordado o confesado por el procesado, como tampoco podría dar lugar a la

condena de un procesado que temeroso de verse expuesto a una alta condena acepta el reconocimiento de un hecho punible del que no hay prueba y no confiesa haberlo cometido. Esto adquiere mayor relieve dependiendo del desequilibrio de las partes; un procesado pobre, analfabeta, en pánico ante la máquina leviatánica de la justicia, puede ceder fácilmente o ser manipulado por una Fiscalía ávida de resultados, dispuesta a exhibir cabezas para apaciguar los ánimos caldeados de la creciente delictiva. O un Estado, desnudado en su impotencia para someter a los criminales, puede entrar a pactar con miembros de poderosas organizaciones del crimen, dispuesto a ceder y a transar en tópicos no autorizados por la ley, bajo la proclama de lograr la paz social. No es ese el alcance de la nueva institución procesal. Sus límites los fija la propia norma en cuestión, cuando habla de "...acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible y la pena imponible...".

En el presente caso, el *a quo* ha reconocido un homicidio preterintencional, modalidad atenuada del homicidio en relación al tipo simplemente voluntario, cuya formación dolosa de culpabilidad implica una pena obviamente mayor. Esta adecuación del comportamiento punible, no fue considerada dentro del acuerdo que con base en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal se presentó en la Audiencia Especial del 20 de enero de 1993, y en la cual el procesado aceptó el cargo que le fuera proferido en la resolución de acusación, ubicado en el artículo 323 del estatuto sustantivo penal, para beneficiarse con la rebaja de pena autorizada en el artículo 299 del primero de los ordenamientos citados de "reducción de pena en caso de confesión".

Sin embargo, la juez de la primera instancia, reconoció en la sentencia que se revisa, la existencia de la preterintencionalidad en la muerte de W. B., entrando en contradicción con lo que ella misma de manera expresa había acogido en la citada Audiencia Especial, o sea, responsabilidad en el grado simplemente intencional en la ejecución del delito. Esta

actitud implica un desconocimiento del acuerdo celebrado entre la Fiscalía y el procesado, tal como lo ha alegado el señor procurador judicial que ha conceptuado ante esta instancia. Y con ello se ha violado el procedimiento que el artículo 37 impone en su último inciso, cuando dice que en los casos en que el acuerdo no sea aprobado por el juez, tanto el fiscal como el juez deben ser reemplazados por otros que tengan la misma competencia.

La falla en que ha incurrido la señora juez de primera instancia empezó con el acogimiento del acuerdo dentro de la diligencia de Audiencia Especial, deficiencia que se viene a constatar después al emitir la sentencia. Y no puede aceptar la Sala, lo solicitado por el señor procurador judicial mencionado, de adecuar la sentencia del acuerdo, porque el juez *a quo* la ha proferido ateniéndose a lo dispuesto en el inciso segundo del mismo artículo 37, en cuanto ha evaluado la corrección y la suficiencia de la prueba. En efecto, el juez al penetrar en el análisis de la prueba recaudada, ha encontrado que la solución iba más allá de lo planteado por el señor fiscal, que lo fue con detrimento de la verdad y de las garantías fundamentales del procesado. Esa valoración lo ha llevado a la convicción de que el homicidio realizado lo fue en un grado menos grave que el aceptado por el procesado, lo que desplaza indudablemente el acuerdo e implica su desconocimiento por el juez, caso en el cual debe darse lugar a lo dispuesto por la nueva legislación procedimental de relevo del juez y del fiscal del caso.

Es aquí donde se ve claramente cómo un procesado puede llegar a acuerdos en su propio detrimento, sencillamente porque su versación no le alcanza para entrar en pie de igualdad a realizar una transacción o negociación con un fiscal letrado y de pronto ávido de determinados resultados que le reporten "satisfacciones profesionales" o imagen a su institución que aparece con una coyuntura política de impunidad y de crisis de violencia y criminalidad en el país, para la que la institución pueda emerger como un gran cruzado.

En el caso *sub judice*, obsérvese cómo el procesado apenas ha cursado el cuarto año de escuela primaria y proviene de una región rural de bajo nivel cultural. Esto último nos lleva también a pensar en la situación de temor en que un procesado en general, y un procesado de esta condición en particular, puede encontrarse para entablar un arreglo. La igualdad de armas que se esgrime como principio en los sistemas penales donde se dan este tipo de negociaciones no se puede predicar en este tipo de casos tan fácilmente, como para homologar un acuerdo que ha desconocido circunstancias tan serias y probables (de acuerdo a cierta prueba que nos habla de una sola herida con desenlace de shock hipovolémico), que implican una declaración de responsabilidad más benigna que la que el propio reo cree merecer.

Lo que debió hacer el juez *a quo*, fue haber desaprobado el acuerdo, al encontrar que el homicidio simple que fiscal y procesado habían aceptado iba contra la realidad probatoria, que señalaba o acreditaba la existencia de un homicidio preterintencional. Y si a esa convicción llegó solamente en el momento de dictar sentencia, circunstancia explicable si se comprende que en esa oportunidad realiza un más profundo análisis del caso, debió declarar la nulidad de ese acogimiento para dar paso a lo ya repetido por esta Sala, que dispone el artículo 37 en su inciso último.

En consecuencia, la Sala declarará la nulidad de la parte del proceso que empieza con esa decisión de acogimiento, para que el juez de primera instancia disponga lo pertinente ante su convicción y actitud de desaprobación del acuerdo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga V., en Sala de Decisión Penal.

RESUELVE:

Declarar la nulidad de la sentencia revisada, para que en su lugar se adopten por el despacho de la primera instancia, las medidas anotadas en la parte motiva de este proveído. Cópiese, notifíquese y devuélvase.

2. Tribunal Superior de Medellín

M. P.: Dr. LUIS ÁNGEL GALLO M. (integraron la Sala, además, los magistrados Guillermo Gómez Arboleda y Fernando Gómez Gómez.

Noviembre 12 de 1992

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Terminación anticipada del proceso. Para terminar anticipadamente un proceso, es necesario estudiar previamente los fines y el objeto del proceso, como elementos indispensables en la tarea de las partes para obtener concesiones respecto del hecho punible, las circunstancias agravatorias, la rebaja de pena y el subrogado de la condena de ejecución condicional, que le permitan luego la aprobación por el juez. En otros términos, resulta indispensable determinar los asuntos que pueden ser acordados por las partes para que se finalice un proceso, antes de surtir los trámites regulares previstos por el Código de Procedimiento Penal.

Objeto fundamental del proceso es la inculpación concreta de una hipótesis delictiva que el Estado le hace a una persona. Para que exista proceso se requieren: a) La existencia de un hecho supuestamente delictivo, y b) La individualización o la identificación de uno o varios partícipes.

En el proceso se controvierte por las partes el hecho materia de la acusación y las circunstancias agravantes o de atenuación, la identidad de los partícipes y su responsabilidad. Por ello, pueden considerarse varios objetos especiales dentro del proceso, a saber:

El objeto de la investigación, está constituido por el hecho y sus circunstancias de tiempo, modo, lugar, condiciones personales de los partícipes, los motivos determinantes, la existencia y cuantía de los perjuicios (C. de P. P., art. 334).

El objeto de la calificación, referido a la descripción del suceso y su adecuación jurídica.

Para ello, previamente las partes disponen de un término con el fin de analizar lo probado y darle una valoración al evento, que corresponda a un determinado injusto y a la responsabilidad o no del procesado, proponiéndosela al fiscal o al juez, según el caso.

El objeto del juzgamiento, consta del cargo que por un hecho punible específico le hizo el fiscal o el juez, en su caso. En su trámite, las partes aportan y solicitan pruebas para afianzar la imputación, agravarla, atenuarla, desconocerla, o para justificar el comportamiento del procesado. El debate entonces tiene como límite el delito que en la calificación se le atribuye a una persona determinada y las condiciones personales bajo las cuales se considera su conducta. El contenido de la acusación es el que se decide en la sentencia.

El objeto del proceso es inmutable y por tanto no puede variarse la calificación jurídica del hecho por voluntad de las partes, así, por ejemplo, un delito de homicidio consumado no puede variarse por uno de lesiones personales; ni un injusto de acceso carnal violento, puede cambiarse por un estupro, dado que cada infracción tiene sus características peculiares. Por ello, el acuerdo que se dé entre el fiscal y el procesado, con la representación de su defensor, no puede por ningún motivo modificar la imputación concreta que se le hace en el proveído en el cual se resuelve su situación jurídica, o en la providencia calificadora del sumario, según la etapa en la cual se promueva la terminación anticipada del proceso. El fiscal y el acusado pueden sí convenir acerca de las circunstancias calificadoras del hecho criminoso, reconociéndolas o rechazándolas, con el fin de fijar la pena imponible (C. de P. P., art. 37).

La disponibilidad sobre el objeto del proceso tampoco puede comprender el retiro de acusaciones sobre otros hechos delictivos que por razón de la conexidad se adelantan dentro del mismo proceso, pues con ello se quebranta el propósito de adelantar la sentencia por economía procesal.

Siguiendo los lineamientos del profesor Alfonso Ortiz Rodríguez, se pueden admitir como *finés principales* del proceso penal los

siguientes: la reconstrucción veraz y figurada del hecho y sus circunstancias; el establecimiento de las condiciones psicológicas de los partícipes y la decisión sobre la responsabilidad o inocencia del acriminado, realizando así materialmente la justicia en cada caso sometido a la jurisdicción penal.

Pues bien, la terminación anticipada del proceso procura la realización de la justicia, mediante la transacción que el fiscal hace con el procesado, cuando es incierta la autoría o la participación o las circunstancias calificadoras.

El señor defensor, sostiene la inadecuada fundamentación del proveído que desaprobó el acuerdo, por considerar, en su escrito sustentatorio de la apelación, que no es competencia del juzgado señalar los cargos delictivos materia del convenio, por desbordamiento de sus funciones e invasión de la actividad propia del fiscal, dado que la acusación es responsabilidad de este (fl. 71). Si el fiscal desestima un cargo, no puede el juez incluirlo en la acusación, por tratarse de una labor ajena a sus atribuciones. Solo puede operar el control jurisdiccional para constatar "la corrección de la calificación, de la pena imponible y del recaudo probatorio, de conformidad a lo acordado por las partes..." (fl. 73).

A estas inquietudes responde la Sala. En el sistema procesal colombiano no puede acordarse entre las partes el cambio del objeto del proceso, ni el perdón o la exclusión de uno o varios cargos delictivos objeto de la investigación penal. Por ello aparece incompleto el acuerdo propuesto por el señor fiscal de la Unidad Dos Especializada de Vida respecto del injusto de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, cuando con el débil argumento de lo momentáneo y ocasional del porte, hace impune la conducta —por la falta de daño potencial o real al bien jurídico tutelado— excluyó esta imputación. Esta consideración es respaldada por el defensor. Si estaba convencido de la inocencia del sindicado o de la atipicidad de la conducta contra la seguridad pública, así debió decidirlo mediante la expedición de un auto interlocutorio en el cual ordenase la preclusión de la investi-

gación y la cesación de procedimiento, antes de la audiencia especial, como lo prescribe el art. 36 del C. de P. Penal y no durante la celebración de este acto procesal (art. 37 ídem).

La misión fundamental del juez frente al acuerdo consiste en el respeto al principio de legalidad, tanto de la calificación jurídica de los hechos, como de las circunstancias calificadoras, la capacidad mental del procesado, la pena a imponer y la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional. Así, por ejemplo, si una persona da muerte a otra disparándole con una subametralladora y a corta distancia, el fiscal y el procesado, probada esta circunstancia modal, no pueden "acordar" la existencia de un homicidio preterintencional o culposo.

El acuerdo es, a juicio de la Sala, sobre situaciones inciertas, no probadas plenamente al momento de la audiencia especial.

Conviene también anotar que el agente del ministerio público incurrió en un error de apreciación, porque estimó apresurada la calificación para el homicidio (ya "que aún faltan pruebas para que ellas —las atenuantes aclárese— se puedan afirmar completamente", fls. 58 vto.) cuando el verdadero sentido del art. 37 del C. de P. Penal es dar por terminado el proceso, evitando así prolongadas pesquisas, buscando con ello la obtención pronta de una sentencia que cumpla sus objetivos, como son, entre otros, la imposición de las respectivas penas y el resarcimiento de perjuicios.

Ahora bien, en lo tocante a la decisión que es objeto de reparo por parte del señor defensor, el auto que improbo el acuerdo, la Sala encuentra serias anomalías que convergen a sostener que respecto a él y a la audiencia especial dentro de la cual se dictó, no se dio cumplimiento al art. 37 del C. de P. Penal. En otras palabras, quienes participaron en el acto no cumplieron las funciones que les asigna la norma; tampoco lo hizo la señora juez al proferir la decisión objeto del recurso. Por tanto, el estatuto adjetivo en cita no alcanzó los fines propuestos. Veamos:

Se habla de un acuerdo entre sindicado y fiscal y por parte alguna se dice en la disposición que en él tenga participación activa, como al parecer sucedió en este evento, el agente del ministerio. Del contenido de la norma más bien se desprende que su labor es de mera vigilancia, con la excepción, eso sí, de que puede interponer el recurso de apelación contra cualquiera de las dos decisiones alternativas que emita el juez. "La sentencia aprobatoria del acuerdo, reza, *solo podrá ser recurrida por el ministerio público*. El auto que lo niega es apelable en el efecto diferido por el sindicado, el fiscal o el ministerio público". Más claro y preciso, en el acuerdo no tiene intervención alguna el ministerio público y de ahí que se le faculte para interponer el recurso contra las decisiones ya mencionadas, cuando no las comparta.

Dispone claramente el artículo que "el juez deberá explicar al sindicado los alcances y consecuencias del acuerdo y las limitaciones que representa a la posibilidad de controvertir su responsabilidad". Pues bien, sobre este fundamental aspecto no hay constancia alguna en el acta. Tampoco el juzgado, en el auto de fecha octubre seis de este año (X-5-92), ninguna mención hizo a la solicitud de libertad.

En tales condiciones, es dable sostener que en el *sub judice* está claramente demostrada la existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, presentándose así la causal de nulidad consagrada en el art. 304, numeral 2, del C. de P. Penal, siendo entonces necesaria la fijación de una nueva fecha para la celebración de la audiencia especial, si es que la parte solicitante (el implegado) aún mantiene su interés.

Es importante anotar que con lo anterior se contraría el art. 37 citado cuando advierte que aquel acto solo puede celebrarse por *una sola vez*, porque ha de entenderse en sana hermenéutica que lo pretendido por el legislador es la no repetición de audiencias especiales cuando la investigación lleva un curso normal y legal, por cuanto se prolongaría innecesariamente la misma y se rompería el fin buscado por la ley adjetiva, la agilidad

del proceso. En este caso ocurre algo bien diferente, toda vez que se da una causal de nulidad, se torna inválida aquella diligencia de audiencia especial y las actuaciones subsiguientes y consubstanciales. Es imperiosa entonces para el *ad quen* la aplicación del art. 305 del C. de P. Penal.

Como la situación procesal del justiciable no sufre ninguna variación, dado que permanece incólume el auto mediante el cual se resolvió la situación jurídica, no procede, al menos por el momento, el beneficio de libertad provisional.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, decreta la nulidad de lo actuado en este proceso, a partir del auto de fecha septiembre veintiocho del corriente año (IX-28-92), mediante el cual se señaló fecha para la celebración de audiencia especial.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

3. Tribunal Superior de Medellín

M. P.: Dr. RUBÉN DARÍO PINILLA C. (integraron la Sala, además, los magistrados Humberto Rendón Arango y Javier Zapata Ortiz).

Mayo 5 de 1993

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1°. A partir de la expedición de la Constitución Política de 1991 y el decreto 2700 del mismo año por medio del cual se dictaron las normas para la investigación y el juzgamiento de los delitos, el procedimiento penal sufrió cambios sustanciales que no se han advertido suficientemente.

La terminación anticipada del proceso, uno de ellos y del que se derivan vastas consecuencias, es extraña a las instituciones procesales que han dominado el panorama del procedimiento criminal y que hemos venido diseñando desde tiempo atrás, acorde a nuestra cultura,

y no se aviene perfectamente con el principio de la verdad material como objeto del juicio penal, ni con el principio según el cual los sujetos procesales no pueden disponer libremente o a su arbitrio de la acción penal que se concreta con la imputación de un delito al acusado, ni con el principio conforme al cual las normas de orden público, de las que son expresión los derechos constitucionales fundamentales a la presunción de inocencia y el debido proceso, no pueden ser modificadas por los sujetos procesales, ni estos pueden renunciar a ellas, pero una vez introducida, y no siendo manifiesta y completamente contraria a la Constitución, debe armonizarse con el conjunto de los principios e instituciones del procedimiento criminal.

En un proceso acusatorio o de partes como el que se introdujo a raíz de la Constitución Nacional recientemente expedida, por lo menos en la decisiva fase del juzgamiento, la función de acusación y la prueba de la imputación que se le hace al procesado le corresponde a la Fiscalía General de la Nación (Código de Procedimiento Penal, arts. 120, 249, 438 y ss. y 444) y la función de defensa y la prueba de los descargos le compete al sindicado y a su defensor, mientras que el juez, en ejercicio de la jurisdicción que le confiere la Carta, está llamado a dirimir la controversia de los sujetos procesales, como función propia y privativa (arts. 444, 453 y 456 ídem).

Pero, en ausencia de contradictorio o a falta de controversia, la misión del juez se limita a aplicar el derecho material o sustancial al caso sometido a su consideración, decidir e imponer la pena adecuada al delito y definir el tratamiento penal a que debe ser sometido el acusado; claro está que la decisión del juez en ejercicio de esa misión que le confían la Constitución y la ley deberá estar precedida siempre de un juicio sobre la legalidad del delito y la pena y el debido proceso de investigación y juzgamiento, como garantía básica del ciudadano.

La terminación anticipada del proceso por virtud del acuerdo a que llegan el fiscal y el

acusado respecto a la imputación es precisamente una forma de renunciar a la controversia propia del juicio; en tales eventos y en desarrollo de los principios atrás enunciados el juez tiene un control sobre "la calificación jurídica del delito", que le permite rechazar el acuerdo cuando el fiscal incurre en un error en el proceso de adecuación típica de la conducta, bien porque selecciona incorrectamente el tipo objetivo por un error en el criterio o juicio jurídico que guía al funcionario al momento de identificar o interpretar la norma infringida para adecuarla a los hechos imputados, o bien porque deja de aplicar una norma de obligatoria aplicación de conformidad con los hechos declarados o que se dan por probados en el acuerdo, o bien porque aplica una disposición que no se acomoda a esos mismos hechos.

Pero, del mismo modo, más que un control, tiene una competencia irrenunciable sobre la pena que le corresponde al delito y puede incluso llegar a imponer otra diferente a la acordada por las partes, advirtiéndolo así al acusado, porque la función de acusación que la Constitución le atribuye al fiscal no incluye, ni puede incluir, la potestad para definir la pena imponible, que tampoco puede ser materia de transacción con el acusado, porque está insita en el ejercicio de la jurisdicción que la Carta le confiere al juez y que despliega al momento de dictar sentencia.

No es cierto, entonces, como opina el agente del ministerio público, que la función básica o primordial del juez sea la de advertirle al sindicado sobre las limitaciones que tiene para controvertir su responsabilidad una vez que ha llegado a un acuerdo.

Pero, indudablemente, los poderes del juez en tales casos no son ilimitados o exorbitantes; no puede olvidarse que de lo que se trata es de terminar la manera anticipada un proceso que apenas se encuentra en la etapa de instrucción, que no han concluido las oportunidades que se le otorgan a los sujetos procesales a lo largo de la investigación y el juicio para aportar pruebas y controvertirlas, ni se

han agotado todas las comprobaciones que entran en la esfera de lo posible y, por ende, se trata precisamente de renunciar a medios de prueba que, de practicarse, podrían modificar cualquier imputación y al derecho a presentar otros que controviertan la acusación y a contradecir los que le sirven de fundamento, ni puede perderse de vista que la aceptación de los cargos en la audiencia de terminación anticipada equivale a una confesión de los hechos imputados y de esa manera el acusado renuncia, en alguna medida, a la presunción de inocencia.

La facultad que le otorga la ley al juez del conocimiento para verificar si "obra prueba suficiente" no puede entenderse, entonces, en el sentido de exigir la plena certeza o prueba de los hechos materia del acuerdo o dar por cabalmente demostrados otros diferentes para rechazarlo, de conformidad con su particular o personal examen de los medios de persuasión, porque de por medio se encuentra una confesión, ni puede llevarse al extremo de desplazar al fiscal en su función de acusación y sustituir su criterio en la evaluación de la prueba, reemplazándolo por el del juzgador y anteponiéndole la apreciación que este tiene de los hechos y los elementos de convicción aportados a la investigación.

Debe, eso sí, verificar o examinar que estos constituyen un respaldo *suficiente*, pero no necesario, de los hechos materia del acuerdo y mal hace cuando en esa tarea, para rechazarlo, parte de criterios apodicticos o acabados, definitivos e inmodificables.

Solo un error manifiesto u ostensible en torno a la prueba que le sirve de fundamento al acuerdo, como cuando se presume su legalidad, habiendo sido ilegalmente producida, o se desconoce o pasa por alto la existencia de alguno de los medios de convicción que obran en el proceso o, existiendo, se le da un alcance que a simple vista no tiene, le permite al juez rechazarlo por encontrar viciadas sus bases, siempre y cuando ese error tenga una incidencia sustancial en el proceso de adecuación típica del hecho punible o en el juicio

de culpabilidad y no pueda ser subsanado por la aceptación del acusado, que equivale a la confesión.

Pero, los intereses superiores del proceso penal que se inspira en el principio de la verdad material o histórica, el debido proceso de investigación y juzgamiento y la legalidad del delito y de la pena, constituyen precisos límites al acuerdo que se puede dar entre el fiscal y el acusado; por eso, sujeto al imperio de la Constitución y la ley, siempre será función del juez garantizar los derechos fundamentales y básicos del ciudadano, imponer una condena solo cuando haya justa causa y prevenir el fraude a la ley y el abuso del derecho (art. 95 num. 1 y 7 de la Constitución Política).

Por más que la aceptación de los cargos por parte del acusado equivalga a una confesión, el juez no está fatalmente obligado a admitirla, y puede rechazar el acuerdo como fundamento de la sentencia condenatoria, cuando no se produzca libremente o haya sido obtenida o inducida con artificios o engaños, pero también cuando la confesión así hecha sea ostensiblemente mendaz o falsa, o esté destinada a engañar a la justicia o a encubrir a un tercero.

Solo que el juez debe proceder sin excesos; en tales casos, la experiencia judicial o los principios de la lógica, menos aún cuando no son producto de una lógica irreductible o apodíctica y admiten la afirmación contraria, que legítimamente constituyen una guía en la apreciación de los hechos, no pueden sustituir a la prueba legalmente producida, ni puede obrar el juez con fundamento en meras hipótesis o en un juego de probabilidades que a última hora desvirtúan la misma confesión u otros elementos de prueba.

No pocas de las afirmaciones del juez de instancia al analizar la prueba adolecen de esos defectos; a modo de ejemplo, no es irreductible que "el único incentivo de estos muchachos temerarios de ahora, es el lucro económico que obtienen al coronar el hurto violento de un vehículo", porque en más de

un caso los mueve igualmente la ostentación de poseerlo, ni es inconcuso que el procesado proviera fatalmente que C. A. B. "rechazaría la incriminación o, lo peor aún, confesaría el delito para delatarlo también a él por comprensible venganza", porque no siempre el acusado realiza esos cálculos y la experiencia de los estrados judiciales está llena de delaciones que se devuelven contra el delator, ni es lícito elaborar hipótesis con fundamento en meras suposiciones porque "por lo menos no hay constancia" en contrario, ni lo es, en fin, presumir que la aceptación de los cargos "da la impresión de haber sido concebida por la conveniencia de unas prerrogativas" de las que ningún beneficio reportaría siendo inocente, porque en tal evento no estaría sujeto a pena alguna y en nada le convendría aceptar una inculpación falsa.

Ninguno de esos argumentos tiene la característica de lo manifiesto o lo inequívoco y no pueden servir para desestimar el acuerdo, simplemente porque el acusado terminó aceptando el cargo de hurto cuando en la indagatoria había relatado que fue capturado en posesión del vehículo porque un amigo suyo, C. A. B., únicamente se lo había prestado para realizar una diligencia, como lo había hecho en otras oportunidades, sin que él conociera que se trataba del producto de un hurto o, en otras palabras, que no había realizado conducta ilícita alguna, menos aún dolosamente, de manera circunstanciada y con prueba que confirmaba su aserto.

Pero, se olvidan, en cambio, elementos francamente relevadores de lo contrario, además del reconocimiento en fila de personas que realizara la perjudicada con el hecho punible, que apuntan directamente a confirmar la aceptación del cargo de hurto; en efecto, no puede olvidarse, porque aquí es de capital importancia, que fueron dos los autores del delito contra el patrimonio económico y el acusado J. F. T. P. solo se refirió a una persona como presunta propietaria del vehículo, precisamente a C. A. B., y ningún otro aparece ligado al dominio del automóvil, ni puede pasarse por

alto que apenas dos días después de consumado el hurto J. F. T. P. contaba o poseía ya un documento privado, suscrito por el mismo C. A. B. que lo autorizaba para conducir el automóvil sustraído, y de manera *permanente* por supuesto, e identificado ya con unas placas *diferentes* a las autorizadas legalmente (la fiscal no se ha preocupado aún por establecer si son falsas o no), como consta en el documento y con las cuales fue decomisado tiempo después, ni puede perderse de vista que ese documento se extendió cuando, según el causado, hacía apenas unos *dos meses* que conocía a C. A. B., con quien no lo ligaban mayores vínculos, y se lo facilitaba aun "para ir donde mi novia a Belén La Castellana" (fl. 8 vto.), por lo que se le veía en él con frecuencia, ni puede dejarse de lado que le conoció el vehículo a C. A. B., según afirma, unos dos meses antes de su indagatoria, esto es, *tan pronto* como se consumó el delito contra el patrimonio.

La existencia de C. A. B., sea ese su verdadero nombre o bien que se trate de uno supuesto, *no descarta* la participación del acusado en el hecho punible de hurto y mal puede, entonces, servir de argumento para poner en duda su responsabilidad en esa empresa criminal, menos aún cuando fue reconocido en fila de personas como uno de los autores y elementos de la naturaleza de los descritos por la Sala enseñan que la posesión del automóvil sustraído no era a título de mero préstamo, ni obedecía a una larga y sincera amistad, ni era una tenencia ocasional, por lo que la confesión realizada al aceptar el cargo no puede rechazarse.

Pero, además, la aceptación del acusado no encierra riesgo alguno de encubrimiento, porque no impide la investigación enderezada a descubrir la participación de BETANCUR MARIN, ni la cancela.

Nada se opone, por ese aspecto, a la aceptación del acuerdo para la terminación anticipada del proceso; solo que por otros motivos no está llamado a servir de fundamento a la sentencia.

2º. No puede el juez, al momento de dictar sentencia, sustraerse al juicio sobre el debido proceso de investigación y juzgamiento, porque él constituye una garantía fundamental o básica de los sujetos procesales que intervienen en el juicio y del conjunto de los ciudadanos, aun del perjudicado con el delito, y es fundamento insustituible de toda decisión judicial por mandato de la Constitución.

El ejercicio de la función de acusación que la Constitución y la ley le otorgan a la Fiscalía General de la Nación no es libre o discrecional; por el contrario, se trata de una competencia reglada, sujeta al principio de legalidad y tanto es así que la preclusión de la investigación, por medio de la cual la Fiscalía decide ponerle fin a la instrucción y, por ende, no elevarle acusación al procesado, ni formularle imputación alguna, y renunciar al ejercicio de la acción penal, está sujeta a estrictas causas legales y no depende de la discrecionalidad del funcionario, ni de factores de oportunidad o conveniencia.

La terminación anticipada del proceso exige, por lo tanto, que en la audiencia especial el fiscal presente "los cargos que de acuerdo con la investigación surjan contra el sindicado" y de allí la necesidad de que aquel se pronuncie en esa oportunidad, o antes, sobre todas las hipótesis o hechos punibles materia de investigación, bien para incluirlos en los cargos que son tema del acuerdo, o bien para continuar el proceso respecto de aquellos hechos que no son materia de él, o quedan por fuera del convenio por no haberse llegado a un acuerdo con el acusado y ser este apenas parcial, o bien para prescindir de ellos por la vía de la preclusión de la investigación, porque de otra manera quedarían extremos sin resolver o sin una adecuada solución, cuestión que desconoce el debido proceso de investigación y juzgamiento al que están obligados el fiscal y el juez.

De alguna manera, y por el razonamiento que viene de hacerse, los cargos explicitados o formulados en la audiencia de terminación anticipada sustituyen a la resolución de acu-

sación o equivalen a ella, porque fijan los extremos de la imputación que se le hace al acusado, en relación con ella es que este debe pronunciarse para aceptarla o rechazarla y esos mismos cargos sirven para delimitar el alcance de la sentencia y la congruencia que debe guardar con la acusación; por lo tanto, deben ser precisados de manera completa, sin dejar por fuera ninguna de las hipótesis que fueron materia de averiguación o se desprenden de los hechos instigados, porque de lo contrario errores de esa índole conducirían a la nulidad de la audiencia en que se contienen los cargos o la imputación.

En el asunto que ocupa la atención de la Sala la fiscal delegada omitió pronunciarse sobre algunas de las hipótesis o hechos materia de investigación; nada dijo, por lo menos, sobre las armas con las cuales se consumó el hurto y el porte de las mismas, indisolublemente ligados al delito contra el patrimonio (fl. 2 vto. y 24 vto.), ni sobre el uso de unas placas diferentes a las legítimas y la falsedad o no de las mismas que, al tenor del art. 2º del decreto 1344 de 1970, modificado por el decreto 1809 de 1990, constituyen documento público, ni sobre la falsedad y uso del documento por medio del cual se autorizó al acusado para conducir el vehículo, autenticado presuntamente ante notario, a sabiendas de que la identidad de quien lo suscribe está abiertamente en entredicho como se desprende de manera manifiesta del simple cotejo de las formas (fls. 12 y 68), ni sobre la falsificación y uso de la póliza de seguro obligatorio (fls. 60 y 66), que constituye documento privado.

Sobre este último tópico debe recordar la Sala que la falsedad en documento privado es un tipo penal de dos actos o que exige la realización de una doble conducta: la falsificación y el uso (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Providencia del 7 de julio de 1981); por lo tanto, mientras no se realice el uso, el delito de falsedad en documento privado no se consuma y allí es donde entronca el fenómeno de la *coautoría sucesiva* que se da en aquellos casos en que “un coautor se añada durante la ejecución del hecho hasta su terminación”

(JESCHECK, H. H. *Tratado de derecho penal. Parte general*, volumen segundo, Barcelona, Edit. Bosch, 1981, pág. 942).

Debió la fiscal delegada pronunciarse en algún sentido respecto de esas conductas y al no hacerlo, incurrió en violación del debido proceso, motivo por el cual la Sala va a declarar la nulidad de la audiencia especial de terminación anticipada del proceso, que podrá rehacerse o repetirse si se suban tales vacíos.

3º. La Sala no va a anticipar su criterio sobre el subrogado de la condena de ejecución condicional; debe precisar, eso sí, que es indispensable que en la audiencia especial, más allá del acuerdo de los sujetos procesales sobre el punto, el acusado manifieste de manera expresa si la eficacia del acuerdo queda condicionada a su otorgamiento, porque solo así sabrá el juez, en caso de negarlo, que el convenio es ineficaz y no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, REVOCA la providencia materia de apelación y, en su lugar, DECLARA la nulidad de la audiencia de terminación anticipada del proceso y ORDENA continuarlo, sin perjuicio de que los sujetos procesales lleguen a un nuevo acuerdo observando el debido proceso. Désele aplicación al art. 37 inc. final del C. de P. P.

Cópiase, cúmplase y devuélvase.

4. Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales

Juez: Dr. CÉSAR AUGUSTO LÓPEZ LONDOÑO

Octubre 30 de 1992

CONSIDERACIONES:

1) *La resolución de acusación.* Como se recordará, el desaparecido Juzgado Primero de Instrucción Criminal con sede en esta ciudad, el día 4 de junio del año avante, al calificar el mérito sumarial de este asunto, profirió reso-

lución acusatoria contra los sindicatos A. L. M. P. y N. F. O. por el delito de homicidio simplemente voluntario, donde figura como ofendido del señor G. G. G., evento punible definido en el art. 323 del C. Penal, en hechos ocurridos en el barrio El Campamento de esta capital en la mañana del domingo 12 de enero pasado (fls. 194-208).

II) *El acuerdo:* Durante la diligencia de audiencia especial, celebrada a instancia de la parte acusada. A. L. M. P., quien hasta ese momento venía negando su intervención en la muerte violenta de G. G. G. reconoció que, en medio de la ira que experimentó esa mañana al observar que G. G. y su hermano R. habían herido, con arma blanca, a su amigo N. F. O., “yo le pegué una puñalada a G. en el pecho” con un cuchillo que “no sé de donde saqué”. Y seguidamente manifestó que “yo acepto el cargo que me hace la señora fiscal, pero si me dan la libertad...” (fls. 268-269). A su vez N. F. O. admitió, como lo había hecho en su injurada, que, en medio de la ira que sentía esa mañana, pues “yo estaba lesionado porque —los hermanos G.— me habían dado una puñalada en la ceja, otra en la mano y otra en el pecho”, “yo lo lesioné —a G.—, pero no lo maté”: “Yo lo lesione con machete por la espalda, uno dos machetazos, pero yo no le tiré al pecho”. Y a continuación expresó que “yo acepto los cargos que me ha formulado la señora fiscal, pero si me dan la libertad condicional...” (fl. 269).

Por su parte, la señora fiscal, tras escuchar las antetrascritas palabras, formuló el siguiente planteamiento: “Con respecto al condicionamiento que hace A. de que acepta el cargo si se le concede el subrogado de la condena de ejecución condicional, la Fiscalía no llega a arreglo, porque considera que la modalidad del hecho, un homicidio, es muy grave”. Máxime cuando “en el caso de autos el occiso fue agredido en gavilla, por varias personas que atentaron contra él”. En cuanto a “las lesiones personales que está planteando el señor N. O. no son objeto de ningún arreglo”, por cuanto “es una contravención que no es

de mi competencia”. “Si se va a hacer un arreglo es sobre la coautoría en el homicidio”. Y a continuación la señora fiscal, tras recalcarles que podía “llegar a arreglo con ustedes si no lo supeditan a la condena de ejecución condicional”, les propuso a los procesados el siguiente convenio: Por ese “arreglo” no supeditado a la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional, tienen “por ello la rebaja de la sexta parte” prevista en el art. 37 del C. de P. Penal. Y como “con respecto a las circunstancias que rodearon el hecho, se les puede reconocer el estado de ira”, tienen, asimismo, derecho al “atenuante de la ira e intenso dolor” contemplado en el art. 60 del C. Penal. “Quedando entonces la pena en treinta y cuatro meses” (fls. 269-270).

A la propuesta de “arreglo” formulada por la señora fiscal, la señora M. P. respondió que “yo acepto sin supeditar al otorgamiento del beneficio de la condena de ejecución condicional...” (fl. 270). Y, a su vez, O. respondió que “yo estoy de acuerdo”: “Yo no lo maté pero estuve en el hecho...” (fl. 270).

Aquí preguntase el juzgado: Se ajustará a la realidad procesal ese acuerdo al cual llegaron los prenombrados sujetos procesales “acerca de las circunstancias del hecho punible y la pena imponible”.

III) *El caso de A. M. P.:* 1) Como bien lo enfatizó la señora fiscal durante la audiencia especial, dadas las “circunstancias que rodearon” el origen, desenvolvimiento y desenlace del trágico episodio materia de este asunto, perfectamente puede concluirse que cuando A. L. M. P. atacó, con un cuchillo, al señor G. G. G., con el lamentable resultado ya sabido, obró en estado de ira e intenso dolor provocado por “comportamiento ajeno, grave e injusto”: El lesionamiento de su gran amigo N. F. O. por parte del referido G. G. y de su hermano R. G. G. (fls. 9, 21v, 22, 56v, 57, 69v, 70, 91v, 142v, 143, 152v, 163, 172, 246 y 247).

Por lo tanto, si la evidencia demuestra elocuentemente que la señora M. P. actuó domi-

nada por el llamado "ímpetu de la cólera" al herir mortalmente al señor G. G., es correcto el acuerdo al cual han llegado la señora fiscal y A. L. sobre "las circunstancias del hecho punible": Homicidio emocional (arts. 323 y 60 del C. Penal).

2) Como se recordará, la señora fiscal ha señalado que a A. L. puede reconocérsele la rebaja de pena contemplada en el art. 37 del C. de P. Penal para "el sindicado que se acoja a la terminación anticipada, durante la etapa de la investigación" (fl. 270).

Será acertado tal planteamiento.

Aunque este caso se encuentra hace varios meses en la etapa de juzgamiento (fl. 223), el despacho estima que, de todos modos, a la señora M. puede concedérsele tal reducción punitiva, por aplicación del principio de favorabilidad establecido en el art. 10 del nuevo estatuto instrumental. Y la razón para formular tal aserción es harto bien sencilla: Como el ciclo instructivo en este asunto fue clausurado el día 13 de mayo del corriente año (fl. 191), vale decir, mucho antes de entrar en vigencia el nuevo C. de P. Penal, A. L. M. no tuvo nunca oportunidad de acogerse al novísimo y revolucionario mecanismo de la terminación anticipada del proceso "durante las etapas de la investigación".

Tal circunstancia —el cierre de la fase averiguatoria mucho antes de entrar en vigencia el nuevo estatuto procedimental— posibilita, entonces, la aplicación retroactiva de la citada disposición, la que, como nítidamente desprende de su texto, es una norma jurídico-procesal de efectos sustanciales: Consagra un derecho, como es la rebaja de una sexta parte de la pena para "el sindicado que se acoja a la terminación anticipada del proceso, durante la etapa de la investigación" (sobre norma jurídico-procesal de efectos sustanciales, ver FABIO CALDERÓN BOTERO, *Casación y revisión en materia penal*, Santa Fé de Bogotá, Librería del Profesional, 1985, pág. 67). Y de ahí que el reconocimiento en favor de A. L. M. de la susodicha rebaja de pena, en momento alguno sea una extravagancia o sea

producto de una interpretación caprichosa o antojadiza del aludido principio de favorabilidad.

3) La pena que cabría imponerle a la procesada una vez verificados los descuentos operantes por razón de la concurrencia de la circunstancia degradante de responsabilidad de la ira e intenso dolor prevista en el art. 60 del C. Penal y de la rebaja de pena consagrada en el art. 37 del C. de P. Penal, es la calculada por la señora fiscal: Treinta y cuatro meses de prisión: Y más concretamente: Treinta y tres meses y diez días de prisión.

4) En estas condiciones, como "la calificación jurídica del delito y la pena imponible, de conformidad con lo convenido por las partes, es la correcta, y como, además, la prueba militante en este asunto contra A. L. M. P. permite declarar su responsabilidad jurídico-penal en los términos precisados por la señora fiscal, el juzgado aprobará el acuerdo al cual han llegado en la audiencia especial la señora fiscal M. P. "acerca de las circunstancias del hecho punible y la pena imponible" —y valga la pena agregar que, en el personal concepto de este fallador, sería una inmarcesible ridiculez improbar ese "arreglo" porque la señora fiscal, que muy posiblemente no es una gran experta en dosimetría penal, se equivocó en veinte días más en la tasación del correctivo imponible—.

5) Como se lee al fl. 270 del expediente, A. L. sin duda alguna inducida por la intrasigente postura de la señora fiscal en el curso de la audiencia especial, aceptó el "arreglo" propuesto por tal sujeto procesal, sin "supeditar", como podía hacerlo por autorización del art. 37 del C. de P. Penal, "al otorgamiento de la condena de ejecución condicional". Pero tal actitud en modo alguno puede interpretarse como una definitiva e irreversible renuncia suya al mentado subrogado.

Como es bien sabido, es al juez, y solo al juez, a quien corresponde resolver si, en el concreto caso, suspende condicionalmente la ejecución de la sentencia. Y al decidir la concesión y no de tal subrogado al reo, la única orientación que debe seguir es la trazada

por el art. 68 del C. de Penal: "Que la pena impuesta sea de arresto o no exceda de tres años de prisión" y "que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan" "suponer que el condenado no requiere tratamiento penitenciario".

Por tal elemental razón —la exclusiva competencia del fallador para resolver el otorgamiento del subrogado—, la Fiscalía jamás puede pretender que al juez le sea vedado ese pronunciamiento. Como lo pretende en este caso, donde la señora fiscal doce, olvidando el contenido de los artículos 228 de la Constitución Política y 9° y 22 del C. de P. Penal, los cuales imponen la prevalencia del derecho sustancial en todas las actuaciones judiciales, que en el proceso penal tradúcese, entre otras cosas, en la efectividad de lo que GIUSEPPE BETTIOL llama el "ius libertatis del imputado" —que contrapone al *ius puniendi* del Estado— (*Instituciones de derecho penal y procesal penal*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1977, págs. 262-268), y usurpando, además, una atribución que el art. 37 del C. de P. Penal solamente da al escarabajo, quiso, a todo trance, supeditar el "arreglo" "acerca de las circunstancias del hecho punible y la pena imponible" con la señora M. al expreso repudio por parte de esta dama a ejercer esa importante facultad que brindale el tantas veces invocado art. 37 del ordenamiento instrumental, cuando dispone que "el sindicado —y únicamente él— puede condicionar el acuerdo a que se le otorgue la condena de ejecución condicional, cuando ello sea procedente de acuerdo con las disposiciones del Código Penal".

Asentir que un fiscal supedite un acuerdo a la renuncia por parte del implicado al eventual reconocimiento del subrogado contemplado en el art. 68 del C. Penal y que, por lo mismo, termine siendo, en la práctica, quien conceda o, lo que es peor, deniegue tal gracia, sería, ni más ni menos, tolerarle, ilegalmente, la asunción del papel del juez y permitirle, igualmente, que entre a reemplazarlo, en forma indebida, en la toma, durante la causa,

de determinaciones puramente jurisdiccionales y, por lo mismo, de exclusiva competencia del fallador. Sería, en otras palabras, conferirle un poder que la ley, por fortuna, jamás ha entregado al fiscal, quien, como se sabe, en la etapa del juzgamiento es apenas un simple sujeto procesal, con similar rango y los mismos derechos y obligaciones que el acusado.

Tal como lo indica el art. 37 del C. de P. Penal, la misión del fiscal en la audiencia especial es la consecución de un acuerdo con el procesado "acerca de las circunstancias del hecho punible y la pena imponible". De tal precisión formulada por el texto legal, sigue, entonces, que el fiscal en dicha diligencia en momento alguno puede convertirse en el supremo dispensador de la condena de ejecución condicional. Y si el fiscal y el inculcado llegan a ese acuerdo sobre "la calificación jurídica del delito y la pena imponible", es el juez, y, reiterase, solo él, quien, al momento de aprobar ese convenio, entra a estudiar si, en el caso *sub-examine*, es posible el otorgamiento de la condena de ejecución condicional.

6) Como quedó reseñado enantes, a A. L. M. se le atribuye en este asunto la comisión de un delito de homicidio en estado de ira e intenso dolor. Y, como también se ha visto, la pena imponible sería de treinta y tres meses y diez días de prisión.

Si la encausada es lo que se llama una delincuente pasional, como deben ser consideradas todas aquellas féminas que infringen la ley penal arrastradas por una exaltación emocional, como lo es, precisamente, una ira injustamente provocada (cfr. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN, *Diccionario de criminología*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1988, pág. 33), y si, además, la pena imponible no supera los tres años de prisión, bien puede ser favorecida con la concesión en su favor del subrogado de la condena de ejecución condicional.

Es cierto que, como tan atinadamente lo apuntó la señora fiscal en la audiencia especial, un homicidio "es un hecho muy grave".

Pero en este caso específico no deben olvidarse los otros factores relacionados en el art. 68 del C. Penal: La personalidad y las modalidades del evento punible: A. L. M. Piedrahita es una mujer de condición humilde —como suelen serlo la totalidad de las mujeres que son seleccionadas o “reclutadas” por el sistema penal—, poco ilustrada, madre de un pequeño hijo y sin antecedentes penales de ninguna índole (fl. 69). Y, valga insistir, obró en circunstancias que, si bien no la eximen de responsabilidad, de todos modos degradan, en mucho, esa responsabilidad: Dominada por un estado de alteración emocional provocado injustamente: Influida totalmente por una “ira justa”.

Además, en este concreto caso, perfectamente puede estimarse que el tiempo que la señora M. P. ha permanecido en detención preventiva por razón de este asunto —casi nueve meses— (fl. 42), es más que suficiente tratamiento penitenciario por el injusto típico cometido por ella. Y aquí no sobra agregar lo siguiente: La finalidad del tratamiento penitenciario es resocializar al condenado. Vale decir: Inocuar esas dañinas tendencias que revela al violar la ley (C. P., art. 12). Y de ahí que, en este asunto, sea prudente preguntar: Por qué debe ser resocializada A. L.: Por haber experimentado indignación ante el atropello del cual fue objeto su entrañable amigo N. F. O. por parte de los hermanos G. y R. G. G., quienes lo lesionaron con arma blanca. Por haberse exaltado anímicamente ante el espectáculo que ofrecía O. en esos instantes: Herido en diversas partes del cuerpo, maltratado, anegado su rostro en sangre y desfalleciente. Por haberse solidarizado en ese dramático momento, a su manera, con su buen amigo N. F. En síntesis: Por haber sentido ira por un justo motivo: Por haber sido víctima en esos momentos de su incontrolable “ira justa”.

Predicar que una delincuente pasional, como lo es la señora M., debe ser sometida a un drástico e ineludible tratamiento penitenciario, cuando, en realidad, concurren todos los presupuestos que hacen viable la conce-

sión de la condena de ejecución condicional, sería, ni más menos, una completa iniquidad: Sería caer en el más detestable y repugnante terrorismo punitivo.

7) Las razones expuestas en precedencias llevan a este despacho a declarar que A. L. M. puede otorgársele el subrogado de la condena de ejecución condicional. Y como la detenida es acreedora a dicho subrogado, el juzgado le concederá la libertad provisional prevista en el art. 415, 1 del C. Penal.

Para gozar de dicho beneficio, A. L. M. P. deberá prestar caución prendaria por la suma de cinco mil pesos y suscribir la diligencia compromisoria contemplada en el art. 419 *ejusdem*.

IV) *El caso de N. F. O. (“B”)*: 1) Una atenta y pormenorizada revisión analítica del recaudo probatorio allegado a este asunto, en el cual cabe destacar la atestación del señor J. J. O. S. —“llegó esta A” y “le pegó dos puñaladas con un cuchillo grande”— y solo ella, quien asestó al finado G. G. la herida con arma blanca que ocasionó su muerte: Concretamente, la lesión recibida por G. G. al nivel del séptimo espacio intercostal izquierdo línea clavicular posterior, la cual “lesionó tangencialmente la punta del corazón, logrando penetrar a cavidad del ventrículo derecho, y produjo además herida transfixiante de hígado” (fl. 24). También, según dedúcese de lo relatado por el señor C. S. —“llegó esta A” y “le pegó dos puñaladas con un cuchillo grande”—, fue la señora M. P. quien le propinó a G. la cuchillada que presentaba a nivel del segundo espacio intercostal izquierdo línea paraesternal y que “lesionó tangencialmente el borde interno del lóbulo superior del pulmón izquierdo” (fl. 24). Y así, por cierto, lo afirmó terminantemente el desaparecido Juzgado Primero de Instrucción Criminal radicado en esta capital —al mando de la actual fiscal doce— al momento de calificar el mérito sumarial, como puede leerse al fl. 205 del expediente: “El testimonio de cargo —de don J. J.— está avalado además con la necropsia donde se describen varias

heridas, de diferentes dimensiones, de las cuales las hechas en el torax descritas por el testigo, aparecen producidas con la misma arma”, “arma que coincide con las características de la descrita en poder de la acusada. La tenencia del arma también la certificaron otras personas diferentes a C. S. como N. F. G., quien vio a A. con un cuchillo grande e iba por la falda de la 36 y venía corriendo, demás que seguía al muchacho ese, refiriéndose al occiso, fl. 91 vto...”.

En cambio, no se ha probado que el reo N. F. O. le hubiera ocasionado a G. G. alguna herida que, por sí sola, hubiera sido idónea para producirle la muerte. Tanto es así que en la resolución acusatoria el instructor no se atrevió siquiera a insinuar que O. hubiera sido el autor de alguna lesión mortal: Se limitó escasamente a sostener que “N. F. sí le tiró G.” (fl. 202).

En su injurada, “B.” alegó, de manera categórica, que “simplemente le tiré —al interfecto— unos machetazos en la espalda”. Y según dictaminó el señor médico-legista, entre las heridas que G. G. pudo haber recibido por detrás, la más grave era “la localizada en región lumbar derecha que interesó músculo psoas” y la cual “origina una incapacidad definitiva de 30 días”, sin secuelas (fl. 265).

2) A última hora, en el curso de la audiencia especial, la señora fiscal ha aducido la existencia de una pretensa coautoría impropia en este asunto: Ha asegurado enfáticamente que A. L. y N. F. O., actuando de común acuerdo, fueron artífices de la ocisión del señor G. G. (fl. 269).

Pero tal tesis es indefensible: Recuérdese que la señora M. vino a intervenir en los hechos cuando salió de la tienda donde se encontraba y observó que su amigo O. había sido herido por los hermanos R. y G. G. G., quien, por cierto, a su vez, en esos momentos ya había sido lesionado por N. F. (fls. 9, 56v-57, 69v, 91v, 152, 163, 172, 245-247 y 268-269). Y en ese instante, en medio de “la rabia y el susto a la vez” que experimentó

al ver a “B” en tan lamentables condiciones, A. L. M. acometió G., con las desgraciadas consecuencias ya conocidas.

Así las cosas, resulta imposible pregonar, con algún asomo de seriedad, que entre A. L. M. P. y N. F. O. hubo un concierto previo, expreso o tácito, para darle muerte a G. G. y mucho menos que entre ambos repartiéronse, con exacta adjudicación de roles, el trabajo criminoso para concretar esa meta típica. Es más: Como O. no le propinó al difunto herida mortal alguna, también es imposible postular una autoría accesoria suya en ese homicidio.

De ahí que, por lo explicado, deben deslindarse tajantemente tanto la responsabilidad de la señora M. P. como la de N. F. en estos cruentos acontecimientos. Y al verificar tal deslinde, necesariamente debe concluirse que “B” solo debe responder por el delito de lesiones personales: Por el daño corporal que él, con su machete, le causó al finado.

Y en significativo respaldo del planteamiento formulado en precedencia viene a sumarse una contundente circunstancia: Como lo reconoce, incluso, la misma fiscal, en estos sucesos N. F. O. también obró impulsado por un estado de ira e intenso dolor provocado injustamente (fls. 267 y 270). Ahora bien: En estos casos doctrina y jurisprudencia secularmente han proclamado que debe estarse a las resultas de la acción ejecutada por el agente, pues, en estas situaciones de emoción violenta, el autor procede siempre con dolo de ímpetu. Y como lo establece una añeja pero sabia fórmula, el dolo de ímpetu es dolo indeterminado y el dolo indeterminado se determina por el resultado: “*Dolus indeterminatus determinatur eventu*” (FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, Bogotá, Editorial Temis, 1986, pág. 300. Cfr. GIUSEPPE MAGGIORE, *Derecho penal*, volumen I, Santa Fé de Bogotá, Editorial Temis, 1985, pág. 587).

Y si “la indeterminación de la intención se precisa con el resultado efectivamente obtenido” (MAGGIORE, *Derecho penal*, ob. cit., pág. 588), a O. únicamente cabe atribuirle

unas simples lesiones personales. Que tal fue el menoscabo físico, comprobado, que N. F. ocasionó, con su conducta, a G. G.

3) Como se recordará, el art. 501 del C. de P. Penal de 1987 —reformado por el art. 32 del decreto 1861 de 1989— permitía la variación de la adecuación típica del reato “cuando la calificación provisional o cualquier elemento estructurante del hecho punible imputado en la resolución de acusación, no corresponda a los hechos controvertidos en el sumario, o existe prueba sobreviniente que los modifique...”.

Tal disposición, por consagrar un derecho para el encartado, como era poder invocar la variación de la adecuación típica del hacer *sub judice* —modificación que, por ejemplo, cuando en materia de homicidio se declaraba la existencia de un exceso en el ejercicio de una causal de justificación o la concurrencia de preterintención e ira justa, podía representarle la obtención del beneficio de la libertad provisional—, puede considerarse como una norma procesal de efectos sustanciales. Y, por tal potísimo motivo, en razón del principio de favorabilidad normativa contemplado en el art. 10 del C. de P. Penal ahora vigente, puede aplicarse ultraactivamente.

Por lo tanto, el despacho aplicará ultraactivamente en este caso el art. 501 del anterior estatuto procesal. En tal virtud, variará la calificación provisional impartida en la resolución de acusación para declarar, en su lugar, que el hecho punible que cabe imputarle a N. F. O. es la contravención especial de lesiones personales definida en el art. 1º, 9 de la ley 23 de 1991 y no el de homicidio. Y como consecuencia de tal determinación, que, obviamente, implica el rompimiento de la unidad procesal (art. 18 del decreto 800 de 1991), ordenará la compulsación de las copias pertinentes con destino a las autoridades policivas para que se investigue, por separado, ese daño corporal.

4) Como bien lo puntualizó la señora fiscal en la audiencia especial, una contravención “no es de mi competencia” (fl. 269). Y como

a O solo le es atribuible una contravención, es evidente que el “arreglo” al cual llegó la señora fiscal con él, es ostensiblemente improcedente. Por lo mismo, el Juzgado se abstendrá de formular cualquier pronunciamiento sobre dicho acuerdo. En su lugar, hará lo indicado atrás: dispondrá la compulsación de las mencionadas copias. Y pondrá a N. F. a disposición de la secretaría de gobierno municipal para los fines pertinentes.

5) Por último, el despacho quiere agregar que los planteamientos expuestos en esta providencia, serán desarrollados, más sistemáticamente, en la sentencia, la cual se proferirá dentro del término insertado en el art. 37 del C. de P. Penal, contado a partir de la ejecutoria de este proveído.

En razón y mérito de lo discurrido, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales,

RESUELVE:

1) APROBAR, en las condiciones reseñadas en la parte motiva de este proveído, el acuerdo “acerca de las circunstancias del hecho punible y la pena imponible” al cual llegaron durante la audiencia especial celebrada en este asunto la señora fiscal doce de la unidad especializada de esta ciudad de la Fiscalía General de la Nación y la sindicada A. L. M. P.

2) CONCEDER a la prenombrada señora M. P. el beneficio de la libertad provisional, mediante caución prendaria por la suma de cinco mil pesos y la obligación de suscribir la diligencia compromisoria prevista en el art. 419 del C. de P. Penal.

3) Una vez la detenida otorgue la caución en la cuantía indicada y suscriba la diligencia de compromiso, LÍBRESE la correspondiente boleta de libertad.

4) VARIAR, por lo explicado en la parte considerativa de esta providencia, la calificación provisional impartida en la resolución de acusación, para DECLARAR, en su lugar, que el hecho punible que cabe atribuirle al procesado N. F. O. es la contravención especial de lesiones personales definida en el art.

1º, 9 de la ley 23 de 1991 y no el delito de homicidio.

5) Como consecuencia de la anterior declaración, ABSTENERSE de formular pronunciamiento alguno sobre el acuerdo al cual también llegaron en esa diligencia la referida fiscal doce y el mismo inculpado N. F. O. En su lugar, ORDENAR la compulsación de las copias del caso con destino a las autoridades

de policivas, para que se investigue, por separado, esa conducta contravencional. Y poner al nombrado O. a disposición de la Secretaría de Gobierno Municipal para los fines pertinentes.

6) Una vez en firme este proveído, VUELVA el proceso al despacho, para el proferimiento de la respectiva la sentencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

COMENTARIO

Analizadas las decisiones judiciales relacionadas con la aplicación del instituto denominado en nuestra legislación positiva como “terminación anticipada del proceso”, se observan algunas preocupaciones fundamentales acerca de sus alcances en punto a la disposición del objeto procesal y al respeto de la presunción de inocencia —concretada en el ejercicio del derecho a la defensa y la entidad del caudal probatorio que puede sustentar la sentencia condenatoria en estos eventos— junto con otras accesorias de no menos trascendencia, a las cuales haremos breve referencia en este comentario.

1. DE LOS LÍMITES DE DISPOSICIÓN DEL OBJETO PROCESAL

El deslinde conceptual del denominado objeto procesal implica en nuestro derecho positivo la consideración de lo preceptuado por el art. 334 del C. de P. P., que determina el objeto de la investigación refiriéndolo al esclarecimiento de la hipótesis fáctica —o conjunto de ellas— y sus circunstancias, en cuanto punible, por ende naturalística y jurídicamente considerada; y, no podía ser de otra manera en un derecho penal que no atiende al resultado sino a la intención del agente, a la averiguación de sus móviles y condiciones personales y sociales, a efecto de individualizar su responsabilidad y el alcance de la respuesta coercitiva.

La estimación de todos esos factores es la que permite al funcionario instructor y al juez, definir con precisión lo que resulta ser en el procedimiento ordinario la materia de la calificación y delimitar el marco de la sentencia para que guarde congruencia con aquella.

Mas, en el proceso de trámite precoz introducido por el art. 37 del C. de P. P., ¿cómo precisarlo, cuando ello ocurre en momentos en que los resultados de la pesquisa son aun precarios, incompletos?

Habría que considerar que la identidad del objeto del proceso sufre en la medida en que profundiza la instrucción “una paulatina modificación y restricción. En

el comienzo del procedimiento el objeto del proceso está lejos e informe, y en el curso del procedimiento se realiza una creciente restricción”¹.

Así, partiendo de la primacía en nuestro medio del principio de legalidad (C. de P. P., art. 6º) y de la indisponibilidad que él impone sobre el objeto del proceso para efectos de la calificación fiscal provisional y del control judicial ejercitado por el fallador *a posteriori*, ¿deberán uno y otro funcionario atenerse a lo que quiere SCHÄFER² en el sentido de incluir en la pretensión penal estatal un concepto de hecho en el sentido del art. 334 de nuestro C. de P. P., abarcador del complejo total de los elementos fácticos, lo cual implicaría que el referido objeto estaría conformado no por “lo que el juez *ha* aclarado, sino por lo que habría *podido* aclarar en forma jurídicamente admisible”?

Pensamos que, por el contrario, siguiendo a otra parte de la literatura, entre quienes se encuentra HENKEL³, debemos entender que “pertenece al hecho en el sentido penal-procesal tan solo aquello que el juez al cumplir con su deber de esclarecimiento pudo averiguar *concretamente*”.

Si ello puede preconizarse para el proceso penal ordinario, con muchas más razones lo resulta en el proceso anticipadamente concluido, precisamente porque allí ocurre una renuncia de la acusación a continuar recolectando pruebas para acreditar irrefutablemente la hipótesis delictiva y la responsabilidad, correlativa a la del sindicado para aducir las que apoyan su defensa.

De esta manera, podemos afirmar que la adopción del sistema acusatorio —aunque atenuado o aun desnaturalizado— y del art. 37, en cuanto ordena al fiscal “presentar los cargos que de la investigación surjan contra el sindicado” y al juez aprobar el “acuerdo” obtenido entre las partes, introduce el principio de oportunidad en nuestro enjuiciamiento criminal, a través de la “negociación” que indefectiblemente debemos entender que existe, como se deriva de la propia letra legal.

Es decir, que deferido a la restricción del objeto del proceso obtenida en el decurso instructivo y sujeto al derecho dispositivo que a nuestra manera de ver caracteriza la terminación anticipada en nuestro medio en relación con el sindicado para solicitar al fiscal la presentación de los cargos, este ejercita el principio que permite al Estado renunciar a continuar con la instrucción y en esa medida permite una cierta capacidad dispositiva del órgano requirente sobre el objeto procesal, en cuanto su definición esté más o menos informe desde el punto de vista probatorio.

Esto es, se aplica el principio de oportunidad en consideración al interés de economía procesal que acá se tutela o, como sostiene ASCENCIO MELLADO⁴ en relación con la conformidad con que el art. 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

¹ JÜRGEN BAUMANN, *Conceptos fundamentales y principios procesales, Introducción sobre la base de casos*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986, pág. 279.

² *Ib.*, pág. 275.

³ *Ib.*, pág. 276.

⁴ JOSÉ MARÍA ASCENCIO MELLADO, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid, Editorial Trivium, S. A., 1991, pág. 58.

de España complementó recientemente las reglamentadas en sus arts. 655 y 688 *ibidem*, para lograr “una más fácil condena en asuntos que, por su complejidad, serían en exceso costosos o de muy difícil prueba...”, acotando el ejemplo de BAUMANN en relación con los delitos económicos en que “podrían perseguirse únicamente unos hechos muy concretos dejando de lado otro conjunto de ellos con el fin de una más rápida tramitación que de otra forma se extendería irrazonablemente en el tiempo”.

Ello tendría la adicional ventaja en algunos eventos, de resocialización del delincuente y de prevención general por la capacidad simbólica de la condena rápida y efectiva.

Tales aplicaciones del principio de oportunidad se han dado en nuestro medio a través de las normas sobre descongestión de la administración de justicia, como la contenida, por ejemplo, en el art. 473 del Código Procesal últimamente derogado, que imponía la cesación de procedimiento cuando después del término de reapertura no se consiguiese la prueba para enjuiciar.

Sin embargo, no afirmamos que esa disponibilidad del objeto procesal tenga un mayor contenido que el derivado de la insuficiencia probatoria sobre ciertas hipótesis delictivas o determinadas circunstancias o elementos subjetivos; o frente a la existencia de prueba respaldante de la inocencia del procesado o de la inexistencia del hecho o su atipicidad, en cuyo caso resulta viable, como en el procedimiento ordinario, la preclusión de la investigación, posibilidad que expresamente reconoce el art. 4º del proyecto de ley núm. 205, modificatorio de la actual regulación del instituto.

Por tanto precisa enfatizar que estando demostradas o en vías de estarlo las diversas hipótesis delictivas ocurridas y conjuntamente investigadas, o la culpabilidad y sus circunstancias, no resulta posible al fiscal dejar de considerarlas, ni hacer transacciones fuera de los límites que la ley impone debiendo, por ende, centrar el acuerdo con esos contornos o, en los casos de conexidad objetiva o litisconsorcio de imputados, proseguir por la vía del rompimiento de la unidad procesal, la instrucción por los hechos no incluidos en la calificación que sirve de base al acuerdo o contra los imputados disidentes del mismo.

En estas circunstancias resultaría deseable que la propia ley, ya que pretende introducir una figura que contrariamente a lo que afirmamos en nuestra monografía sobre el tema⁵ si se emparenta con el arreglo —*plea bargaining*— de linaje anglosajón, supliera la indeterminación en torno a los criterios para la identificación del hecho procesal y la vaguedad de los parámetros de disponibilidad del mismo, bien atendiendo a consideraciones de economía procesal, ora relacionadas con la trascendencia del bien jurídico protegido con la norma penal, que reflejaran una decantada política criminal ajustada a nuestra coyuntura socio-histórica.

⁵ ROBERTO LOBELO VILLAMIZAR, *Terminación anticipada del proceso* (C. de P. P., art. 37), Santa Fe de Bogotá, Ediciones Forum Pacis, 1993, pág. 14.

2. DE LA PRUEBA SUFICIENTE PARA PROFERIR SENTENCIA ANTICIPADA

Como en el acuerdo entre las partes necesariamente ha de estar sometido a control judicial y este versa, además de la estimación de la calificación legal y de la pena, acerca de si obra prueba suficiente respecto de la materialidad infraccional y la responsabilidad del autor, es necesario despejar la incertidumbre que la escueta fórmula legal ofrece, sobre todo si se toma en consideración el brocardico expresado en el aforismo romano de *in dubio pro reo*.

Es claro que resultaría absurdo —si se entienden la naturaleza y los objetivos político-criminales de la figura— exigir para dictar sentencia condenatoria homologando el acuerdo, la misma entidad probatoria que requiere el fallo de responsabilidad en el rito ordinario (C. de P. P., art. 247).

Nos parece ahora, tras algunos meses de reflexión sobre el asunto y después de conocer la sentencia —que en lo pertinente citaremos adelante— de la Corte Constitucional italiana en este punto, que la posición asumida al respecto con ocasión de una primera aproximación teórica al tema era demasiado rígida, al sostener que podría sugerirse exigir al juez el grado de convicción íntima en que nuestro anterior esquema procesal fundaba la veredicción del jurado de conciencia y el consecuente fallo del juez de derecho que en ella se apoyaba.

En efecto. El art. 444 del Código de Procedimiento Penal de Italia, ofrece una institución que entre ellos es denominada “Aplicación de la pena por solicitud” o *patteggiamento*, de características similares a la nuestra —excepto porque allí se reduce a delitos sancionados con penas cualitativa y cuantitativamente menores— según cuya explícita letra, de obtenerse el acuerdo se dictará por el juez sentencia que lo recoja, siempre que “... no deba proferirse sentencia de sobreseimiento de acuerdo con el artículo 129...”; norma que se refiere a determinadas causas de no punibilidad, a saber: inexistencia del hecho, que el imputado no lo cometió o que no está previsto en la ley como reato; que se ha extinguido la acción o falta una condición de procedibilidad.

Basándose en las previsiones del propio texto legal, la *Corte Costituzionale*⁶ expresó al rechazar la pretensión de inexistencia de la institución con fundamento en el quebrantamiento de la presunción de inocencia:

“En realidad el imputado, cuando solicita la aplicación de una pena lo hace solamente para reducir al mínimo aquel mayor sacrificio de su libertad, que prevee como consecuencia del delito del juicio ordinario. En cuanto a la defensa, es verdaderamente un instrumento eficiente la posibilidad que la ley ofrece al imputado de asumir con seguridad una pena mínima sustrayéndose al riesgo de más graves aflicciones, incluso —si los antecedentes lo consienten y el juez lo considera pertinente— beneficiándose de la suspensión condicional.

”Por lo demás, es necesario tener cuidado del peligro de confundir el derecho de la libertad y el de defensa con la obligación absoluta de ejercitarlo. La ley funda-

⁶ Sentencia núm. 313, julio de 1990, en *La giurisprudenza della Corte Costituzionale sul processo penale*, Milano, Giuffrè Editore, S. p. A., 1992, pág. 140.

mental garantiza las condiciones a fin de que el derecho a la libertad personal y el de defensa puedan ser ejercidos en todas sus legítimas facultades, pero esto no autoriza para configurar aquel ejercicio como obligatorio.

”No se encuentra claro, porque el Pretor remitente considera que en el art. 444 del C. de P. P. haya una sustancial inversión del principio de la carga de la prueba, contrastante con la presunción de inocencia contenida en el art. 27 inciso 2 de la Constitución.

”En efecto, en el nuevo ordenamiento jurídico procesal es preponderante la iniciativa de las partes en el sector probatorio: pero esto no inmuta los principios, ni siquiera en el especial procedimiento en examen, donde antes el juez está obligado en primer lugar a examinar *ex officio* si se encuentra allegada a la actuación prueba de que el hecho no existió o de que el sindicado no lo ha cometido. Después de lo cual resultando negativa esta verificación, si el imputado considera que posee elementos suficientes para la afirmación de su propia inocencia, nadie lo obliga a solicitar la aplicación de una pena, y tiene a su disposición las garantías del rito ordinario. En otros términos, quien solicita la aplicación de una pena quiere decir que renuncia a hacer uso de la facultad de refutar la acusación, sin que eso signifique violación al principio de presunción de inocencia, que continúa a desplegar su rol hasta que la sentencia sea irrevocable”.

Y pensamos que las conclusiones de la jurisprudencia citada en precedencia pueden recogerse congruentemente en nuestro sistema procesal, ya que según el art. 36 del C. de P. P., en cualquier momento procesal en que ocurra una de las causales denominadas en Italia como de no punibilidad y ya expuestas, debe decretarse la preclusión de la instrucción o la cesación de procedimiento; agregando que acá, además ello debe ocurrir siempre que aparezca fundadamente establecido que el autor obró bajo el amparo de una de las circunstancias que la ley prevee como excluyentes de la antijuridicidad o de la culpabilidad.

En semejantes condiciones, entonces, es claro que el examen judicial del acuerdo en punto de la suficiencia probatoria, ha de cerciorarse de la inexistencia de cualquiera de dichas causales de impropiedad de la acción —es decir realizar un juicio o valoración negativa de los presupuestos procesales que ha de crear la acusación para el ejercicio de *ius puniendi* al decir de GUTIÉRREZ DE CABIEDES⁷ —entendiendo que el sindicado al renunciar al ejercicio de su defensa está ejerciendo una facultad dispositiva perfectamente viable y autorizada por la ley.

Si ninguna de ellas tiene ocurrencia, compete al juez dictar la sentencia homologatoria del acuerdo siempre que estime bien realizada la adecuación típica y, por otra parte, correctamente dosimetrada la pena convenida.

De no encontrar correcto alguno de tales extremos de sustanciación del fallo, la congruencia que ha de caracterizar este con el acuerdo que resulta, bajo esa óptica, vinculante para el juez, impide que profiera fallo en que varíe la calificación o la pena acordadas, debiendo limitarse a improbar el acuerdo a través de auto motivado y recurrible.

⁷ EDUARDO GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Estudios de derecho procesal*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., 1974, pág. 517.

En punto a la pena aplicable parece claro que el juez no puede desconocer, para agravarla o atenuarla, los precisos términos del acuerdo y en ello es abundante la jurisprudencia española que, incluso, según FENECH, se muestra contraria a la aplicación por el juez de penas accesorias no convenidas⁸.

De no hacerlo así, creemos que renacerá la legitimación para recurrir la sentencia por las partes, pues el principio de la doble instancia se ve cercenado solo en razón de la carencia de interés para impugnarla cuando es aprobatoria del acuerdo, pero no en los eventos en que lo desconoce, correspondiendo al juez *ad quem*, si encontrare legítimo el convenio, dictar el fallo homologatorio respectivo.

De otra parte, haremos breve mención a la tendencia de algún sector de la jurisprudencia a considerar que la aceptación de los cargos por parte del sindicado equivale a su confesión, posición que no compartimos por estimar que bien distinta es la naturaleza jurídica de los dos institutos procesales.

Es evidente que la confesión es un medio de prueba, y no pone fin por sí sola como el acuerdo al proceso, sino que, por el contrario, impone la continuación de la investigación, entre otras cosas orientada a establecer su veracidad y la celebración de plenario o causa donde se ejercitará la contradicción que se excluye obtenido el acuerdo.

De otra parte, la posterior infirmación por el acusado de su propia confesión no implica que no se tome en consideración la confesión revocada, la cual ha de valorarse con apoyo en los principios de la crítica testimonial, al paso que de no alcanzarse el acuerdo o de no superar este el control judicial, la propia ley determina que no podrán tenerse en cuenta las declaraciones hechas por el sindicado, ni utilizarse en su contra —ni, creemos, en contra de los eventuales cosindicados— sobreviniendo incluso causal de impedimento de los funcionarios judiciales intervinientes en la audiencia anticipada.

⁸ MIGUEL FENECH, *Derecho procesal penal*, Barcelona, Editorial Labor, S. A., 1985, vol. II, pág. 992.