

CUARTO CONVERSATORIO
DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO
Y PRIMER CONVERSATORIO
DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD
PENAL DE ADOLESCENTE

■■■Bucaramanga, diciembre 2, 3 y 4 de 2007



CUARTO CONVERSATORIO NACIONAL DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Director:

Magistrado
Hernando Torres Corredor

Magistrados Auxiliares:

Diana del Pilar Colorado Acevedo
Carlos Ariel Useda Gómez

Directora Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla

Gladys Virginia Guevara Puentes

Autores Varios

Escuela Judicial
Rodrigo Lara Bonilla

Publicación: Cendoj
Consejo Superior de la Judicatura, 2007
Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra
Calle 11 N° 9 A-24, piso
www.ramajudicial.gov.co

Cuarta edición
Con tiraje de 3000 ejemplares
Diagramación e impresión: Imprenta Nacional de Colombia
Impreso en Colombia

Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa

Magistrados:
Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles
Dr. Jose Alfredo Escobar Araujo
Dr. Francisco Escobar Henríquez
Dr. Ricardo Monroy Church
Dr. Jesael Antonio Giraldo Castaño
Dr. Hernando Torres Corredor

Índice

LA REALIZACIÓN DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO DE LA LIBERTAD PERSONAL, UNA SENDA HACIA LA JUSTICIA

Rosa Irene Velosa Escobar

Jueza 19 Penal Municipal con función de conocimiento de Bogotá. 5

LA OBLIGATORIEDAD DE LAS DECISIONES DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES EN LAS DECISIONES DE LOS JUECES NACIONALES

Paula Astrid Jiménez Monroy

Jueza 59 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá. 19

UNA MIRADA AL DERECHO DE DEFENSA Y A SER PRESENTADO EL CAPTURADO ANTE EL JUEZ A LA MAYOR BREVEDAD POSIBLE, BAJO LA PERSPECTIVA DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Gloria Patricia Loaiza Guerra

Jueza 3 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín. 31

IMPACTO DE LAS LEYES 1098 DE 2006 Y 1142
Y 1153 DE 2007 EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Carlos Moreno Arboleda

Juez Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá

Javier García Prieto

Juez 48 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá

Emely Mailing Salcedo Borja

Jueza xx penal municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá51

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA LEY 1153
DE 2007 O DE PEQUEÑAS CAUSAS

David Ernesto Vega Rincón

Juez 40 de Control de Garantías de Bogotá.83

ESQUEMA SOBRE VÍCTIMAS EN LA LEY 975 DE 2005

Uldy Teresa Jiménez

Eduardo Castellanos Roso

Magistrados Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá105

RÉGIMEN DE SANCIONES EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD
PENAL PARA ADOLESCENTES

Juan Carlos Pérez Galindo

Juez 6° Penal de Adolescentes con función de control de garantías

Juez Coordinador del Centro de Servicios Judiciales115

INTERNAMIENTO PREVENTIVO COMO ÚNICA MEDIDA DE
ASEGURAMIENTO EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL
PARA ADOLESCENTES

Luz Marina Zamora Buitrago

Jueza 2 Penal de Adolescentes con funciones de control de garantías.135

LA CONGRUENCIA

José Reyes Rodríguez Casas

Juez Penal de Circuito Especializado de Bogotá143

ANEXO JURISPRUDENCIAL.....167

Proceso No. 30321

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal 169

Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca

Aprobado acta No. 339 167

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil ocho (2008)169

Proceso No. 30645

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrada Ponente: María del Rosario González de Lemos

Aprobado acta No. 061.

Bogotá D. C., cuatro (4) de marzo de dos mil nueve (2009).....181

Proceso No. 30655

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Jorge Luis Quintero Milanés

Aprobado acta N° 309

Bogotá D. C., veintisiete (27) de octubre de dos mil ocho (2008).....209

LA REALIZACIÓN DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO DE LA LIBERTAD PERSONAL, UNA SENDA HACIA LA JUSTICIA

Rosa Irene Velosa Escobar

Jueza 19 Penal Municipal con función de conocimiento de Bogotá

7

A partir de la reforma constitucional implementada en 1991, se ha despertado en el ambiente jurídico colombiano la necesidad de trascender del ordenamiento interno hacia las regulaciones internacionales que fueron integradas al régimen jurídico a través del artículo 93 de la nueva Carta Magna.

Paulatinamente esa necesidad fue dimensionándose en el ámbito penal, especialmente, a partir de que la Corte Constitucional en sus decisiones perfiló pronunciamientos que entronizaron en nuestro ordenamiento el llamado “bloque de constitucionalidad”; por ello, es mandato ineludible, no solo del citado artículo constitucional, sino de la jurisprudencia con fuerza vinculante proferida por el máximo Tribunal, aplicar los estándares internacionales de derechos humanos en las decisiones judiciales al momento de interpretar el ordenamiento interno o invocarlos cuando este contiene vacíos normativos respecto a la regulación de garantías fundamentales.

El nuevo sistema penal, con tendencia acusatorio, ha generado gran expectativa en nuestro país, pero al mismo tiempo ha puesto de presente el profundo desconocimiento que los operadores judiciales tenemos respecto a las disposiciones internacionales de derechos humanos que poseen aquella fuerza vinculante. Por ello, nos encontramos con frecuencia hablando idiomas diferentes, pues mientras unas instancias procuran aproximar sus decisiones a las reales condiciones jurídicas del país, a través del estudio y análisis de las diversas fuentes interpretativas de dichos estándares internacionales, con el mejor de los propósitos y con un absoluto compromiso de justicia material en un ámbito social de especial complejidad como es el nuestro, otras instancias siguen aferradas a

conceptos arcaicos de raigambre legalista y matriculados con compromisos que no corresponden a la majestad de la administración de justicia caracterizada por la independencia e imparcialidad en virtud de la cual solo se genera solución de conflictos a través de decisiones que armonizan con el Estado Social de Derecho y en el cual la justicia material se alcance acatando el contenido normativo de nuestra Constitución dejando en manos de otras instancias estatales, diversas a la jurisdiccional, el brindarle a la sociedad seguridad.

La única seguridad que debe importar al operador judicial militante en un estado constitucional de derecho es la emisión de decisiones acordes con ese sistema jurídico, garantizando a todos los intervinientes del proceso penal que sus derechos serán respetados y por ello que la verdad que se alcance en cada uno de los escenarios judiciales se construya con el acatamiento de todos y cada uno de los principios que rigen el ordenamiento jurídico, así el sentido de la decisión no convenga en otros ámbitos estatales que pretenden utilizar el escenario jurisdiccional para justificar la inoperancia de sus roles.

Es por ello que estar al día en los contenidos constitucionales del proceso penal y a la mano de ello, en las regulaciones internacionales de derechos humanos para efectos de introducir la normatividad en la materia al ordenamiento interno y con ello en la motivación de la decisión judicial, es la razón de ser de esta ponencia, y en sí el interés de que el tema de los Derechos Humanos, en Colombia y concretamente en el ambiente judicial, haga parte de su cotidianidad y se desmitifique de concepciones abstractas introduciéndolas en el contexto judicial.

Para demostrar la posibilidad de lograr esta armonización de categorías jurídicas –legales, constitucionales, estándares internacionales de derechos humanos– me referiré especialmente a lo que sucede con la afectación de la libertad en la medida en que ella puede dar paso a la transgresión de otras garantías fundamentales en el proceso penal; así mismo, en virtud a la dificultades que ha tenido la comprensión de decisiones en casos de especial gravedad, cuando se ha constatado que el Estado, a través de la Fiscalía, la policía judicial o la Policía Nacional, ha desconocido sus contenidos esenciales.

Nuestro máximo Tribunal de Justicia en lo Constitucional ha establecido en múltiples pronunciamientos¹, cómo el derecho fundamental a la libertad posee un **TRIPLE CARÁCTER**. Como **Valor** en la medida en que así está consagrado en el preámbulo de la Carta Máxima sin que olvidemos que el preámbulo de la Constitución por sí mismo tiene un contenido ideológico y político que orienta

¹ Corte Constitucional, Sentencias C- 024 de 1994, C- 774 de 2001, entre otras

todo el ordenamiento jurídico. Como **Principio** que debe irradiar la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines (artículo 2º) y como Derecho (artículo 28) al afirmarse la libertad para todo los coasociados y las estrictas condiciones en que se puede restringir.

En el mismo sentido se ha regulado en la disposición legal por excelencia que reglamenta su restricción, Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, artículos 2, 295, 296 estos últimos que no han sido modificados por las nuevas legislaciones que han reformado algunos temas de esta ley.

Siendo ello así, es posible concluir, sin ningún temor a equívocos, que el Derecho a la libertad personal es consagrado como un derecho de carácter fundamental. Que como tal, no es absoluto, puede restringirse, pero ante la preponderancia que el mismo posee, su restricción solo opera atendiendo criterios de necesidad y estricta proporcionalidad.

Existe identidad conceptual entre el contenido normativo interno y el de rango internacional de derechos humanos, en la regulación de este derecho, pues los Estados Partes al suscribir los tratados de la materia se han comprometido a armonizar su régimen interno con las orientaciones trazadas en las disposiciones internacionales.

Así las cosas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 9 establece:

*“Nadie podrá ser sometido a detención o prisión **arbitraria**. Nadie podrá ser privado de la libertad, salvo por las **causas fijadas por la ley** y con arreglo al **procedimiento establecido en ésta**”* (se resalta).

A su vez, la Convención Americana de Derechos Humanos en el Art. 7 señala:

*“Nadie podrá ser privado de su libertad física, **salvo por las causas y en las condiciones** fijadas de antemano por la Constitución Política de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ella. Nadie podrá ser sometido a detención o encarcelamiento **arbitrarios**.”* (se resalta).

Los instrumentos citados, al igual que el ordenamiento interno, parten por afirmar el derecho a la libertad, y como se dijo, regular las condiciones en que se puede restringir, invocando una reserva legal y constitucional del Estado parte, para garantizar el debido proceso y la reserva judicial para su afectación.

Pues bien, como el objeto de este escrito no gira en torno al régimen de libertades en nuestro sistema jurídico, sino en la necesidad de aplicar las normas internacionales y la jurisprudencia internacional emitida al respecto, conviene

detenemos en aquellos conceptos que han sido resaltados de los textos citados, para precisar cómo la restricción de la libertad para que esté revestida de legitimidad, debe contar con una regulación interna que determine de manera inequívoca las causas que posibilitan la privación del derecho, pero además que no puedan ser consideradas como arbitrarias.

Siendo ello así, el concepto de no arbitrariedad trasciende el ordenamiento jurídico interno del país y exige del operador judicial una valoración en cada situación concreta para efectos de ponderar la legitimidad de la afectación.

Este ejercicio de ponderación debe ser abordado a través de herramientas hermenéuticas que ofrece el propio derecho constitucional, como lo son los principios que regulan un Estado Social de Derecho, a fin de construir un sistema jurídico armonioso y coherente. Por ello, el ordenamiento jurídico interno debe acatar el principio de presunción de inocencia, dimensionado la afectación del derecho preventivamente solo con efectos procesales y garantizando materialmente que quien de forma cautelar es detenido, sea tratado como inocente.

No ofrece dificultad alguna revisar las causales expresas que la legislación interna consagra para posibilitar la afectación de un derecho fundamental, comprenden el procedimiento que debe agotarse, la intervención judicial previa o posterior, el acatamiento de los términos procesales que impliquen una garantía, en sí misma, la autoridad competente para afectarla, etc.

Pero, lo que sí resulta novedoso es la valoración sobre la no arbitrariedad consagrada en las disposiciones citadas, en la medida en que este concepto jurídico es diferente al de legalidad.

La diferenciación de estos conceptos se plasmó por el Comité de Derechos Humanos en el Caso Mukong c. Camerún, en estos términos:

*“Queda, sin embargo, por determinar si otros factores convertirían es “arbitraria” a tenor de lo dispuesto en el artículo 9 una detención y una reclusión legítimas en otros aspectos. La historia de la redacción del párrafo 1 del artículo 9 confirma que no se debe equiparar el concepto de “arbitrariedad” con el de “contrario a la ley”, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las “garantías procesales”. Como ha advertido el Comité en una ocasión anterior, ello significa que la prisión preventiva consiguiente a una detención lícita deber ser no solo lícita sino además **razonable** en toda circunstancia”.*

En el mismo pronunciamiento, el Comité identifica conceptualmente las nociones de necesidad, con la prohibición de detenciones arbitrarias al indicar:

*“La prisión preventiva debe además ser **necesaria** en toda circunstancia, por ejemplo, para impedir la fuga, la alteración de las pruebas o la reincidencia en el delito. En este caso el Estado parte no ha demostrado que se hallara presente ninguno de los factores (...). En consecuencia con los argumentos expuestos el Comité decide que la detención del autor en 1988-1989 y en 1990 no fue ni razonable ni necesaria en las circunstancias del caso, y constituye en consecuencia una violación del párrafo 1 del artículo 9 del Pacto”.*

Así, las cosas, vamos armonizando el contenido de no arbitrariedad en la afectación del derecho fundamental, con los conceptos de razonabilidad y necesidad, lo cual resulta acorde perfectamente con los moduladores de la actividad procesal, consagrados en el artículo 27 del Código, norma rectora.

De esta forma, para aquellos a quienes les genera intranquilidad la aplicación directa de los estándares internacionales de derechos humanos al adoptar sus decisiones, no pueden pasar inadvertido que el ordenamiento interno, al concordar nuestro proceso penal con la naturaleza de Estado que nos rige, ha consagrado las nociones interpretativas que deben orientar o “modular” la actuación procesal.

Y es precisamente en el escenario investigativo del proceso en el cual el Estado se ve en la necesidad de afectar derechos fundamentales, donde cobra especial importancia el acatamiento de estos parámetros.

Por ello, independientemente que los conceptos de “legalidad” y “arbitrariedad”, están siendo presentados en el escenario de la afectación del derecho fundamental a la libertad, precisamente, por poseer este derecho un lugar especial en la normativa internacional por cuanto frecuentemente su afectación se suele convertir en un medio para la trasgresión de otros derechos, resulta legítimo trasladar estos conceptos al momento de ponderar la afectación de cualquier otro derecho fundamental con ocasión al proceso penal.

En este contexto resulta ser un hito en la jurisprudencia internacional el caso Gangaram Panday² sobre el artículo 7 de la Convención Americana, en la medida en que conceptualiza las categorías que se revisan, indicando pues la integralidad del control sobre la afectación del derecho, no solo en el ámbito legal interno, sino trascendiendo al aspecto razonable, necesario, proporcionado de esta.

Por ello, se indica:

“... contiene³ como garantías específicas, descritas en sus numerales 2 y 3, la prohibición de detenciones ilegales o arbitraria, respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos,

² Corte Interamericana de Derechos Humanos

³ Alude al artículo 7 de la Convención Americana

*nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (**aspecto material**), pero, además con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (**aspecto formal**) En el segundo, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por **causas y métodos que –aun calificados de legales– pueden reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad**” (se resalta y subraya).*

Así las cosas la restricción de derechos y aun el de la libertad, debe acatar perfectamente las reglas fijadas por el ordenamiento interno, partiendo claro está del acatamiento a los principios trazados en la Carta Fundamental, para de esta manera acoger las reglas fijadas en la legislación. Pero, además, y de forma imprescindible, atender una ponderación, en punto del caso concreto, sobre la no arbitrariedad de la restricción o lo que es lo mismo sobre su **razonabilidad y proporcionalidad**, pues, si se acata el ordenamiento interno, pero se incurre en el caso específico en el desconocimiento de estos presupuestos, la determinación aun cuando legal será arbitraria.

El Comité de Derechos Humanos, caso Van Alphen c. Países Bajos, reiteró el contenido del caso Mukon c. Camerún, ya citado, pero invocando el análisis realizado por la Comisión en su 12 periodo de sesiones así:

*El Comité ha llegado a la conclusión de que el término “arbitrario” no es sinónimo de ilegal y denota un concepto más amplio. Parece claro que, aunque la detención o prisión ilegal es casi siempre arbitraria, una detención o prisión hecha de acuerdo con la ley puede, no obstante, ser también arbitraria. Por consiguiente, basándose en la definición del término “arbitrariamente” sentada en el 12 periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, el Comité ha adoptado la siguiente definición: la detención o prisión sería arbitraria cuando se efectúe a) por motivos o conforme a procedimientos distintos a los prescritos por la ley, o b) conforme a una ley cuya **finalidad fundamental** sea incompatible con el respeto del derecho del individuo a la libertad y seguridad” (se resalta).*

Lo anterior conlleva a una estricta valoración e interpretación por parte del operador judicial de las disposiciones en que sustenta su decisión, pues la hermenéutica debe abordar la finalidad de la norma en punto de las garantías existentes.

Siendo ello así, si el ordenamiento jurídico interno desconoce los principios de proporcionalidad que inspiran la afectación de derechos fundamentales en general y el de la libertad en particular, no se debe aplicar la ley, pues, con ello, estaría

adoptándose una decisión arbitraria que conculca las garantías fundamentales y a su vez puede generar repercusiones internacionales que comprometen al Estado.

Es clara la línea jurisprudencia en este sentido lo cual exige un mayor compromiso por parte del operador judicial, pues, en la decisión emitida en el caso González V. Mexico la Comisión Interamericana de derechos humanos presenta la siguiente síntesis de su jurisprudencia sobre la legalidad y la arbitrariedad:

*“El análisis de la compatibilidad de una privación de la libertad con las normas de los párrafos 2 y 3 del artículo 7 de la Convención Americana debe efectuarse siguiendo tres pasos. El **primero** de ellos consiste en la determinación de la legalidad de la detención en sentido material y formal, a cuyo efecto se debe constatar si es compatible con la legislación interna del Estado en cuestión. El **segundo** paso se cumple mediante el análisis de dichas normas internas a la luz de las garantías establecidas en la Convención Americana, a fin de establecer si aquellas son arbitrarias. **Finalmente**, ante una determinación que cumpla los requisitos de una norma de derecho interno compatible con la Convención Americana, corresponde determinar si la aplicación de la ley al **caso concreto** ha sido arbitraria”* (se resalta).

De acuerdo a lo expuesto, es válido concluir que la jurisprudencia citada, al consagrar la exigibilidad de valorar la decisión judicial a la luz de la proporcionalidad y razonabilidad, para evitar incursionar en determinaciones arbitrarias, pretende evitar que las formas jurídicas puedan ser utilizadas para conseguir un fin distinto al que las inspiran y, por ello, la restricción de derechos exige agotar las valoraciones para el caso específico.

Ahora bien, los conceptos que se indican no son extraños a nuestro sistema jurídico, en la medida en que la Corte Constitucional utiliza en sus decisiones de manera reiterada los test de proporcionalidad y específicamente ha sido puntual cuando se de analizar las condiciones en que se restringen derechos fundamentales trata, no podemos olvidar que al respecto se pronunció, entre tantas sentencias, en la C-822 de 2005, cuando realizó el análisis de las intervenciones corporales con fines investigativos. Pero, la importancia de este pronunciamiento no apunta solo a destacar la forma acertada en que desarrolla el análisis de proporcionalidad con respecto a cada una de las intervenciones, exigiendo así del juez una decisión ponderada y fundamentada tendiente a evitar la arbitrariedad, sino que, compromete a la Fiscalía con esta valoración Constitucional, conminándola a que acredite en la respectiva audiencia, los presupuestos de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

No podía ser diferente, no solo con respecto a esta clase de actos de investigación, sino respecto a todos aquellos que comprometan la afectación de derechos

fundamentales, pues la Fiscalía hace parte de aquellos órganos del Estado que “administran justicia” de conformidad con el artículo 116 de la Carta Superior, lo cual la compromete con los fines constitucionales del proceso penal, los cuales se alcanzan legítimamente si se preservan las garantías fundamentales de la parte dogmática del ordenamiento superior, en armonía con los estándares internacionales de derecho humanos, los cuales en atención al artículo 93 de la misma Carta, invocado como sustento para resaltar la importancia del tema que se analiza que: “prevalecen en el orden interno”.

Así las cosas, resulta claro que nuestro sistema jurídico, por mandamiento constitucional, en virtud al desarrollo legislativo y con apoyo en las disposiciones internacionales en derechos humanos, contempla la afirmación del derecho fundamental a la libertad personal y con ello, la interpretación restrictiva a su afectación, ante lo cual resulta imperioso que se afronten las evoluciones normativas en nuestro derecho interno de manera coherente y respetando la armonía jurídica inspirada en principios como la presunción de inocencia.

Para ello, retomando las orientaciones del Comité de Derechos Humanos en sus observaciones al interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos, específica mente la Observación General No. 18, este principio se materializa en el trato que debe brindársele a quien padece una restricción de su libertad preventivamente, veamos:

*“El principio de la presunción de inocencia tiene tres dimensiones distintas. Una se refiere a la manera en que se determina la responsabilidad penal, y en particular la carga de la prueba. Otra consiste en la imputación de responsabilidad penal o participación en hechos delictivos a un individuo que no ha sido juzgado. **La tercera consiste en algunos corolarios relativos al trato de personas bajo investigación por un delito y a presos sin condena**”* (se resalta).

En este orden de ideas, cuando el legislador adopta un cambio normativo, es necesario que el operador judicial trascienda el texto legal y atendiendo el contenido normativo de la Constitución, invocado por la Corte de la materia en sentencia C-820 de 2006, se ajuste el nuevo ordenamiento a los principios del Estado Social de Derecho y se invoquen para ello aquellas disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos que exigen la ponderación y razonabilidad de las decisiones judiciales.

Dice la Corte Constitucional en la decisión invocada:

“... la Constitución es ahora la norma superior cuya aplicación directa e interpretación obligatoria irradia todo el ordenamiento jurídico, pues en el Estado constitucional las normas

superiores no requieren de la ley para ser aplicadas sino que se exigen y superponen. En tal virtud, como lo advierte el profesor Eduardo García de Enterría, “la Constitución es una realidad normativa”⁴, esto es, una norma jurídica efectiva que sustenta todo el ordenamiento jurídico e impone valores, principios y reglas fundamentales para la sociedad y los coloca fuera del alcance de las mayorías parlamentarias ocasionales. En consecuencia, el carácter y la plena eficacia normativa de la Constitución supone la vinculación directa e imperativa de los jueces, tribunales y demás operadores jurídicos...”.

Siendo ello así, y ante la obligatoriedad del precedente constitucional, no entiendo cómo hoy en virtud de la implementación de la ley 1142 de 2007, proferida por una “mayoría parlamentaria ocasional”, se pretenda desconocer la obligatoriedad de acreditar la existencia de un fin legítimo para proceder a la afectación de derechos fundamentales, entre ellos el que más, la libertad, al momento de imponer una medida de aseguramiento.

Por ello, acatando los principios señalados resulta imperioso que la lectura al nuevo régimen de libertades introducido por esta disposición imponga mantener un ordenamiento jurídico armónico.

En estas condiciones, jamás podrá aceptarse que criterios como la gravedad del delito o la magnitud de la pena, por sí mismos, sustenten la restricción de la libertad y genere la prohibición de beneficios, creando no solo tratos desiguales, sino contrarios a la presunción de inocencia, desnaturalizando el carácter cautelar, preventivo de la detención para imprimirle conceptos retributivos, de prevención general o particular, válidos solo al momento de ponderar la imposición de una pena, luego de haberse desvirtuado, legítimamente, la inocencia.

No es un concepto personal subjetivo, lo señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso Giménez v. Argentina en los siguientes términos aludiendo al análisis del peligro de fuga para legitimar la restricción de derechos:

*“Tanto el argumento de seriedad de la infracción como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomadas en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido. La Comisión considera, sin embargo, que debido a que ambos argumentos se inspiran en **criterios de retribución penal**, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustento de la pena privativa de la libertad. La proporcionalidad que debe existir entre el interés de la sociedad en reprimir el delito y el interés del individuo en que se*

⁴ García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas.

respeten sus derechos fundamentales se rompe en perjuicio de este último, a quien se le impone un mayor sacrificio” (se resalta).

De la misma manera, los criterios de reincidencia, utilizados en nuestro país para sustentar la detención u otra medida de aseguramiento, como pronóstico del peligro para la comunidad, constituyen criterios de valoración que lesionan el principio de presunción de inocencia porque se sustentan en el fin retributivo de la pena. En el derecho sustancial encuentra un claro fundamento como un mecanismo de protección del orden jurídico, del orden social, pero ese efecto no se alcanza como mecanismo meramente procesal, como lo es la medida cautelar personal.

No obstante ello, al ser una realidad normativa que nuestro Estado optó por dicho criterio de valoración para asumir el peligro del imputado para la comunidad, resulta conveniente retomar los criterios que al respecto trazó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando señaló:

“Cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reincidencia debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensa similares, tanto en naturaleza como en gravedad”⁵.

De esta forma, se hace necesaria la acreditación, no argumentativa, sino con soporte en medios de convicción, de un real peligro de reincidencia, atendiendo las particularidades del caso, la naturaleza de los delitos reincidentes, las características personales del infractor. A ello debe agregarse que debe preservarse el concepto constitucional de antecedentes⁶, sin permitir que se contaminen la noción del juez con informes que solo poseen la naturaleza de anotaciones.

No puedo finalizar estos comentarios sin hacer una rápida referencia a la afectación del derecho fundamental a la libertad con ocasión de la captura, especialmente en flagrancia, pues en virtud al afortunado pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia C-176 de 2007, ya se enterró el debate sobre la vigencia de la captura administrativa en nuestro sistema.

Como se ha venido indicando en escenarios como este, el que la captura haya sido sometida a un control judicial inmediato generó grandes controversias porque

⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bronstein y otros c. Argentina.

⁶ Artículo 248, Constitución Política.

se pusieron de presente arbitrariedades que venían quedando en el anonimato procesal. Resulta ello paradójico si retomamos, como lo indiqué al principio, que desde 1991, por mandato constitucional, nuestro país tenía la obligación de acatar las disposiciones internacionales de derechos humanos y las mismas de manera expresa consagran no solo el control judicial posterior sino inmediato.

La Convención Americana sobre derechos Humanos establece al respecto:

“Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.” (se resalta).

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo reitera:

“9.3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.” (se resalta).

No podría ser diferente, por cuanto “el derecho a la libertad personal ocupa un lugar especial en la normatividad internacional de derechos humanos, pues con frecuencia la privación de la libertad se convierte en un medio para atentar contra los demás derechos fundamentales”⁷ y esta vulnerabilidad se incrementa cuando se genera una captura ilegítima, como lo puntualizó la Corte Interamericana:

“... una persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación de agravada vulnerabilidad de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratado con dignidad”⁸.

Siendo ello así, no puedo menos que censurar enérgicamente, que a pesar de la pluralidad de debates académicos que se han generado con ocasión a la

⁷ Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano, autor Daniel O Donnell, Oficina en Colombia del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, página 278

⁸ Corte Interamericana de derechos humanos – Caso Bámaco Velesquez, 25 de noviembre de 2000

implementación de nuestro sistema penal de corte acusatorio, aún se sigan generado discusiones sobre la obligatoriedad del término de las 36 horas para el control judicial posterior a la captura y que no se comprenda que dicho término es el máximo, porque la inmediatez del control, por orientación internacional, exige que el capturado sea llevado ante el juez de manera inmediata.

Aun que el legislador se preocupó por redactarlo en esos términos, los intérpretes vetustos insisten en torcer el sentido garantista de la expresión.

Insistiendo en la imperiosa necesidad de cambiar de paradigma y aplicar las disposiciones internacionales y la interpretación que los organismos internacionales han dado al respecto, cito como ejemplo un pronunciamiento del sistema universal, que por ser retomado por el sistema regional debe ser atendido por virtud del bloque de constitucionalidad, así lo ha dejado establecido la Corte Europea de Derechos Humanos.

*“No hay violación a la garantía “si la persona arrestada es puesta en libertad **“sin demora”** antes de que cualquier control judicial de su detención hubiese sido plausible”, “si la persona arrestada no es dejada en libertad **sin demora**, tiene el derecho a ser llevada sin dilación ante un juez o funcionario judicial” “el control judicial de las interferencias ocasionadas por el Ejecutivo al derecho de las personas a la libertad es una característica esencial de las garantías incorporadas y tiene como fin minimizar el riesgo de arbitrariedad” además, “el control judicial está implícito en el principio de legalidad “uno de los principios fundamentales de una sociedad democrática”⁹ (se resalta).*

Retomando estos análisis, el Sistema Interamericano ha puntualizado:

*“La Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante “Corte Europea”) ha remarcado que el énfasis en la prontitud del control judicial de las detenciones asume particular importancia para la prevención de detenciones arbitrarias. La **pronta intervención judicial** es la que permitiría detectar y prevenir amenazas contra la vida o serios malos tratos, que violan garantías fundamentales también contenidas en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante “Convención Europea”) y en la Convención Americana. Están en juego tanto la protección de la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal. En este sentido, la Corte Europea destacó especialmente*

⁹ Corte Europea de DD. HH., Caso Brogan y otros y el Reino Unido, sentencia del 29 de noviembre de 1988.

que la falta de reconocimiento de la detención de un individuo es una completa negación de esas garantías y una más grave violación del artículo en cuestión.”¹⁰(se resalta).

De la misma manera, la doctrina experta en el tema de los Derechos humanos lo viene diciendo de tiempo atrás, no entiendo cuál es la razón para que ciertos operadores judiciales se resistan a asumir categorías jurídicas como la comentada.

La doctora Inés Margarita Uprimny Yépes en su obra *Límites de la fuerza pública en la persecución del delito*¹¹ señala:

*“La persona capturada en flagrancia debe ser puesta **inmediatamente** a disposición del fiscal o juez competente para que se inicie la investigación penal correspondiente. Cuando por razón de la distancia entre el lugar de la captura y la residencia de la autoridad competente no fuera posible entregarlo en el acto de la captura, no se podrá prolongar la captura más allá de lo estrictamente necesario para el traslado inmediato al lugar donde se encuentra la autoridad competente, sin que este tiempo sea superior a las 36 horas autorizadas por la Constitución...”* (se resalta).

Recapitulando, ha quedado plasmada en estas líneas la trascendencia que tiene en un sistema jurídico como el nuestro, inspirados en los pilares filosóficos de un Estado Social de Derecho el respeto a la libertad personal y el acatamiento de todas las garantías al momento de restringirlo. El Juez es precisamente el llamado a controlar las condiciones en que el Estado, para alcanzar los fines del proceso penal, se ve en la necesidad del afectar este derecho.

Atendiendo las condiciones específicas de cada caso resulta innegable que una sociedad convulsionada como la nuestra, por un orden público alterado, por la proliferación de la delincuencia común inspirada en fines despreciables, en la cual se ha perdido el respeto a valores como la ingenuidad e inocencia de los niños que cotidianamente son víctimas de agravios sexuales, es legítimo acudir a la privación de la libertad, como mecanismo preventivo. Pero aún en estas condiciones esa afectación de la libertad resulta ilegítima si se asume desconociendo los presupuestos esenciales, formales, materiales y proporcionados, que conlleven a ello.

No en vano, la Corte Constitucional ha puntualizado en varios pronunciamientos la preeminencia de las garantías para afectar la libertad personal y como ejemplo

¹⁰ Corte interamericana de derechos humanos, caso Villagrán Morales y otros (caso de los “niños de la calle”) sentencia de 19 de noviembre 1999.

¹¹ Defensoría del Pueblo, Bogotá, 1998.

inspirador de los operadores judiciales que de forma directa y en las instancias primigenias deben abordar el conflicto, retomemos estos conceptos:

“El artículo 28 de la Constitución protege el derecho a la libertad física de la persona con la regulación de una serie de garantías que buscan asegurar el ejercicio legítimo del derecho y el adecuado control al abuso del poder. De hecho, como bien lo describe la doctrina¹², la libertad constituye un presupuesto fundamental para la eficacia de los demás derechos y el instrumento “primario” del ser humano para vivir en sociedad. Por esta razón, el constituyente no solo otorgó a la libertad el triple carácter: valor (preámbulo), principio que irradia la acción del Estado (artículo 2º) y derecho (artículo 28), sino que diseñó un conjunto de piezas fundamentales de protección a la libertad física de las personas que aunque se derivan de ella se convierten en garantías autónomas e indispensables para su protección en casos de restricción. Dentro de estos se encuentran los derechos a ser informado sobre los motivos de la detención, a ser detenido por motivos previamente definidos por el legislador y a ser detenido en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente (artículos 28 y 29 de la Constitución).

“Es evidente, entonces, que al lado de la protección al “derecho primario” de la libertad, existen otros “derechos-garantía” que están dirigidos a prohibir las restricciones de libertad arbitrarias o ilegítimas, de tal forma que la decisión que limita el derecho de libertad está sometida a una serie de mecanismos de control de validez de la decisión. De hecho, no se trata de prohibir la privación de la libertad cuando esta busca desarrollar objetivos y finalidades constitucionalmente válidas, se trata de circundar al ejercicio de libertad de garantías obligatorias y vinculantes que limitan la orden estatal y evitan el arbitrio punitivo”¹³.

Para finalizar y ante el contundente pronunciamiento citado, solo resta extender una muy respetuosa pero enérgica invitación a todos los operadores del sistema jurídico penal, para que nos acerquemos y conozcamos los instrumentos internacionales de derechos humanos y la interpretación que de ello realizan los diferentes organismos internacionales para materializar por fin, en nuestra práctica cotidiana un efectivo respeto por los derechos humanos, e interpretar de manera armónica nuestras disposiciones internas ofreciendo a nuestra sociedad condiciones jurídicas seguras, no en busca de coadyuvar políticas gobiernistas de turno, sino vivificando el contenido axiológico del Estado que nos rige.

¹² Sobre la importancia del derecho a la libertad física y la descripción de sus garantías en los Estados Democráticos: Freixes San Juan, Teresa y Remotti, José Carlos en “El Derecho a la Libertad Personal”. Editorial PPU, S.A. Barcelona. Primera Edición. 1993

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-176 de 2007.

LA OBLIGATORIEDAD DE LAS DECISIONES DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES EN LAS DECISIONES DE LOS JUECES NACIONALES

Paula Astrid Jiménez Monroy

Jueza 59 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá

21

Cuando era estudiante de Derecho en la Universidad Nacional, mis maestros me enseñaron varios principios, los cuales eran absolutos e inamovibles, como era el caso del principio de legalidad, el de cosa juzgada o *non bis in idem*, el de soberanía, principios que ustedes conocen muy bien, por lo cual no profundizaré en ellos. Hoy, solo unos años después, no muchos, esas nociones no son absolutas ni inamovibles; yo diría que son relativas, lo cual considero, es lo mejor que nos ha pasado.

Con la implementación del Sistema Acusatorio se observaron cambios profundos, tanto en el procedimiento, como en lo material. En el procedimiento, cambiamos a un sistema oral y ágil, en lo material, porque se concibió un sistema garantista, en donde vale primero la persona, antes que todo lo demás.

Es lo que yo llamo un resurgir del Derecho. Esto hizo entonces que especialmente los jueces con función de control de garantías empezáramos a replantearnos diversas nociones e instituciones del Derecho, y ver que antes que el eficientismo, estaban principios modulares como los del art. 27 de la Ley 906 de 2004 tales, como necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia.

Así, se ha venido trabajando el derecho penal con sujeción al derecho constitucional. Es lo que hemos tratado de practicar en nuestras audiencias, pues no solo basta con la aplicación del derecho penal y el derecho procesal penal, sino que hay que verificar si lo que decidimos está de acuerdo con la Constitución Política. El asumir esta posición fue novedoso en el 2005 y lo sigue siendo para los compañeros que se han venido preparando para ingresar al Sistema Penal Acusatorio.

Pero esto no es suficiente, no solo debemos hacer un estudio de constitucionalidad, sino de tratados de derechos humanos, en este caso de la Convención Americana. Tanto los jueces de garantías como los de conocimiento, debemos tener en cuenta los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus recomendaciones a la hora de decidir un caso, así como los de la Corte Internacional de Justicia.

Cuando hablo de un control de convencionalidad, debemos mirar si nuestra ley nacional está acorde con los mandatos de la Convención Americana, porque si no, deberemos inaplicar la ley nacional y esto es un mandato para nosotros los jueces de la República.

Para explicar el sustento de esta tesis considero necesario hacer una mirada a las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos.

En efecto, se tiene que son fuentes del derecho internacional de los derechos humanos los siguientes de acuerdo a lo dicho por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en su art. 38.1:

1. Las convenciones internacionales sean generales o particulares que establezcan reglas expresamente reconocidas por los estados litigantes.
2. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.
3. Los principios generales del Derecho reconocidas por las naciones civilizadas.
4. Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las diferentes naciones como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 59 y aparte de ello hay que considerar dos factores adicionales: uno, que tiene que ver con la obligatoriedad universal y regional de la norma que constriñe a los Estados a respetar y garantizar los derechos humanos de conformidad con la carta de las Naciones Unidas y el carácter de *ius cogens* que posee dicha norma.

Hablemos sobre los tratados de derechos humanos. Ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva OC-2 que: *“La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derecho para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a los otros Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.”*(1).

Es así como se puede fácilmente concluir que estos tratados no tienen la característica de la reciprocidad, y también diríamos que estos tratados son especiales en la medida en que no siempre rigen para hechos a partir de su promulgación o partir de las reservas que haga un Estado. Me explico. Un Estado puede hacer una reserva en el sentido en que aceptará la competencia, que emane del acogimiento de un tratado de derechos humanos, pero esto no significa que obligatoriamente sea así. Puesto que la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo en el caso *Belilos Contra Suiza*, que una declaración interpretativa formulada por este país, era en realidad una reserva que no estaba permitida por la Convención Europea. Allí entonces se concluyó que las reservas tenían el carácter de ser ilícitas, sino que la parte material del tratado estaba en vigor para el Estado parte.

Y se tiene que la primera vez que un organismo de carácter internacional como el Comité de Derechos Humanos declaró inválida una reserva, fue en el caso *Kennedy vs. Trinidad y Tobago* en 1999, pues dijo en ese momento ese alto tribunal que había que separar dicha cláusula del resto del consenso de tratado de los Estados, con fundamento en que es el Comité de Derechos Humanos el que tenía la potestad de interpretar y determinar la validez de las reservas hechas al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. El comité sostuvo: “...*dado que el objeto y fin del primer protocolo facultativo es el permitir que el comité compruebe si el Estado respeta los derechos por los que se ha comprometido velar, toda reserva que trata de impedirlo, sería contraria al objeto...*”.

De lo cual se tiene que si un Estado fórmula una reserva asume el riesgo de si, en algún momento, son declaradas inválidas por el órgano competente, esto podría ser el Comité de Derechos Humanos de la ONU, la inmediata consecuencia sería que la norma situada dentro de la reserva entraría en vigor, ignorándose la reserva.

Tenemos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo ha venido aplicando en forma jurisprudencial, como en el caso *Almonacid Vs. Chile*. No obstante, haber suscrito Chile el pacto en 1990, conoció del caso a pesar de que los hechos de la demanda ocurrieron en 1973. Este organismo se ha basado en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, sobre interpretación. Y si vemos el art. 32 dice lo siguiente:

“32. Medios de interpretación complementarios. Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del art. 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el art. 31:

- a) *Deje ambiguo u oscuro el sentido, o*
- b) *Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.*

Dejo esto como una pincelada, para que al final de la exposición lleguemos a una conclusión”.

El Sistema Interamericano de los Derechos Humanos a su vez se encuentra conformado por los siguientes documentos:

1. La Declaración Americana de los Derechos del Hombre
2. La Convención Americana de Derechos Humanos
3. La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura
4. La Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

Como bien sabemos, los dos órganos esenciales del sistema interamericano de derechos humanos son la Comisión y la Corte Interamericana.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene competencia frente a todos los Estados miembros que han suscrito la convención, es un organismo cuasi judicial, cuya función principal es el promover la observancia y defensa de los derechos humanos en América y esto lo canaliza por medio de estudios o informes, el trámite de casos individuales, la práctica de observaciones en el lugar de los hechos y la forma de recomendaciones a los gobiernos, entre otros.

La Corte Interamericana es un organismo judicial, autónomo, no permanente, que se dedica a aplicar e interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales, mediante el diligenciamiento y trámite de casos individuales que son decididos a través de sentencias y se tiene que el primer filtro es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Una vez ellos decidan que el caso debe pasar a la Corte, esta empieza a conocer de él. Es necesario aclarar que tanto la Comisión, como la Corte Interamericana, entran al escenario en forma subsidiaria, lo cual quiere decir que primero se deben agotar las vías internas para la solución del conflicto en cuestión.

Obligatoriedad de los fallos

Hablemos sobre la obligatoriedad ahora sí de los fallos de la Corte Interamericana para nosotros: los jueces ordinarios.

El art. 68 de la Convención Americana nos dice que los Estados se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso, siempre y cuando los Estados sean

parte de dicha convención y el art. 67 nos dice que esos fallos son inapelables y definitivos. Lo que hace la Corte es enviar a los Estados comunicaciones en donde pone de presente su preocupación por el no cumplimiento de sus fallos. Tal y como sucedió en el caso Baena Ricardo y otros contra Panamá, el Estado manifestó su molestia por estos requerimientos, y la Corte rechazó esa posición basándose en los art. 33, 62, 1 y 2, 65 y el artículo 30 de su estatuto.

Es así como el art. 65 dice: *“La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.”*

La otra función que tiene la Corte es de carácter consultivo, como cuando emite su concepto en abstracto, interpretando el alcance de una norma de la convención.

Hasta este momento, podríamos decir, entonces, que la relación entre Corte Interamericana y Estado, va directamente al gobierno del Estado, pero se tiene que esto no es así, pues la relación va también en forma directa al poder judicial. En el caso Almonacid Arellano vs, Chile, se discutió este aspecto.

De un lado la Corte Interamericana ha concebido que un juez ordinario, al no permitir la participación del defensor del acusado en el proceso, o al no dejar que los defensores se entrevisten a solas con los imputados, no permitir el contradictorio de las pruebas de descargo y no dar un tiempo oportuno a la defensa para que se prepare, está violando directamente la Convención y la jurisprudencia de la Corte.

El art. 1.1 de la convención establece:

“Los estados partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

Y el artículo segundo que dice: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivas tales derechos y libertades”.

Sea lo primero hacer una breve sinapsis sobre el caso Almonacid Arellano. El señor Almonacid Arellano fue abaleado por policiales Chilenos cerca de su casa y en presencia de su esposa, quien estaba embarazada, y estaba en su octavo mes de gestación. Hechos ocurridos el 14 de septiembre de 1973. La esposa de Almonacid, al ver a su esposo atacado por los policiales perdió al bebe que estaba por nacer. El caso fue objeto de investigación por la justicia penal militar Chilena, el cual fue archivado en virtud de la ley de amnistía proclamada por ese país, en 1978 por el decreto ley 2191.

Los motivos por los cuales el caso va a la Corte es que la familia del finado Almonacid solicita que investigue la muerte del mismo. Igualmente, por considerar que se violaron los artículos 8 (garantías judiciales), 25 (protección judicial) de la convención americana, el art. 1.1, obligación de respetar los derechos e igualmente la violación al art. 2 de la Convención, puesto que la familia consideró que se violó el deber por parte del Estado de adoptar decisiones de derecho interno de la convención.

La Corte decide que este es un caso de lesa humanidad, puesto que desde los años 73 al 90, en Chile hubo una dictadura militar, la cual tenía como política de Estado causar zozobra en la población civil, sobre todo en aquellos que eran opositores al régimen, mediante una serie de violaciones a los derechos humanos, como desapariciones forzadas, causar torturas a los detenidos, etc, y que la época más violenta de ese régimen fue en 1973, en donde tuvieron ocurrencia el 57% de todas las muertes y desapariciones y que el 61% de esas detenciones ocurrieron en esos primeros meses de dictadura, época en la cual ocurrió la muerte de Almonacid.

Es así como se habla, de una parte, de la imposibilidad de autoamnistiar por parte del gobierno Chileno tales conductas de lesa humanidad y hace un análisis para llegar a la conclusión de que Chile violó el art. 1 de la Convención, pero lo que más llama la atención es cuando se refiere a los jueces ordinarios de dicho país.

Se dice entonces en este fallo que cuando el Estado falla, en el sentido de no hacer una legislación que esté acorde con el contenido de la Convención, queda la obligación para el poder judicial de inaplicar esas normas violatorias. Textualmente en el párrafo 23 de dicho fallo dice:

*“La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del poder judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, **el judicial***

permanece vinculado al deber de garantía establecido en el art. 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes del Estado o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1.”.

Con esto nos debe quedar claro que aparte de hacer un control de constitucionalidad, por parte de los jueces ordinarios, para el caso concreto que nos ocupe en nuestras labores, está la de hacer el control de convencionalidad y revisar si la norma, que es objeto de discusión para el caso concreto, está de acuerdo con la Convención. Tal revisión, considero, se hace necesaria para efectos de la ley 1142 de 2007, por ejemplo, la cual adicionó la polémica causal cuarta al art. 313, en virtud de la cual se debe dar detención preventiva, en los casos en donde en el último año la persona investigada haya sido objeto de una captura.

La Corte Interamericana explica que los jueces y tribunales estamos en la obligación de acatar el imperio de la ley; por ello, debemos aplicar las normas de derecho interno vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como es el caso de la Convención Americana, sus jueces como parte del aparato estatal, también están sometidos a ella, lo que nos obliga entonces a velar por el cumplimiento del mandato de la Carta y que las leyes que no la obedezcan a ellas quedan sin efectos jurídicos. Dice entonces la Corte en este fallo, que para hacer el control de Convencionalidad, el juez no solo deberá tener en cuenta el tratado, sino la interpretación dada por la Corte Interamericana a la norma.

Así mismo, se recalca allí, que no es excusa legítima, el dejar de aplicar una norma de la Convención, so pretexto de una regulación interna. Esto a su vez está en la opinión consultiva OC-14 de 1994 del 9 de diciembre de 1994.

De lo anterior, es necesario entonces sacar las siguientes conclusiones:

1. Los Jueces estamos obligados a acatar y hacer cumplir la ley.

2. La ley ya no es solo ese mandato legal, proclamado por el legislativo, sino también, es el mandato de la Carta constitucional y, además de ello, la ley es la que nos suministran los tratados de derechos humanos que nuestro país ha ratificado en debida forma y son es también las interpretaciones que de esos tratados hayan hecho las cortes internacionales.
3. La ley entendida como aquella que está de acuerdo con los tratados de derechos humanos en este caso la Convención Americana de Derechos Humanos está por encima de una ley interna que la contradiga y no es justificación ante el derecho internacional, el dejar de aplicar una norma de la convención, por una norma de derecho interno, así legalmente haya sido proclamada.
4. En caso de inaplicar la Convención, igualmente el Estado será responsable no solo de violar el numeral 1.1. sino también el numeral segundo, y la responsabilidad ya no será solo del Gobierno, por no legislar en consonancia con la Convención, sino será por la omisión de los jueces y magistrados de los Tribunales internos.

El caso de Lady Dayán Sánchez

La Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de noviembre primero del presente año, produjo un fallo histórico, y es que en sede de recurso de revisión interpuesto por la Procuraduría General de la Nación, dejó sin piso lo referente a una absolución, por la muerte de la niña Lady Dayán Sánchez, ocurrida el 21 de marzo de 1998. Aquel día estaban departiendo tres jóvenes, entre ellos la menor Lady Dayán, quienes al escuchar que venían unos carros, procedieron a huir del lugar, pues pensaron que se trataba de las milicias; realmente quienes llegaron fueron los agentes de policía que acudieron al lugar por haber recibido una orden del comando, dado que un ciudadano había dado aviso sobre una pandilla en el lugar. En el sitio al parecer hubo un intercambio de disparos, y la menor Lady Dayán quien corría hacia su casa, no pudo llegar allí, pues por una bala del arma del agente Tulcán resultó muerta.

Este caso fue conocido por la Justicia Penal Militar, en donde se abstuvieron desde el inicio de imponer medida de aseguramiento, hubo discusión sobre la competencia del juez competente para llevar a cabo la investigación; la Sala Disciplinaria del Consejo Superior, mediante proveído del 3 de febrero del 2000 decidió que el caso era de competencia de la Justicia Penal Militar.

Finalmente, hubo absolución a favor del agente Tulcán, el 14 de abril del 2000. La familia agotó todos los recursos en Colombia hasta el punto de promover

demanda de casación excepcional la cual fue inadmitida mediante auto del 27 de septiembre de 2002.

Se tiene que la Procuraduría General de la Nación haciendo uso de la causal cuarta del art. 192 de ley 906 de 2004, interpone el recurso de revisión ante la Corte Suprema de Justicia y trae a colación lo dicho en la C-004 de 2003, en la que quedó estipulado que dicha acción era procedente cuando se produjera una decisión de una instancia de supervisión y control de Derechos Humanos, respecto de la cual el Estado colombiano haya aceptado formalmente la competencia. Es así como pone de presente que el caso fue revisado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el curso de las sesiones del 124 período ordinario, la cual en aplicación del artículo 50 de la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobó el informe No. 5/06 del 28 de febrero de 2006. Allí la comisión concluyó que Colombia le había violado el derecho a la vida a la menor Lady Dayán Sánchez y exhortó al Estado Colombiano entre otras cosas a:

“1. Realizar una investigación imparcial y efectiva ante la jurisdicción ordinaria con el fin de juzgar y sancionar a los responsables por la muerte de Lady Dayán Sánchez Tamayo”.

“2. Reparar a los familiares de la víctima en forma integral por las violaciones a la Convención Americana establecidas en el presente informe”.

“3. Efectuar un reconocimiento público de responsabilidad estatal de las violaciones a la Convención Americana establecidas en el presente informe”.

“4. Adoptar medidas de capacitación, vigilancia y aplicación de la ley para garantizar que los agentes del Estado autorizados para emplear armas de fuego, hagan uso de aquellas en estricto cumplimiento de los principios de necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad, particularmente en situaciones que involucren la presencia de niños y niñas, los cuales requieren especiales medidas de protección”.

“5. Adoptar las medidas necesarias para evitar que en el futuro se produzcan hechos similares conforme al deber de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana, así como dar pleno cumplimiento a la doctrina desarrollada por la Comisión y la Corte Interamericana sobre elementos exclusivos de la Justicia Penal Militar, respecto de los delitos de función”.

Uno de los problemas que analiza la Corte Suprema y que vamos a tratar de analizar en este momento es si las Recomendaciones hechas por un organismo

como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos son imperativas para los jueces.

La posición mayoritaria de la Corte Suprema es que las Recomendaciones de la Comisión no son vinculantes y para ello se apoya en los siguientes argumentos:

- a. La Comisión emite informes que contienen recomendaciones, la Corte Interamericana es el organismo que produce sentencias, las cuales sí son vinculantes, pues la propia Convención así lo dice, cuando estipula que estos fallos son motivados, obligatorios, definitivos e inapelables.
- b. La publicación del informe no soluciona el problema de violación de derechos humanos que fue planteado por el solicitante y si de esto se sigue que la Comisión Interamericana debe remitir el asunto a la Corte Interamericana – quien emite una sentencia– esta sería de obligatorio acatamiento, concluye la Corte Suprema que el alcance de la recomendación es bastante limitado.
- c. La Corte Suprema sostiene que la recomendación es una sugerencia respetuosa, contenida en un informe que se hace al Estado parte, sin que tenga carácter obligatorio.

Para lo anterior se basa en lo sostenido en la Corte Constitucional en las sentencias C.562 del 92, c-049 del 94, c-147 del 94 y c-468 del 97, sentencias en donde se sostiene que las recomendaciones de la OIT no tienen el carácter de vinculantes, como sí lo tienen los convenios.

Es así como la Corte Suprema dice : *“...en lo que respecta a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional mantiene idéntica postura, en la medida en que se ha considerado que las mismas, si bien constituyen actos jurídicos unilaterales, carecen de efecto vinculante y se limitan a proponerle a sus destinatarios un determinado comportamiento”*.

Sin embargo, si miramos la aclaración de voto, del Magistrado Ibañez, vemos que él sostiene lo contrario, esto es que las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sí tienen carácter vinculante; por lo tanto, son obligatorias.

Sus argumentos son:

Expone en primer lugar también lo dicho por la Corte Constitucional en la Sentencia C-468 de 1997:”

“Abora bien, en lo que respecta a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional mantiene idéntica postura, en la medida en que

ha considerado que las mismas, si bien constituyen actos jurídicos unilaterales, carecen de efecto vinculante y se limitan a proponerle a sus destinatarios un determinado comportamiento”.

“Reconoce, igualmente, que ciertos tribunales internacionales, así como un destacado sector de la doctrina internacionalista contemporánea, han considerado que las recomendaciones adoptadas por los organismos internacionales, carecen de todo efecto vinculante”.

Y, se agrega:

*“Claro está, estima también que dicha aseveración debe matizarse en el caso concreto. En este orden de ideas, el operador jurídico debe tomar en consideración la **naturaleza del órgano internacional que adoptó la recomendación**; si se trata de una invitación dirigida al Estado para que tome medidas legislativas encaminadas a enfrentar situaciones generalizadas de violaciones de derechos humanos o si **por el contrario se aluden a un caso concreto**; y finalmente, los principios y las disposiciones del tratado internacional con base en los cuales las recomendaciones fueron adoptadas”.*

Es así como continúa Ibáñez, que aparte de lo anterior, está la noción de bloque de constitucionalidad, que por sí sola se impone en atención, primero, del órgano que impartió la recomendación; segundo, la alusión a un caso concreto; tercero, las disposiciones del tratado con base en la cual se toma la Recomendación.

Pero aparte de lo dicho por el Magistrado que salva el voto, considero que hay otras razones, para poder predicar que las recomendaciones son obligatorias en ciertos casos.

Por un lado, tenemos la ley 288 de 1996, la cual otorga obligatoriedad interna a las disposiciones tomadas en la CIDH, cuando una decisión previa de la Comisión, en la que se concluya que respecto de un caso concreto en que el Estado colombiano haya incurrido en una violación de derechos humanos y se establezca que deben indemnizarse los correspondientes perjuicios.

Así mismo, tenemos la Sentencia T-568 de 1999 que considera que las recomendaciones de la Comisión tienen fuerza jurídica interna y que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

También se tiene que en el caso Texaco-Calasiatic contra Libia en donde el Tribunal de Arbitramento Internacional, en laudo del 19 de enero de 1977, consideró que era difícil fórmular de manera general y abstracta el alcance de las recomendaciones, ya que se dijo en esa oportunidad que es necesario tener en cuenta las condiciones en las cuales las recomendaciones fueron adoptadas porque es indispensable analizar rigurosamente cada una de sus disposiciones.

Otro argumento que consideramos refuerza nuestra posición de que las recomendaciones sí son vinculantes, es que si un país no cumple con ellas el caso pasa a la Corte Interamericana, si no fueran vinculantes de ningún modo se aplicaría este procedimiento, en donde el Estado se puede ver en punto de ser obligado de alguna forma ante los demás Estados.

Para concluir, tenemos que decir que ciertas recomendaciones dadas por la Comisión Interamericana sí son obligatorias y, para ello debemos fijarnos en la naturaleza de la recomendación, si son hechas en un contexto abstracto, o si son hechas en un caso concreto, como el de Lady Dayán Sánchez; igualmente analizar el contenido de ellas, aquí se ordenó una investigación imparcial e integral en el caso de marras, hablando en forma clara y precisa de las razones por las cuales se habían violado los preceptos de la Convención y, mírese además, que se habló sobre el papel de la justicia y sus operadores en este caso.

Por todo lo anterior, sostengo entonces que los fallos de tribunales internacionales como la Corte interamericana y algunas recomendaciones de la Comisión Interamericana, no solo son obligatorias para la Rama Ejecutiva y Legislativa, sino también para la Rama Judicial.

Muchas Gracias.

Bibliografía

Derecho Internacional Contemporáneo. Liber Amicorum en homenaje a Germán Cavelier. Ricardo Abello. Editor académico. Universidad del Rosario, 2006.

Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Claudia Martín, Diego Rodríguez-Pinzon, José A. Guevara. Ed. Universidad Iberoamericana. Méjico, 2004.

Derecho Penal Internacional. Édgar Saavedra Rojas, Carlos Gordillo. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995.

Sentencias

Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Sentencia del 28 de septiembre de 2006. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sentencia 26077 M. P. Dr. Sigifredo Espinosa del 1 de noviembre de 2007.

UNA MIRADA AL DERECHO DE DEFENSA Y A SER PRESENTADO EL CAPTURADO ANTE EL JUEZ A LA MAYOR BREVEDAD POSIBLE, BAJO LA PERSPECTIVA DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Gloria Patricia Loaiza Guerra

Jueza 3 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín

33

Cuando recorríamos las aulas universitarias, lo hacíamos convencidos por la especial dedicación de ilustres maestros de que el “Derecho” es uno de los pilares fundamentales de un Estado y, como tal, refleja no solo la existencia de un orden jurídico, sino de igual manera, la expresión de la forma constitutiva de Estado y el reconocimiento de núcleos mínimos respecto a los ciudadanos. Nos recreábamos de un estadio garantismo del orden jurídico en el campo del positivismo, para impedir siempre que los jueces pudieran ir más allá de ser los simples autómatas en el cumplimiento de la ley, la interpretación de esta, en consecuencia, estaba dictada por el mismo legislador y solo por criterio de autoridad las altas Cortes podían bajo la premisa de “doctrina probable” explicar el Derecho.

Bajo esta óptica, ni la propia ley podía comprender los cambios sociales internos, mucho menos los internacionales y, por ello, se hacía bastante incomprensible admitir el respeto a normas consuetudinarias foráneas incluso, sin posibilidad de sanción ante su incumplimiento, lo que finalmente determinaba que no interesara su cumplimiento. Son precisamente los permanentes abusos en el mundo entero contra el ser humano lo que despertó la conciencia jurídica universal y estremeció la validez del positivismo¹. No obstante, los cambios aún de manera sistemática,

¹ Ya no se sostiene el antiguo monopolio estatal de la titularidad de derechos, ni los excesos de un positivismo jurídico degenerado, que excluyeron del ordenamiento internacional al destinatario final de las normas jurídicas: el ser humano. Se reconoce hoy día la necesidad de restituir a este último la posición central –como sujeto del derecho tanto interno como internacional– de donde fue indebidamente desplazado, con consecuencias desastrosas, evidenciadas en los sucesivos

institucionales de la justicia en nuestro país son apáticos, si no reacios a admitir la posibilidad que normas “extrañas” deban ser consideradas como herramientas de interpretación del ordenamiento interno o, en su ausencia, por menor favorabilidad para el ser humano, como fundamento de las decisiones judiciales.

Los cambios en la conformación política de los Estados, de las relaciones internacionales, las nuevas y sofisticadas formas de delincuencia no solo nacional sino internacional determinan que la ley de un país necesariamente busque complementación en la comunidad internacional y que esta entre a hacer requerimientos sobre las actuaciones internas relacionadas con el respeto a los derechos de las personas y por la misma dinámica de esos cambios, debe entenderse una actualidad permanente de las normas internacionales, las cuales serán interpretadas en cada nuevo contexto².

abusos cometidos en su contra en las últimas décadas. Todo esto ocurrió con la complacencia del positivismo jurídico, en su subserviencia típica al autoritarismo estatal (Voto concurrente del Dr. Cancado Trindade en Opinión Consultiva 16/99 del 1 de octubre de 1999).

- ² 3. Toda la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha desarrollado, de forma convergente, a lo largo de las últimas décadas, una interpretación dinámica o evolutiva de los tratados de protección de los derechos del ser humano. Esto no hubiera sido posible si la ciencia jurídica contemporánea no se hubiera liberado de las amarras del positivismo jurídico. Este último, en su hermetismo, se mostraba indiferente a otras áreas del conocimiento humano y, de cierto modo, también al tiempo existencial de los seres humanos: para el positivismo jurídico, aprisionado en sus propios formalismos e indiferente a la búsqueda de la realización del Derecho, el tiempo se reducía a un factor externo (los plazos, con sus consecuencias jurídicas) en el marco del cual había que aplicarse la ley, el derecho positivo. (...) 4. La corriente positivista-voluntarista, con su obsesión con la autonomía de la voluntad de los Estados, al buscar cristalizar las normas de esta emanadas en un determinado momento histórico, llegó al extremo de concebir el derecho (positivo) independientemente del tiempo: de ahí su manifiesta incapacidad de acompañar los constantes cambios de las estructuras sociales (en los planos tanto interno como internacional), por no haber previsto los nuevos supuestos de hecho, no pudiendo, por lo tanto, dar respuesta a ellos; de ahí su incapacidad de explicar la formación histórica de las reglas consuetudinarias del derecho internacional. Las propias emergencia y consolidación del *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se deben a la reacción de la conciencia jurídica universal ante los recurrentes abusos cometidos contra los seres humanos, frecuentemente convalidados por la ley positiva: con esto, el Derecho vino al encuentro del ser humano, destinatario último de sus normas de protección. (...) 9. En el plano del derecho internacional –en que se pasó a estudiar los distintos aspectos del derecho intertemporal [8]– del mismo modo, se tornó evidente la relación entre el contenido y la eficacia de sus normas y las transformaciones sociales ocasionadas en los nuevos tiempos. Un locus classicus al respecto reside en un célebre obiter dictum de la Corte Internacional de Justicia, en su Opinión Consultiva sobre Namibia de 1971, en que afirmó que el sistema de los mandatos (territorios bajo mandato) y, en particular, los conceptos incorporados en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de Naciones, “no eran estáticos sino por definición evolutivos”. Y acrescentó que su interpretación de la materia no podría dejar de tomar en cuenta las transformaciones ocurridas a lo largo de los cincuenta años siguientes, y la considerable evolución del *corpus juris gentium*

Lo anterior no debe ser entendido como una intromisión en las políticas de seguridad de los Estados que deben ser respetadas por la comunidad internacional³. Sin embargo, debe dejarse en claro que negarse a la realidad que invita a reconsiderar a diario la Corte Constitucional de nuestro país, no cambia sustancialmente la misma.

En consecuencia, los cambios estructurales de los Estados tornan determinantes modificaciones a la concepción misma de la función jurisdiccional en las diversas áreas en que se desarrolla. El derecho procesal penal no es ajeno a tales cambios y debe buscar no solo mantener el orden social sino realizar otros fines, desde la perspectiva del derecho penal mínimo y del delito como conflicto individuo-comunidad en vez de individuo-Estado, para permitir el ingreso de los procesos de justicia restaurativa, en aras siempre a restablecer el tejido social, así como las formas de flexibilización necesarias. Nuestro país no ha sido ajeno a los cambios, pero en especial a las exigencias de organismos internacionales respecto a la implementación de un sistema procesal penal que en su dinámica permita el ejercicio y atención a garantías procesales y derechos fundamentales.

Solo hasta la ley 906 de 2004 y su implementación gradual en Colombia se ha intentado ver en una misma perspectiva el derecho sustantivo y procesal penal, bajo la égida de la Constitución de 1991. Cuando en Europa la doctrina

en el tiempo: “un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del sistema jurídico vigente en el momento de la interpretación”. (...) 10. En el mismo sentido ha apuntado, como no podría dejar de ser, la jurisprudencia de los dos tribunales internacionales de derechos humanos en operación hasta la fecha, por cuanto los tratados de derechos humanos son, efectivamente, instrumentos vivos, que acompañan la evolución de los tiempos y del medio social en que se ejercen los derechos protegidos. En su Décima Opinión Consultiva (de 1989) sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Corte Interamericana señaló, aunque brevemente, que se debería analizar el valor y el significado de la referida Declaración Americana no a la luz de lo que se pensaba en 1948, cuando de su adopción, sino “en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano” de protección, “habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración”. La misma interpretación evolutiva es seguida, de modo más elaborado, en la presente Opinión Consultiva de la Corte, tomando en consideración la cristalización del derecho a la información sobre la asistencia consular en el tiempo y su vinculación con los derechos humanos. (Voto concurrente del Dr. Cancado Trindade en Opinión Consultiva 16/99 del 1 de octubre de 1999).

³ Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana (Velásquez Rodríguez, Sentencia del 26 de junio de 1987).

y la jurisprudencia tienden a reconocer tesis bajo la denominación de la constitucionalización del Derecho, en nuestro país aún nos debatimos en cómo desconocer que sobre la ley está la Constitución, y que esta es complementada y actualizada permanentemente por normas internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario, exigiendo ante los estrados judiciales la simple aplicación irreflexiva y literal de la ley, demeritando a los funcionarios intervinientes en el proceso que se atreven a desarrollarlo como lo estableció nuestro constituyente, con relación a principios constitucionales, así como sus decisiones, desconociendo flagrantemente las consideraciones que sobre este tópico ha indicado la propia Corte Constitucional, cito a modo de ejemplo un párrafo de la sentencia C-820 de 2006: “... *la Constitución es ahora la norma superior cuya aplicación directa e interpretación obligatoria irradia todo el ordenamiento jurídico, pues en el Estado constitucional las normas superiores no requieren de la ley para ser aplicadas sino que se exigen y superponen. En tal virtud, como lo advierte el profesor Eduardo García de Enterría, “la Constitución es una realidad normativa”⁴, esto es, una norma jurídica efectiva que sustenta todo el ordenamiento jurídico e impone valores, principios y reglas fundamentales para la sociedad y los coloca fuera del alcance de las mayorías parlamentarias ocasionales. En consecuencia, el carácter y la plena eficacia normativa de la Constitución supone la vinculación directa e imperativa de los jueces, tribunales y demás operadores jurídicos...*”.

La realización del nuevo derecho procesal penal, que conocemos como sistema acusatorio penal, mantiene la estructura dogmática que nos ha acompañado de tiempo atrás así como la principalística, adicionando ahora los contenidos constitucionales.

Como bien se anotaba al inicio, existe una primacía de la Constitución, la cual no está solo constituida por las normas que están contenidas en su articulado, sino también por aquellas disposiciones que teniendo el mismo rango, derivan del bloque de constitucionalidad⁵. Sobre este tópico y para los efectos que interesan a esta ponencia debe indicarse que la Corte Constitucional, en el desarrollo que ha hecho de esta figura, ha indicado que el bloque se explica y se constituye en dos grandes vertientes, de un lado el bloque de constitucionalidad *stricto sensu*⁶, y

⁴ García de Enterría, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Editorial Civitas. [Cita hecha en la sentencia C-820 de 2006 Corte Constitucional Colombiana].

⁵ De la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad se deriva que el Estado colombiano deba adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del Derecho Internacional Humanitario con el fin de potenciar la realización material de dichos valores. Sentencia C-225/95 M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁶ Sentencia C-191 de 1998, M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; se reitera en la C-774 de 2001, M. P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

se refiere aquí a los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia que hagan un reconocimiento de un derecho humano que además no sea de aquellos susceptibles de limitación en estados de excepción⁷, como es apenas lógico no puede suspenderse ninguna garantía que permita el ejercicio o protección de tal derecho⁸, incluyendo aquí las Leyes Estatutarias⁹ y los convenios de la OIT¹⁰. Ha evolucionado el concepto incluso para plantear como integrante del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, disposiciones que no tienen el rango de convenios o tratados suscritos por Colombia, en tema de los derechos fundamentales que asisten a los desplazados, en punto a las disposiciones aplicables, se indicó como necesarios e imprescindibles los Principios Rectores del Desplazamiento Interno¹¹.

El principio general para predicar el contexto del bloque de constitucionalidad, en sentido lato o extensivo, se puede concretar en algunos planteamientos que en sede de tutela venían siendo recogidos, pero que la sentencia C-774 de 2001, finalmente, reconoció para efectos de interpretación. Allí se indica entonces que los derechos fundamentales aun susceptibles de limitación en Estados de excepción, deben ser interpretados de acuerdo con los tratados de derecho internacional de los derechos humanos, lo que finalmente nos permite predicar que prima la interpretación *pro homine*, entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario, situación que se había esbozado con antelación, cuando la Corte afirma que ningún derecho reconocido puede ser objeto de restricción o menoscabo so pretexto de que Colombia no haya ratificado tratados o convenios que los contemplan, estos planteamientos se reconocen como la “*regla de favorabilidad hermenéutica en materia de derechos humano*”¹².

⁷ Sentencia C-295 de 1993, M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

⁸ Sentencia C-578 de 1995, M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-200 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis; C-392 de 2002, M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

⁹ Sentencia C-191 de 1998, M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, que posteriormente se concreta en la C-708 de 1999, M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis, en el sentido de que no es el contenido completo de la ley estatutaria lo que debe ser tenido como parte del bloque de constitucionalidad.

¹⁰ Sentencias C-567 de 2000, M. P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra; C-038 de 2004, M. P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

¹¹ Si bien el reconocimiento no está dado desde la obligatoriedad de una sentencia de constitucionalidad, se ha hecho en sede de tutela y en reiteradas oportunidades (Sentencia T-326 de 2001 y T-268 de 2003, M. P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-419 de 2003, M. P.) Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

¹² Sentencia C-591 de 1997, M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Debe tenerse como afirmación válida para el interés que persigue esta ponencia, que para el momento actual de la jurisprudencia constitucional nacional, la jurisprudencia de instancias internacionales encargadas de interpretar los pactos y convenciones ratificadas por Colombia, así como sus recomendaciones y opiniones, hacen parte del bloque y permiten desarrollar el artículo 93 en su inciso segundo. Igualmente, que algunos conceptos deben ser estudiados a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos y cómo la ley debe estar sujeta a estos estándares; es decir, que el Estado a través del órgano legislativo tiene facultad de configuración de la ley, pero esta no puede estar por fuera de los parámetros de necesidad, fines legítimos, proporcionalidad, razonabilidad y no arbitrariedad así como atender a criterios de no discriminación.

Otro aspecto de igual importancia es que la propia Corte Constitucional ha dado relevancia a la doctrina y jurisprudencia de los organismos internacionales a efecto de su carácter vinculante para interpretar nuestros derechos fundamentales¹³.

De otro lado, la consideración de ser el sistema penal acusatorio caracterizado por el reconocimiento y efectividad de las garantías y derechos fundamentales de los ciudadanos ha determinado igualmente la creación de un juez especial que asuma la revisión del respeto a esas garantías en el desarrollo de la indagación y la investigación e incluso cuando se trata de la libertad, aun estando en curso las audiencias de juicio oral –sin que ello signifique que el juez de conocimiento no protege esas garantías y derechos–, lo cual nos invita a recrear a su vez el concepto de lo que constituye una garantía, retomando para los efectos las indicaciones que sobre las mismas ha señalado la Corte Constitucional que, precisamente, al abordar temas referidos al sistema acusatorio en la sentencia C-1001 de 2005, ha indicado que aquellas son medios procesales que *“sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o ejercicio de un derecho”*, los medios idóneos que permiten la efectividad en todo momento de los derechos y libertades, reiterando lo que para los mismos efectos indica la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su

¹³ Lo cual puede observarse claramente en la Sentencia C-010 de 2000 en la cual se lee: “(...) la Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”. Ver, entre otras, la sentencia C-406 de 1996.

Opinión Consultiva 9/87. El tema de las garantías va íntimamente ligado con el de los derechos pues permiten el ejercicio de estos.

Con los aspectos básicos establecidos se harán a continuación algunos planteamientos sobre la aplicación de normas y jurisprudencia internacionales en virtud del bloque de constitucionalidad en puntos álgidos del proceso penal bajo la perspectiva de nuestro sistema acusatorio, en aspectos como el derecho de defensa y los términos que deben ser atendidos cuando el derecho vulnerado es la libertad.

1. Derecho a la Defensa

Lo que toca en consecuencia con el derecho de defensa, normativa e incluso jurisprudencialmente a nivel internacional, es posible retomarlo en nuestro ordenamiento interno por bloque de constitucionalidad a través del principio *pro homine*, por lo que adquieren importancia instrumentos tales como el *Conjunto de principios básicos sobre la función de los abogados*¹⁴, el *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*¹⁵. La defensa en estos términos es un derecho no renunciable, debe ser asumido por el Estado, es un derecho material¹⁶ no formal, de carácter permanente, integral, técnico, sin interrupciones y debe ser considerado más allá de una presencia física durante las actuaciones.

Para determinar el ejercicio de este derecho, la Corte Constitucional ha indicado que en su criterio y siguiendo la línea jurisprudencial sobre la materia, como el Derecho de defensa no tiene límites temporales, es el elemento para permitir la igualdad y equilibrio de las partes –o sujetos procesales–, es garantía que realiza la justicia como valor superior que, de no darse o ser precaria, permitiría magnificar el poder del Estado en desmedro de los intereses de los asociados, al señalar:

“ (...) Si no existiera desde el inicio de la investigación esta proporcionalidad basada en el derecho de defensa, fácilmente la persona puede pasar de investigada, a imputada, a acusada y a condenada; sin haber actuado en equilibrio de fuerzas con quien lo investiga. Razón por la cual, existiría una clara violación al derecho de igualdad y al derecho de defensa”¹⁷.

¹⁴ Aprobado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente La Habana, 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990.

¹⁵ Artículo 11.1.

¹⁶ Sentencia C-617/96; T-416/98

¹⁷ Sentencia C-799 de 2005. M. P. Dr. Jaime Araújo Rentería

Cuando una persona se ve sometida a la vulneración de sus derechos fundamentales, dice la Corte Constitucional¹⁸, la activación del derecho de defensa se convierte en una prioridad. Y a modo de ejemplo más representativo de esta situación, cita el caso de quien se ve vulnerado en su derecho a la libertad por ocasión de la captura, situación que **activa inmediatamente** el derecho de defensa y, como consecuencia directa y lógica, las garantías que permiten su desarrollo, que son consideradas también como derechos, tales como guardar silencio a partir de ese momento, que se le entere de las razones del arresto o la detención, ser conducido en el término de 36 horas máximo ante un juez con función de control de garantías que revise la legalidad de su aprehensión, no autoincriminarse, comunicar su situación de capturado y, frente a la defensa, optar por el defensor de su elección, entrevistarse con él de manera inmediata, con la reserva necesaria, en lugar adecuado, que se le nombre uno por el Estado si no puede designar uno de confianza, contar con el tiempo y los medios para preparar su defensa.

Siendo el eje central de este subtema, el aspecto de activación inmediata del derecho de defensa frente a la captura, la pregunta obligada entonces es si el ejercicio del derecho de defensa tal como se ejerce en la práctica judicial del sistema acusatorio, verdaderamente cumple con las expectativas que le son propias y con los estándares internacionales de derechos humanos. Debemos reconocer, con un alto grado de vergüenza o dolor de patria, que hemos sacrificado el derecho de defensa, tornándolo en mero formalismo para aparentar validez de las audiencias, nos ocupamos con prioridad de la logística de las instituciones responsables del sistema, de horarios, turnos, disponibilidades, pero jamás de los derechos de quien, privado de la libertad, espera en los calabozos a ser recordado para que un defensor público de manera fugaz, invirtiendo escasos minutos de su jornada laboral escuche su “verdad” sobre lo ocurrido.

Nuestro ordenamiento interno entonces solo exige que el derecho de defensa se conceda sin límite temporal, desde el principio, es decir, a partir del conocimiento de la posible indagación o de la afectación de la libertad. Pero escasea la jurisprudencia para establecer cuál es el tiempo prudencial que debe considerarse antes de comparecer frente a la autoridad para no sacrificar el derecho de defensa, mantener la igualdad de las partes, hacer efectiva la igualdad de armas y estructurar la estrategia de la defensa. Es aquí donde el bloque de constitucionalidad nos da las respuestas.

¹⁸ *Ibídem.*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado en varias oportunidades que el Estado en principio no es responsable por una defensa negligente, salvo que sea evidente¹⁹, haya sido comunicada²⁰, o de alguna forma el Estado no haya permitido tiempo suficiente para la defensa²¹. En este aspecto de la defensa, el del tiempo suficiente para su preparación, se ha generado responsabilidad de los Estados por haberse permitido una defensa con pocos minutos antes de la audiencia en que se va a materializar, siendo responsabilidad del juez que preside la audiencia el control. Así, en el caso Reid, el Comité de Derechos Humanos concluyó que el plazo de diez minutos era manifiestamente insuficiente para preparar la defensa de un caso de homicidio y que el Juez debió darse cuenta de esto²². Se deduce entonces responsabilidad del Estado por la actuación del Juez que permitió tal defensa. Cabe cuestionarse entonces si en sede de control de garantías, en aquellos eventos de notoria gravedad del hecho, de la pena o de las consecuencias negativas para el capturado, se ha tenido presente la actitud positiva del Estado de garantizar una defensa adecuada, de facilitar el tiempo razonable para su preparación, incluso de facilitar el acceso al defensor.

El problema en sede de garantías se hace más evidente en dos audiencias: la de legalización de captura y la de formulación de imputación. Frente al primer supuesto se considera, y así se afirma en la presentación de la audiencia preliminar respectiva, que se ha materializado el derecho de defensa dado que puede observarse de la sala, como el imputado está asistido por un defensor que hace parte de la Defensoría Pública, incluso es frecuente la argumentación de la premisa según la cual desde que fue capturado se le informó que tenía derecho a ser asistido por un abogado y si no hizo uso de ese derecho es asunto imputable al mismo capturado, pero que debe tenerse en cuenta que el Estado suplió esa carencia con un Defensor adscrito a la Defensoría Pública que, como se indicó apenas, por la premura del tiempo conoce los datos de su prohijado.

Este estado irregular de cosas es una verdad de grandes dimensiones: la defensa en la actualidad es una apariencia solamente, no se entrevista al capturado sino para cumplir con la audiencia y escasos minutos antes de iniciarse, en tanto

¹⁹ Comité de Derechos Humanos, caso Tomlin c. Jamaica, párrafo 8.1 (1996) citado por Eugenio O'Donnell en Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Recopilación de 2004, p. 358.

²⁰ CIDH, caso Briggs c. Trinidad y Tobago, párrafo 58 (1999) citado por Eugenio O'Donnell en Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Recopilación de 2004, p. 358.

²¹ Comité de Derechos Humanos, caso Brown y Parish, párrafo 9.2 (1999) citado por Eugenio O'Donnell en Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Recopilación de 2004, p. 358.

²² Comité de Derechos Humanos, caso Reid (G.W) c. Jamaica, párrafo 13.1 (1994) citado por Eugenio O'Donnell en Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Recopilación de 2004, p. 418.

permanece el capturado sin contacto alguno con el defensor. Frente al derecho a un defensor de oficio –debe entenderse de confianza en la nueva sistemática–, ha considerado el Comité de Derechos Humanos que “(...) aunque el imputado no tiene derecho a ‘elegir’ al defensor que se le asigna, es imprescindible que ‘el defensor, una vez asignado, lleve a cabo una representación eficaz en el interés de la justicia’”²³.

Si a la legalización de la captura se sigue una imputación que se cierra con el allanamiento a cargos y la realización de una audiencia de solicitud de medida de aseguramiento, tenemos a una persona frente a quien se abre investigación y prácticamente se cierra con una sentencia sin juicio y sin ninguna actividad defensiva, porque el Estado no permitió el tiempo prudencial para estructurar esa defensa.

Mas aparente aún se muestra la defensa en los eventos donde hay persona capturada y solicitudes adicionales a las comunes de legalización de captura, imputación y solicitud de imposición de medida de aseguramiento, cuando se **impide** el ejercicio de cualquier actividad de la defensa, bajo el presupuesto que esas otras audiencias son reservadas, valga decir, a modo de ejemplo, el caso en que por virtud del diligenciamiento de una orden de allanamiento y registro se da una captura. Se puede observar cómo se tramitan esas peticiones de forma reservada y a continuación se permite el ingreso a la sala del capturado –ya imputado por deferencia de la ley– y su defensor, a quien se le indica ante cualquier oposición a tal actuación, que la discrepancia con la actividad investigativa que ya fue objeto de control a sus espaldas puede argumentarla en el momento procesal adecuado, indicándole que es la audiencia *preparatoria*. Siendo posible un allanamiento a cargos minutos después, ¿puede admitirse que el Estado permite una defensa técnica en igualdad de armas? o, por el contrario, nos adentramos en las oscuras profundidades del “debido proceso aparente” o de la “cosa juzgada fraudulenta”²⁴.

Considerando que es posible declarar la ilegalidad de una captura por no haberse materializado o no ser oportuno el momento a partir del cual se ejerce el derecho

²³ Caso Pinto c. Trinidad y Tobago, párrafo 12.5 (1989) citado por Eugenio O’Donell en Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Recopilación de 2004, p. 411.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Carpio Nicolle y otros, contra Guatemala, sentencia de fondo, noviembre de 2004, párr. 131: “El desarrollo de la legislación y de la jurisprudencia internacionales ha permitido el examen de la llamada “cosa juzgada fraudulenta” que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad.

de defensa, debe indicarse que los criterios a considerar para cada caso para establecer esa eficacia de la defensa son su complejidad del mismo, la gravedad del delito y solicitudes que pretende la fiscalía sean tramitadas conjuntamente en audiencia preliminar. El Sistema Acusatorio Penal es por excelencia casuístico y, por lo tanto, debe mirarse cada caso respecto a su complejidad y gravedad, así como la situación que presenta la fiscalía para ser más estrictos en verificar este derecho; es decir, si la fiscalía pretende imputar, el Juez debe verificar que se haya materializado el derecho de defensa y luego determinar según el delito cuál pudo ser un plazo razonable frente a la defensa, para preparar esa primera audiencia.

En sede de juicio oral, la Corte Suprema de Justicia en decisión del pasado 1° de agosto del presente año²⁵ –que reitera otras anteriores en el mismo sentido– y en señal de acatamiento de los estándares internacionales de derechos humanos, que para los efectos cita como sustento de su decisión en virtud del bloque de constitucionalidad, ha indicado que la defensa debe ser material no solo técnica bajo la expresión de ser atendida por un abogado y es eje principal sobre el cual se desarrolla el debido proceso, determinando la nulidad de la actuación desde la realización de la audiencia preparatoria. En otra decisión no menos importante por no haberse surtido en punto a desarrollar el sistema acusatorio, indicó expresamente: “*La Corte Suprema de Justicia ha señalado que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado en la normatividad nacional con Ley 74 de 1968), y la Convención Interamericana de Derechos Humanos (adoptada con la Ley 16 de 1972), que integran el Bloque de Constitucionalidad, contienen preceptos normativos vinculantes expresamente destinados a impedir que los implicados en delitos queden abandonados al poder represor del Estado, sin defensa material y sin defensa técnica*”²⁶.

Dentro de esta línea de pensamiento no cabe entonces como circunstancia que respete los estándares internacionales de derechos humanos ni el propio artículo 28 de la Carta, la planteada por el artículo 289 modificado por el artículo 18 de la Ley 1142 de 2007, cuando afirma en el parágrafo 3° que si no es posible trasladar al capturado dentro del término constitucional para la audiencia de legalización de captura, se pueda llevar a efecto sin su presencia, pudiéndose incluso realizar imputación y solicitarse medida de aseguramiento. Esta situación nos lleva a una total ruptura con las consideraciones sobre el derecho de defensa, entre otros derechos, y a una primacía no del respeto por los derechos y garantías del

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación 27283, M. P. Dr. Yesid Ramírez Bastidas, agosto 1° de 2007.

²⁶ Sentencia de Casación de 3 de agosto de 2005, radicación 20103.

ciudadano, sino a un privilegio inequitativo de la efectividad de la sanción penal por encima del individuo.

Términos para las actuaciones y Control de Garantías ante la afectación del Derecho a la Libertad

Puede afirmarse que nuestra legislación interna ha desarrollado el artículo 28 de la Carta Política, a través de los artículos 2º, 297, 298 y 302 fundamentalmente, en los cuales se reitera la obligación de presentar al capturado a control de garantías cuando es afectado su derecho a la libertad, dentro de un plazo de 36 horas y de hecho es absolutamente indiscutible que frente a la misma situación en otros ordenamiento foráneos, el nuestro como bien lo ha reconocido la propia Corte Constitucional, es más garantista que los mismos estándares internacionales. En este asunto puntual la Corte Constitucional ha sido clara en indicar que en Colombia no se hace necesario atender a esos estándares, dado que la disposición contenida en el artículo 28²⁷ de la Constitución Nacional es mucho más garantista, así se dice en la Sentencia C-251 de 2002: *“No sobra señalar que no puede acudirse libremente a lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, quienes no señalan términos perentorios, pues tales instrumentos condicionan su aplicación a la no suspensión de medidas más favorables o que ofrecen más garantías de protección de los derechos contenidos en ellos. Es decir, en tanto que ofrece una mayor seguridad a la persona, la regla contenida en el artículo 28 de la Constitución prevalece sobre los tratados internacionales”*.

Este punto no se discute el problema, se suscita a nivel del entendimiento del plazo mismo, para lo cual necesariamente es indispensable aplicar criterios de razonabilidad por parte del juez con función de control de garantías y, de otro lado, no se observa cuál es la consecuencia ante el incumplimiento de los términos. El primer planteamiento será tratado en este acápite mientras que el problema de los efectos se retomará a continuación en forma independiente.

²⁷ Reza el artículo 28 de la Constitución: “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión, ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

En el campo internacional encontramos regulado el tema inicialmente en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, pero retomado luego por la Corte Interamericana y, en ese sentido, se torna factible su consideración en el ordenamiento interno, a efecto indica esta última en el caso Castrillo Petruzzi y otros, de mayo de 1999, lo siguiente:

“108. La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos señala que la disposición del artículo 5 de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (en adelante “Convención Europea” o “Convención de Roma”) que establece que “la persona detenida debe ser puesta inmediatamente ante el juez”, supone que un individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez, pues el cometido esencial de este artículo es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado. La Corte mencionada ha sostenido que si bien el vocablo “inmediatamente” debe ser interpretado de conformidad con las características especiales de cada caso, ninguna situación, por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el período de detención sin afectar el artículo 5.3 de la Convención Europea²⁸.

109. En este caso, la detención ocurrió en el contexto de una gran alteración de la paz pública, intensificada en los años 1992-1993, debido a actos de terrorismo que arrojaron numerosas víctimas. Ante estos acontecimientos, el Estado adoptó medidas de emergencia, entre las que figuró la posibilidad de detener sin orden judicial previa a presuntos responsables de traición a la patria. Ahora bien, en cuanto a la alegación del Perú en el sentido de que el estado de emergencia decretado implicó la suspensión del artículo 7 de la Convención, la Corte ha señalado reiteradamente que la suspensión de garantías no debe exceder la medida de lo estrictamente necesario y que resulta “ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción²⁹”. Las limitaciones que se imponen a la actuación del Estado responden a “la necesidad genérica de que en todo estado de excepción subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que ellas se adecuen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan de los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella³⁰”.

²⁸ Cfr. Eur. Court H. R., case of Brogan and Others, decision of 23 March 1988, Series A no. 145-B, párrs. 58-59, 61-62.

²⁹ El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8., párr. 38 y Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 36.

³⁰ Garantías judiciales en Estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra nota 86, párr. 21.

Son entonces 36 horas el término constitucional que se ha establecido para el control posterior por el juez de garantías de la afectación a la libertad. No se encuentra desarrollado ese término en ningún otro artículo incluso tampoco la jurisprudencia se ha ocupado de ello, por razones apenas naturales que encuentran explicación en el debido proceso que constituía el sistema inquisitivo, donde no obstante considerar los aspectos de ese debido proceso, no eran los parámetros constitucionales los que tenían relevancia al punto que los funcionarios responsables de un capturado hacían uso de los términos en su favor en lugar del capturado. Es así como ante una captura tanto la policía como la fiscalía hacían uso –y aún se mantiene la práctica– en forma íntegra del término, agotaban el mismo, porque el margen no se consideraba como protección de ningún otro derecho, así se coloca a disposición de la Fiscalía a las 36 horas y esta cuenta con otras 36 para recepcionar la indagatoria. Bajo la óptica del sistema acusatorio esos términos se reducen a 36, donde cabe la actuación policial, la realizada por la Fiscalía y el inicio de la audiencia del juez de garantías, tomándose como excepción el término máximo.

Cuando el artículo 302 de la Ley 906 de 2004 exige al particular que captura a otro conciudadano que conduzca “ (...) *al aprehendido en el término de la distancia ante cualquier autoridad de policía*” la única posibilidad que se puede dar es que se tome el tiempo necesario determinado por la distancia entre el lugar de la captura y el asiento de la autoridad de policía más cercano y justificar el tiempo en esa limitada circunstancia. Si se trata de aprehensión por la policía, el traslado es inmediato y cualquier demora deberá explicarse por las distancias.

La presentación del capturado ante el Juez con funciones de control de garantía es en términos del artículo 302 del CPP, inmediata o a más tardar dentro de las 36 horas siguientes, aunque el artículo 2º, modificado por el artículo 1º de la Ley 1142 de 2007, introdujo un término adicional a considerar, ya que se utiliza *el menor tiempo posible*. La forma en que se redacta la norma permite colegir que la excepción son las 36 horas y la regla general es en forma inmediata o a la mayor brevedad posible.

Los estándares internacionales de derechos humanos, marcados por la jurisprudencia de los organismos competentes, han concretado en casos determinados el respeto a ese término cuando tratan el derecho de la persona a ser llevada sin demora ante un Juez, significando que esa demora que menciona el párrafo tercero del artículo 9º del Pacto Internacional es entendida como a la mayor brevedad³¹. Frente a esta interpretación de los términos para presentar al

³¹ Observación General N° 8 del Comité de Derechos Humanos.

capturado a control del juez, puede afirmarse sin lugar a equívocos que la nueva Ley 1142 de 2007 se puso a la par con los estándares internacionales al consagrar ese término de *la mayor brevedad*.

Sin embargo, no hay unos parámetros internos para elaborar ese juicio de razonabilidad de los términos utilizados y hacerlo de manera objetiva, por lo que es necesario acudir a los estándares internacionales por bloque de constitucionalidad para acceder a unos parámetros objetivos. Sobre este tópico existe una consideración especial, que originalmente se estableció en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, pero que en razón de ser retomada por la Corte Interamericana, puede aplicarse al sistema regional nuestro, que toca el tema de la razonabilidad del plazo para adelantar el juicio. Para determinar esa razonabilidad del plazo estableció la Comisión Europea y la Corte Europea cuatro criterios: a) La complejidad del caso, b) La conducta de las autoridades, c) La conducta del peticionario y d) Los intereses en juego del peticionario en el proceso. Frente a esos criterios, la Corte Interamericana ha retomado los tres primeros³². Esos criterios por demás objetivos deben igualmente atenderse para establecer o explicar la demora o el plazo utilizado por las autoridades en relación con el capturado y la realización de la audiencia de control de captura. Debe entonces verificarse bajo el análisis de la complejidad del caso, la conducta de las autoridades y la conducta o circunstancias propias del aprehendido, los términos de inmediatez, mayor brevedad posible y de la distancia en cada uno de los supuestos.

Cuando el término de presentación del capturado ante el juez se acerca al máximo de las 36 horas, por estar ante una situación excepcional, debe la fiscalía justificar el término que se ha invertido en el caso y demostrar que la complejidad del mismo (que se trate de varios capturados, por ejemplo), las condiciones propias del capturado o incluso de la víctima (como podría ser el caso en haya lesionados que deben ser atendidos en primer término) y la infraestructura o logística de la institución (como presentarse al mismo tiempo un número considerable de capturados), no le permitieron presentar la persona en forma inmediata o a la mayor brevedad posible. Con esa justificación, la Fiscalía salvaguarda cualquier responsabilidad, pero en especial, establece frente al Juez con funciones de control de garantías, la razonabilidad de su demora. Explicaciones con fundamento en acuerdos con el centro de servicios judiciales para llevar solicitudes de audiencias preliminares para empezar el turno de las seis de la mañana, para empezar el

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Genie Lacayo c. Nicaragua, 1977; caso Suárez Rosero c. Ecuador, 1977.

de las dos de la tarde y sobre las cinco de la tarde, quedando en consecuencia, aquellos casos cuyos actos urgentes no se hayan evacuado a las cuatro de la tarde, para el día siguiente junto con la persona capturada, son inadmisibles y no puede considerarse como justificadas las horas en que el ciudadano pernocta en los calabozos de la URI, solo para citar un ejemplo, situación que todos los días ocurre en la ciudad de Medellín. Con este estado de cosas, los derechos que se pretenden garantizar y los principios y valores constitucionales son letra muerta.

El contenido del artículo 28 de la Constitución Política ha permanecido intacto para lo que interesa a este tema, es decir, esas 36 horas han estado presentes de varias décadas atrás. Pero la sistemática acusatoria puso en vigencia, le dio vida a ese término y los problemas prácticos que se han generado no pueden ser desconocidos, pero no puede por ello acudirse a soluciones ilegales e inconstitucionales como pretender aplicar criterios de razonabilidad a ese término como se ha pedido en escenarios académicos y discusiones dentro de la judicatura, porque no admite discusión que el mencionado artículo contiene una regla de carácter constitucional no un principio o mandato de optimización. Frente a las reglas el operador jurídico no puede aplicar criterios de ponderación o flexibilización porque su cumplimiento es irrestricto,³³ se restringe el ámbito interpretativo del Juez. Situación diferente enfrenta el juez en cuanto a los principios, donde para cada caso concreto en situación de conflicto o contraposición de ellos se privilegia uno u otro³⁴.

En lo atinente entonces con la solución de un conflicto entre principios procede a dirimirlo el Juez aplicando el principio de proporcionalidad³⁵, determinando cuál cede a favor del otro, porque esos principios tienen mayor o menor peso según el caso concreto. Esta teoría de la diferencia entre reglas y principios y aplicado al tema de las 36 horas como plazo máximo para presentar al capturado ante el Juez de control de garantías fue retomada por la Corte Constitucional para

³³ Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Pág. 86-87: "...los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. ...En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible".

³⁴ "Un conflicto entre reglas solo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos una de las reglas". *Ibidem*, pág. 88.

³⁵ Bernal Pulido, Carlos. *El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, pág. 158.

señalar que el contenido del artículo 28 de la Carta Política que lo contempla, es una regla y, por lo tanto, frente a cualquier otro principio, prima facie, tiene preferencia, restringiendo así el aspecto interpretativo del juez como acaba de indicarse³⁶. No hay entonces posibilidad de flexibilizar este término de 36 horas en su máximo, a pesar de la gravedad del hecho, la connotación e impacto social de la conducta e incluso, de los derechos de la víctima de conocer la verdad, obtener justicia y reparación. Solo puede hablarse de flexibilización –dentro del marco de la razonabilidad– del término comprendido entre el momento en que la persona es puesta a disposición de la policía si la captura la realizó un particular, o entre la policía y el fiscal, dejando claro que ese término es el de la distancia y, finalmente, aquel que transcurre entre el momento en que el fiscal recibe al capturado y cuando es presentado a legalizar la captura, evento en el cual el término es inmediato o máximo 36 horas.

Algunas disposiciones complementarias agregadas a la ley 906 de 2004 por la 1142 de 2007 pasan por alto las consideraciones que ya la Corte Suprema ha hecho sobre algunos aspectos importantes, pero sobre todo, los estándares mínimos de derechos y garantías de los ciudadanos, al no ser posible que haya una razonabilidad en ese término de 36 horas, opta el legislador por cumplir el término pero en ausencia del capturado y como se dijo en oportunidad anterior, con una defensa formal no material.

A modo de conclusion

Los aspectos que se han tocado en el desarrollo de esta ponencia nos permiten concluir sobre la declaratoria de la ilegalidad de la captura que se genera por no cumplirse con los términos para presentación del aprehendido en flagrancia ante el juez de control de garantías, previsto en el inciso 5° del artículo 302 del CPP cuando la Fiscalía deja correr un tiempo considerable una vez ha agotado las diligencias urgentes para presentarla sin justificación.

Si la solicitud de legalización de captura está por fuera de las 36 horas, esta deviene en ilegal. La Corte Constitucional incluso avanzó hasta indicar que es responsabilidad del Estado contar con autoridades judiciales (para aquel momento la Fiscalía), dentro de un mapa de tiempos, que a una distancia no mayor de 36 horas permita la existencia de una autoridad ante quien se ponga físicamente a disposición al trasladando, tocando el problema de aquellas poblaciones distantes de las cabeceras: “Así mismo, debe recalcar en la obligación del Estado de

³⁶ Sentencia C-251 de 2002. M. P. Eduardo Montealegre Lynnet y Clara Inés Vargas.

diseñar los mecanismos para asegurar, dentro de lo posible, que alguna autoridad pueda ser alcanzada en el término fijado por la Constitución³⁷.

Sobre la consecuencia de no presentar físicamente al capturado dentro de ese término de 36 horas como ya se anotó, indicó la Corte que no es otra que la ilegalidad de la captura: “La legalidad de la captura, en estos eventos, depende de que las autoridades captoras realicen todas las diligencias y actos que efectivamente se dirijan a garantizar que en el término más breve posible la persona sea entregada a una autoridad judicial³⁸. Puede en estas condiciones el juez de garantías, inaplicar el parágrafo 3° del artículo 18 de la Ley 1142 de 2006 para el caso concreto por ir en contravía directa con el artículo 28 de la Constitución, desconocer las normas internacionales contenidas en la Convención Americana y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos e incluso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre el tema concreto³⁹, pero también considerando que el legislador ha abusado de la facultad de configuración de la ley que le asiste.

Como corolario de lo anterior, debe insistirse en que no puede seguir la judicatura aplicando un debido proceso “aparente”, cayendo en la conceptualización que la Corte Interamericana ha denominado “la cosa juzgada fraudulenta⁴⁰”, es decir, aquellos procesos y actuaciones judiciales en los cuales en principio se atiende el debido proceso, pero no de manera material sino formal, a lo cual puede llegarse por vía de aplicación exclusiva de la ley, es decir, que se incurre en arbitrariedades cuando no se revisa la ley frente a los postulados constitucionales.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ “El artículo 93 de la Carta dispone que los derechos Constitucionales se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. De acuerdo con tales tratados, la colocación de la persona a disposición de la autoridad judicial ha de ser física. Así el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado mediante la ley 74 de 1968 y el Pacto de San José, disponen que es obligación de los Estados llevar sin demora a la persona aprehendida o detenida ante una autoridad judicial. En el Pacto Internacional la norma (art. 9) se refiere a las personas detenidas por infracciones penales, lo cual ha de interpretarse en armonía con el Pacto de San José que claramente se refiere a cualquier forma de detención (art. 7)”.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia, Sentencia de 12 de septiembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Este Tribunal ya se ha referido a la llamada “cosa juzgada fraudulenta”, que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso. A la luz del reconocimiento de responsabilidad de Colombia y los hechos probados se desprende que los procesos del presente caso, ante los tribunales nacionales, estuvieron contaminados por tales vicios. Por tanto, no podría invocar el Estado, como eximente de su obligación de investigar y sancionar, las sentencias emanadas en procesos que no cumplieron los estándares de la Convención Americana, porque no hacen tránsito a cosa juzgada decisiones judiciales originadas en tales hechos internacionalmente ilícitos.

Hay que buscar la identidad de los valores y postulados constitucionales del derecho internacional de los derechos humanos con la realidad diaria del quehacer judicial, el derecho penal en cualquier estado y el procedimiento penal que lo realice, es la expresión clara de los principios y valores de esa sociedad. No pueden seguir pregonándose las garantías procesales como bandera del discurso académico si los operadores jurídicos no ven el ser humano que encierra el derecho penal, si la dignidad solo es un sofisma aparente, si la figura del delincuente apenas ocupa la visión del juez. La justicia en ese entendido jamás será un valor realizable, apenas alcanzará a constituirse en utopía del orden jurídico.

IMPACTO DE LAS LEYES 1098 DE 2006 Y 1142 Y 1153 DE 2007 EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Carlos Moreno Arboleda

Juez Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá

Javier García Prieto

Juez 48 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá

Emely Mailing Salcedo Borja

Jueza xx penal municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá

53

1. Impacto respecto a la función de los jueces de conocimiento

Capítulo a cargo de: Carlos Moreno Arboleda

Juez Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá

El objeto central de la presente ponencia es el de analizar exclusivamente el impacto que han tenido las leyes 1098 de 2006 y la 1142 de 2007 en la aplicación de la ley 906 de 2004 y el mismo Código Penal bajo la vigencia del sistema acusatorio penal. Nos detendremos a analizar brevemente si la aplicación de las leyes citadas ha variado sustancialmente la esencia del nuevo sistema de enjuiciamiento, en especial, en lo relativo a la libertad y a la proporcionalidad de las penas previstas en la nueva normatividad sustantiva.

Ley 1142 de 2007:

Sea lo primero resaltar cómo la filosofía de la ley en cita tiene como finalidad esencial el combatir la creciente delincuencia, en especial, la que afecta la convivencia y seguridad ciudadana, en ese punto se explica el considerable aumento de las penas privativas de la libertad para los delitos contra el patrimonio económico, léase hurto calificado y agravado; sin embargo, se excluyó extrañamente el delito de estafa, modalidad delictiva de gran impacto en nuestra sociedad, pero de difícil comprobación forense. Es de resaltar cómo la ley se ocupó de incrementar penas,

además de los ya citados punibles, en delitos electorales, amenazas, porte ilegal de armas y el de violencia intrafamiliar, de donde nos surge la pregunta si el solo incremento de penas es suficiente para lograr la convivencia ciudadana, teniendo en cuenta que los sujetos activos de delitos también lo son de derechos y a quienes no solo les cabe la represión sino también soluciones alternativas a la mera punibilidad, pues así lo dispone la propia Constitución Política, cuando le imprime rango constitucional a la justicia restaurativa dentro del marco de un Estado Social de Derecho fundado en la dignidad del ser humano como función esencial de La Fiscalía General de la Nación.

Sea lo primero señalar que el considerable aumento de penas, en especial, para el hurto en sus diversas modalidades, no solo tiene efectos para la toma de decisiones en lo referente a las medidas de aseguramiento, sino también en materia de imposición de penas y de concesión o no de beneficios tales como la suspensión de la pena (art. 68 del C. P.) y la prisión domiciliaria (art. 38 del C. P.). Veamos efectos en la práctica:

1. Si una persona es objeto de un proceso penal por el delito de hurto calificado (Violencia sobre las personas) y agravado, sin la atenuante del art. 268 del C. P y además no indemniza la pena oscilará de 12 a 28 años de prisión, lo que a todas luces es en exceso desproporcionado mirando el contexto de penas del actual Código que es más benévolo frente a conductas que atentan contra el patrimonio económico como la estafa que tiene una pena privativa de la libertad de 64 meses a 12 años de prisión, realizados los incrementos de la Ley 890 de 2004, esta pena incluye los eventos relativos a vivienda de interés social, medio en donde los afectados son los ciudadanos de menores recursos. En el evento de aceptar cargos la pena se podrá reducir hasta en la mitad, es decir, que la pena mínima será de 6 años de prisión, no pudiendo acceder a la suspensión de la condena o la prisión domiciliaria así sea infractor primario.
2. Si estamos ante la anterior hipótesis, pero la persona puede cancelar los perjuicios y así aplicarle el beneficio punitivo del art. 269 del C.P. la pena se reducirá de 3 a 6 años de prisión y si además acepta cargos desde la formulación de imputación la pena en el extremo inferior será de 18 meses de prisión.
3. En todo caso si la persona que se condena por un hurto en cualquiera de sus modalidades presenta una condena vigente por delito doloso dentro de los 5 años anteriores no tendrá derecho a la condena de ejecución condicional. En los casos típicos de delitos de hurto agravado contra los almacenes de cadena se podría aplicar esta restricción, lo que se ve agravado con el hecho cierto que la Fiscalía no está aplicando principio de oportunidad en los eventos de existir una sentencia condenatoria pese a que no es requisito constitucional, ni legal.

La reforma legislativa que estamos analizando, en nuestro sentir, ha resquebrajado seriamente la esencia libertaria del acto legislativo 03 de 2002 y la misma ley 906 de 2004, pues pese a que sigue vigente la misma desde el punto de vista filosófico en sus diferentes normas, es evidente que el aumento de penas ha conseguido que la concesión de beneficios de las personas objeto de un proceso penal sean teóricas o susceptibles de ser obtenidas si se tiene la capacidad económica de acceder a las disminuciones del art. 269 del C. P. aplicable en los delitos contra el patrimonio económico, lo que implica en nuestro concepto que se implemente una justicia discriminatoria y profundamente clasista, pues con estas normativas solo accede a una menor punibilidad quien tiene capacidad económica o no teniéndola, sacrificando su mínimo vital, incluido su más íntimo círculo familiar. Como si lo anterior no fuera suficiente para sostener la irrazonabilidad y desproporcionalidad de la ley 1142 de 2007, esta introduce la prohibición de conceder el subrogado de la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria, reviviendo nuevamente el concepto de la reincidencia para efectos penales, figura típica de las tesis positivistas peligrasmas, haciendo aún más endeble la posibilidad de humanizar el derecho penal, en especial en conductas delictivas en donde otras disciplinas con sus correctivos y sanciones deberían tener mayor cabida. En este último punto es importante resaltar cómo la aplicación del mismo no puede ser literal, nos explicamos, si la sentencia que le confiere condena no está vigente por prescripción o cumplimiento efectivo de la pena, incluidos los casos de libertad condicional, y ya han transcurrido los términos de prueba exigidos por la ley, no se puede entender que les es aplicable la prohibición en comento, pues de lo contrario es ir en contravía del art. 248 de la Constitución Política.

Efectos de la Ley 1098 de 2006 o de infancia y adolescencia

Si la ley 1142 de 2006 trajo cambios sustanciales en el proceso penal colombiano, hoy acusatorio, la ley de infancia y adolescencia es un código paralelo que deroga la esencia del sistema penal acusatorio, el régimen de libertad como regla y no como excepción, lo que conlleva serias contradicciones frente al problema de los derechos de los adultos que cometen delitos contra infantes y adolescentes, toda vez que el legislador colombiano le ha dado una lectura en exceso sesgada a la Constitución Política, en especial al art. 44, en donde se tiene previsto que los derechos fundamentales de los infantes y adolescentes tienen aplicación preferente. Decimos que es un desarrollo legal manifiestamente perjudicial en contra de los intereses de los adultos, pues so pretexto de proteger a los infantes cercena seriamente los derechos de los adultos, creando una regulación legal restrictiva en donde se limita seriamente el derecho a la libertad, se prohíbe la

negociación dentro del proceso al menos hasta la etapa de la acusación e inclusive se deja sin efectos punitivos favorables el allanamiento a cargos, pese a que ha decidido renunciar al juicio oral y esto conlleva un proceso judicial en donde las personas van a ser sometidas a una condena, igual como sucede con las que se someten a juicio y son vencidas dentro del mismo con el respeto al denominado debido proceso, en especial, a la destrucción de la presunción de inocencia.

Veamos los puntos más críticos de esta ley en lo referente a la restricción de derechos de los adultos:

1. En el art. 193, en su numeral 6, se prohíbe la concesión del subrogado del art 63 del C. P. y la aplicación del principio de oportunidad. Nos preguntamos, ¿será esta estricta medida suficiente para proteger el interés superior del menor la prohibición en mención, en especial, cuando se trate del delito de inasistencia alimentaria?
2. En el numeral 11 de la misma normativa se prohíbe la detención domiciliaria cuando el imputado pertenezca al mismo grupo familiar del infante o adolescente. La misma pregunta es válida cuando se trate del delito de inasistencia alimentaria.
3. El art. 199 del Código de Infancia y Adolescencia prevé que en los casos de lesiones y homicidio doloso, así como en los secuestros y las diferentes agresiones sexuales es viable la detención preventiva en establecimiento carcelario. En este punto preocupa la dureza con la que se imponen medidas de aseguramiento en especial a quienes están incurso en el delito de lesiones cuando las mismas no sobrepasen los 30 días de incapacidad, incluso las de mayor gravedad excepto las perturbaciones permanentes funcionales, síquicas y la pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro, pues sería un tratamiento igual para punibles con consecuencias diferentes, pues no es posible equiparar las secuelas de un secuestro o una agresión sexual a unas lesiones como las ya referidas. Para sustentar nuestra aseveración debemos remitirnos a las penas previstas en nuestro Código Penal, de donde se infiere que el tratamiento, en sede de conocimiento, sería más benigno en tratándose de imposición de penas que el brindado al momento de resolver la situación jurídica del imputado. Sin embargo, para ese tipo de lesiones no se les podría aplicar el subrogado de la condena de ejecución condicional, ni el principio de oportunidad a menos que reparen los perjuicios, de conformidad con lo previsto en el art. 193 numeral 6. De conformidad con los numerales 1 y 2 del

pluricitado 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia no es viable la figura de la gradualidad para efectos de la imposición de las medidas de aseguramiento, entendida la misma como la facultad del juez de decretar una medida más benigna que la prevista para el delito por el cual se acaba de imputar por la Fiscalía. El numeral 3 de la norma en comento recoge de forma radical la posibilidad de acudir a la justicia restaurativa como mecanismo de solucionar los conflictos irrogados con la comisión de un punible, toda vez que no es viable la aplicación del principio de oportunidad a través de la cláusula citada, lo que en nuestro sentir visos de inconstitucionalidad, toda vez que la figura de la justicia restaurativa es una obligación superior de la Fiscalía que se frustra con esta decisión del legislador de prohibirla para estos eventos mencionados en el art. 199 de la Ley de Infancia y Adolescencia.

4. En lo referente a preacuerdos y negociaciones se prohíben las mismas; sin embargo, como quiera que se excluye el art. 352 de la ley 906 de 2004 es viable la negociación después de la acusación limitándose la rebaja punitiva, considerablemente, pues solo sería de la tercera parte lo que puede constituir un trato discriminatorio y desfavorable frente a caso en donde la víctima sea mayor de edad.

La anterior reseña de problemas a raíz de la promulgación de las leyes 1098 de 2006 y 1142 de 2007 que no pretende agotar la totalidad de los problemas prácticos que se presentan en la aplicación de la ley 906 de 2004 o nuevo Código de Procedimiento Penal sí tiene el objetivo de concientizar a los administradores de justicia de ser muy cuidadosos en las consecuencias negativas que tiene la implementación de estas normativas en desmedro de los derechos fundamentales de los imputados, pues derechos reiteramos so pretexto de proteger a las víctimas cercena seriamente los, de aquellos, lo que se constituye en una violación flagrante del derecho de igualdad y también del debido proceso, toda vez que han creado un nuevo proceso penal en donde la única alternativa es la de pagar altas penas sin que ello signifique como contrapartida para los niños, niñas y adolescentes en especial un beneficio real que consulte sus intereses superiores, pues el conflicto generado con el delito se ve afectado solo y exclusivamente desde el punto de vista de la represión. Debemos precisar que la ley 1142 de 2007 se ve dirigida a un segmento de la población desprotegida por el Estado social y económicamente, siendo la única respuesta del Estado el derecho penal, desechando el régimen de libertad como norma e

incurriendo en el recorte de derechos con tesis positivistas como la de revivir la reincidencia para efectos de la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional.

2. Impacto de la Ley 1142 de 2007 en las decisiones del juez de control de garantías

Capítulo a cargo de: Emely Mailing Salcedo Borja

Jueza Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá

Introducción

El análisis que se hace en esta ponencia tiene por objeto presentar unas breves consideraciones de lo que ha sido el trasegar de esta ley en sus pocos meses de vigencia para proyectar los efectos que nos esperan a corto plazo.

El tema central, por supuesto, ha de ser el de la libertad como un derecho inherente a la condición del ser humano, derecho que generó más énfasis en la oposición que se hizo a la reforma.

Como se recordará, desde el primer instante en que la judicatura tuvo conocimiento de la propuesta modificativa presentada por el Gobierno a la Ley 906/04, el Consejo Superior de la Judicatura, a través de una comisión de jueces designada para ello y con la amplia participación de los jueces, realizó un estudio sobre el articulado a reformar, en el cual se consideró no solo la inconveniencia de la precipitada reforma, sino la inconstitucionalidad de esta frente a los avances jurisprudenciales que ya se habían dado, especialmente en materia del fundamental derecho a la libertad.

No obstante ello, el Gobierno insistió en la modificación que finalmente se aprobó en el Congreso acatando algunas sugerencias que de nuestra parte se hicieron, pero no exactamente en relación con el tema de la libertad, sin que se lograra un impacto concreto en el proyecto como lo esperábamos.

Análisis del articulado modificado, de la aplicación práctica y sus resultados

Del Art. 2º. Un primer aspecto es la modificación al art. 2º del C.P.P., en cuyo inciso final da un giro al sentido mismo del término perentorio de las 36 horas para efectuar el control judicial a las capturas, al señalar que: “*En todos los casos*

*se **solicitará** el control de legalidad de la captura al juez de garantías, en el menor tiempo posible, sin superar las 36 horas siguientes”.*

Lo primero que hay que decir es que inicialmente no se había presentado el texto de este artículo tal como se aprobó al final, puesto que se había incluido en esta norma la facultad de la Fiscalía para ordenar capturas habiéndose suprimido para dejarla en un sentido mucho más amplio, por lo que a última hora se consideró incluir el inciso final que tiene dos aspectos que abre el paso a las grandes discusiones que se han tenido siempre sin que se pueda hasta ahora adoptar una posición radical.

Como norma rectora el artículo 2º del Código de Procedimiento Penal irradia la interpretación normativa el contexto general, por eso, al contemplar como requisito la **solicitud** del control de legalidad de la captura dentro de las 36 horas siguientes a la captura, ha de entenderse que dicho término es para efectuar la solicitud y no para efectuar el control material de legalidad, lo que abre la compuerta en ocasiones a la dilación del término para efectivizar dicho control.

Por otra parte, la expresión antedicha revive la discusión de si, por solicitud se entiende la puesta a disposición del juez de control de garantías al aprehendido, para armonizarlo con norma superior (art. 28 de la C.P.) que establece que, “*la persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las 36 horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley*”.

Contrastando la norma superior con el artículo 2º de la ley 906/04 podremos concluir que una primera lectura es que desde la Constitución se ha establecido un término para la puesta a disposición y otro para el control judicial que debería haber sido regulado por la ley, y en segundo lugar, si la sola solicitud comporta la denominada puesta a disposición del capturado.

Mucho se ha discutido sobre este aspecto, pues desde una visión garantista habría que entender que la puesta a disposición es presentar al capturado ante el juez de control de garantías y no la simple presentación de formato, que incluso podría hacerse llegar por diferentes mecanismos, fax, internet, etc. Desde la óptica de la eficiencia podría generar discusión el planteamiento contrario, es decir, en el entendido que la solicitud es la puesta a disposición del capturado ante el juez de control de garantías y en ese caso se solucionaría el problema de los lugares distantes, ya que la ley no hace ninguna especificidad frente a la forma y significado de la solicitud.

Como el artículo 2º es una norma rectora, el art. 297 de la misma obra procesal penal debe armonizarse con la misma y ello significa que la solicitud debe entenderse como la puesta a disposición que no es otra cosa que la presentación del capturado ante el juez de control de garantías, quedando el término de las 36 horas para efectuar la solicitud o mejor, para poner a disposición del juez de control de garantías al capturado para que se ejerza el control judicial sin haberse establecido término para ello.

En la práctica los jueces han venido acogiendo esta postura, lo que ha viabilizado el control judicial por fuera de las 36 horas aunque la solicitud se haya presentado dentro de dicho término, esto ha resuelto de alguna manera las dificultades administrativas de los centros de servicios judiciales en las ciudades capitales en donde por el cúmulo de audiencias el control solo se puede llevar a cabo horas después de la solicitud.

Otro aspecto a analizar es que esta disposición dejó planteado de una vez por todas que el control judicial es obligatorio para **todos los casos**, eso significa que **todas las capturas deben ser llevadas** a control judicial, lo que dejaría sin piso legal la sentencia 26310 del 16 de mayo del presente año, en donde se planteó, que ***si el efecto concreto que hace el juez de control de garantías acerca de la legalidad o no de la captura es ordenar la inmediata libertad del aprehendido, no tiene fundamento racional y práctico que se solicite y adelante la audiencia si ya previamente un dicho efecto se obtuvo con la intervención directa del fiscal, quien así actuó controlando previamente la legalidad del acto material de la aprehensión.***

Dicho en otros términos, si al capturado se le dejó en libertad por parte del fiscal, el juez de garantías no tendría porqué efectuar el control judicial, lo que abre paso a la rayada discusión de la necesidad del control judicial a las capturas frente a los efectos de la declaratoria de ilegalidad de la aprehensión, no solo en relación al restablecimiento del derecho a la libertad, sino también a la legalidad de los elementos incautados o recogidos durante ese acto, lo que afortunadamente aclaró la Corte Constitucional en la Sentencia C-591 de 2005 y la recientemente emitida C-210 de 2007, en donde se afirmó la facultad del juez de control de garantías para efectuar el control judicial a los elementos recogidos sin supeditar el control al hecho de que hayan sido recolectados a unas pocas diligencias, sino en términos generales a los actos en que se afecten los derechos fundamentales, entre ellos, está precisamente la captura.

En el ejercicio práctico la Fiscalía ha entendido, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2º del Código de Procedimiento Penal, que el control judicial se debe efectuar en todos los casos, así se haya dejado en libertad al capturado y por ello

solicita la audiencia correspondiente dentro del término legal, a su vez, los jueces de garantía han venido efectuado el respectivo control.

Del art. 310. Esta es la norma cuya modificación suscitó más polémica por cuanto anula toda posibilidad de valoración constitucional frente a los fines de las medidas de aseguramiento restrictivas de la libertad, en contra de los principios filosóficos sobre los cuales se erige la limitación a ese derecho fundamental de manera preventiva.

En efecto, desde tiempo atrás la Corte Constitucional viene planteando que la detención preventiva, en cuanto que se trataba de una medida que afectaba un derecho fundamental, no se podía aplicar de manera mecánica o automática como si se tratara de un acto procesal cualquiera, sino que era necesario realizar una interpretación más favorable al derecho de la libertad¹.

Esta tesis fue adquiriendo mayor forma con la Sentencia C-774/01 en donde se planteó que las medidas de aseguramiento privativas de la libertad deben obedecer a unos fines constitucionales y si este requisito no se cumple, la decisión es inválida y por lo tanto impugnabile, por omitir la valoración y la motivación obligada en este tema.

Esta sentencia resalta los postulados de la dignidad humana, la presunción de inocencia y la libertad personal afirmando el carácter de *ultima ratio* de la detención preventiva, lo que supedita la medida a los requisitos de ley para su imposición.

Se trata pues de ceñir la restricción de la libertad a los fines constitucionales, es decir, que la medida debe mostrarse necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, garantizar la comparecencia de los imputados al proceso, proteger a la comunidad y a las víctimas y garantizar el cumplimiento de la pena; en ese sentido se debe entender el carácter restrictivo en la interpretación de las normas que permiten de la afectación de la libertad, cuyos presupuestos materiales deben verificarse minuciosamente, con la obligatoria aplicación del test de proporcionalidad, para no incurrir en decisiones arbitrarias, puesto que no basta con que la medida sea legal y procedente por el factor objetivo, sino que obliga examinar su idoneidad, necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

Estos mismos postulados los reprodujo la ley 906 de 2004 en las disposiciones comunes: 295, 296, y los artículos 308 y subsiguientes, pero con la reforma de la ley 1142 de 2007, específicamente de los artículos 310 y 314, fueron prácticamente eliminados. Al reducir los requisitos para la imposición de la medida únicamente a la

¹ Véan las Sentencias C-106 de 1994, C-327 de 1997, C-425 de 1997, C-846 de 1999 de la Corte Constitucional

gravedad de la conducta y su modalidad, se perdió no solo la esencia misma de las medidas preventivas sino también la actividad valorativa que debe ejercer el juez en cada caso concreto, cual es el fundamento de legitimidad de la decisión.

En efecto, al sujetar la imposición de la medida restrictiva de la libertad a la gravedad de la conducta y la modalidad de la misma, su carácter preventivo se diluye convirtiéndose en una especie de represión, lo cual desvirtúa la razón del aseguramiento dirigido al cumplimiento de los fines constitucionales para los cuales fueron diseñadas dichas medidas. En ese sentido, la medida, que era preventiva, se presenta como una especie de sanción punitiva en una fase preliminar sin que se haya presentado siquiera una acusación formal.

Del art. 314.- La modificación a este artículo acaba con el principio de la autonomía judicial, puesto que suprime la facultad del juez de realizar la valoración de la medida restrictiva de acuerdo con los criterios de ponderación, proporcionalidad y razonabilidad, por otra parte, la adición del parágrafo incrementa la concepción represiva de las medidas con las implicaciones que más adelante veremos.

Ahora bien, como quiera que la motivación de la reforma no fue otra que *la adopción de medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana*, es necesario evaluar si a la fecha, a pesar del corto tiempo de vigencia de esta ley, al menos se vislumbra la obtención de los resultados proyectados. Con la colaboración de algunas entidades se logró recopilar información no muy completa, a decir verdad por las dificultades y deficiencias internas de dichas entidades, sobre el índice de criminalidad e incremento de detenidos en centros carcelarios, específicamente, en la Cárcel Distrital con lo que intento presentar muy someramente un diagnóstico de la situación actual, así:

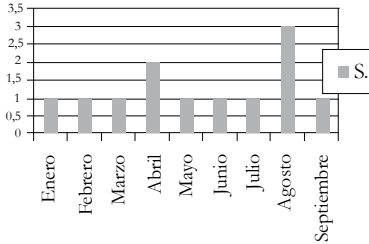
En la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía Mayor de Bogotá se registran los siguientes datos²:

	Jul a Dic-06	Ene a Jun-07	Jul a Oct-07	Promedio mes
Homicidios.	710	679	430	118-113-107
Lesiones pers	3.985	4.103	2.889	664-683-722
Hurto de vehíc.	1.720	1.568	1.105	286-261-276
Hurto de moto	601	510	363	100-084-090
Hurto a pers.	6.517	6.076	3.963	1086-1012-990
Hurto a resid.	2.369	2.675	1.509	394-445-377

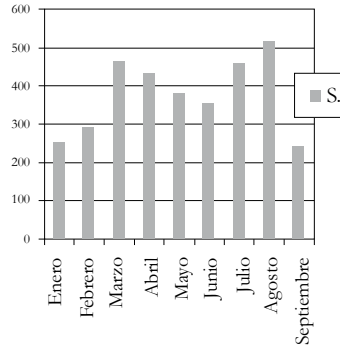
² La información presentada en las siguientes páginas, así como su análisis, corresponden a la autora del este capítulo.

A continuación los datos registrados en la Fiscalía General de la Nación

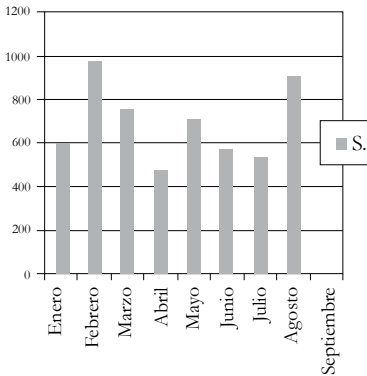
**Ocultamiento, retención y
posesión ilícita de
cédula - Art. 395**



Amenazas - Art. 347



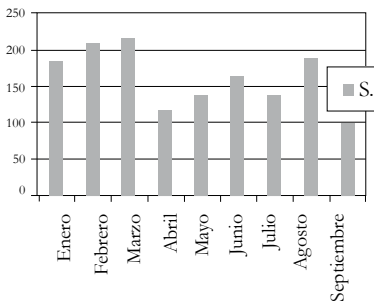
Violencia intrafamiliar



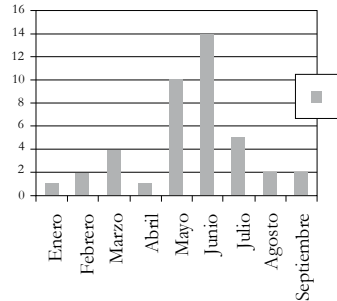
Lesiones personales



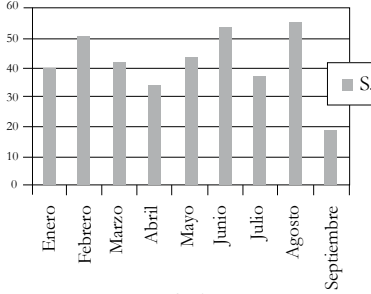
**Hurto
calificado - Art. 240**



**Uso de documento
falso - Art. 291**

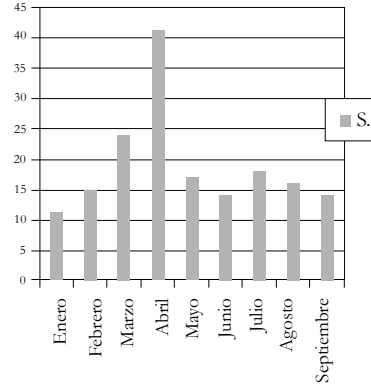


Homicidio culposo

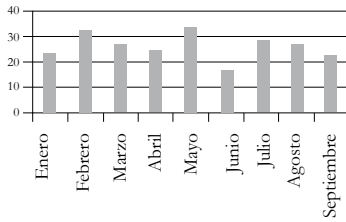


**375
Delito 109**

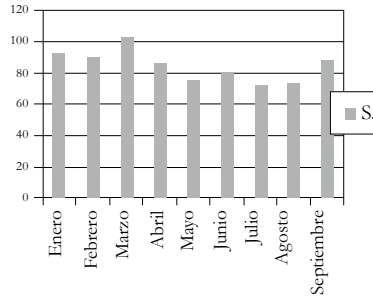
Ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico - Art. 312



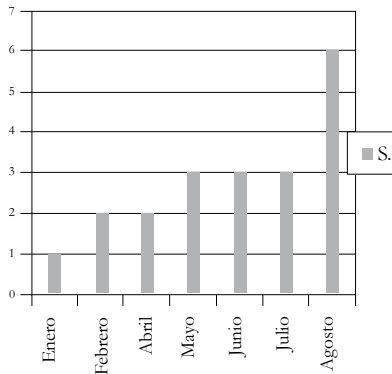
Receptación - Art. 447



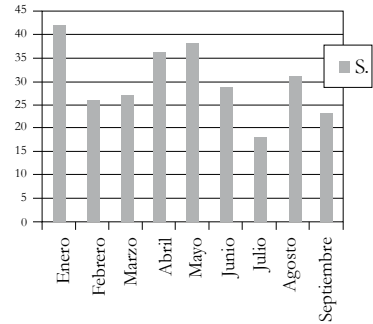
Circunstancias de agravación punitiva - Art. 290



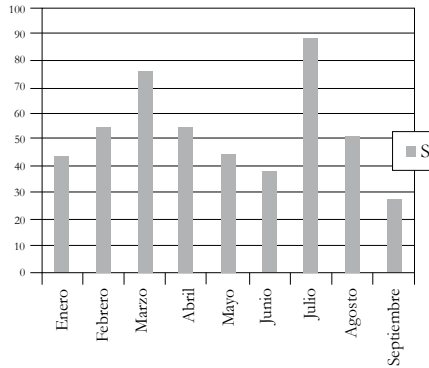
Usura



Fabricación, tráfico y porte armas de fuego - Art. 365



Circunstancias de agravacion
 punitiva - Art. 241



De la Cárcel Distrital se obtuvo la siguiente información:

	ENE		FEB		MAR		ABRIL		MAYO		JUNIO		JULIO		AGO		SEPT		OCT		NOV	
	M	F	M	F	M	F	M	F	M	F	M	F	M	F	M	F	M	F	M	F	M	F
1	0	0	3	0	1	0	0	0	0	0	7	0	1	0	12	1	2	3	8	0	7	0
2	6	0	3	0	6	0	0	0	8	1	0	0	0	0	2	0	2	0	7	1	2	0
3	6	0	0	1	0	1	3	1	0	0	0	0	9	0	7	0	7	0	6	1	1	0
4	2	0	0	0	1	0	2	0	7	0	3	0	5	0	4	0	6	2	4	1	3	1
5	2	1	4	0	3	0	2	0	0	0	3	0	7	0	0	0	5	0	11	0	0	0
6	0	0	3	0	8	0	1	0	1	0	4	0	5	0	6	0	5	2	1	0	6	1
7	0	0	4	0	8	0	0	0	2	1	6	0	1	0	1	0	4	1	6	0	4	0
8	0	0	10	0	2	0	0	0	2	0	1	0	0	0	10	0	1	0	1	1	2	0
9	2	0	0	0	8	0	3	0	5	0	0	0	8	2	12	0	0	0	7	1	2	0
10	3	0	0	0	1	0	4	0	9	0	0	0	7	1	10	0	3	0	5	0	5	0
11	8	0	0	0	0	0	4	0	6	0	0	0	7	0	0	0	9	1	1	0	0	0
12	7	0	3	0	6	0	5	0	0	0	5	0	5	0	2	1	6	0	5	3	0	0
13	0	0	15	0	10	1	2	0	0	0	6	0	4	0	11	0	12	0	1	0	7	0
14	0	0	6	0	1	0	1	0	4	0	4	0	0	0	8	0	12	0	2	0	7	0
15	1	0	6	0	7	0	0	0	3	1	3	0	0	0	5	0	0	0	3	0	4	0
16	0	0	2	0	2	0	13	0	3	0	0	0	9	0	4	0	8	0	5	1	2	0
17	0	0	0	0	0	0	7	1	2	0	1	0	15	0	5	0	12	1	5	1	0	0
18	7	1	0	0	0	0	4	0	2	0	0	0	3	0	0	2	0	0	4	0	0	0
19	3	0	3	0	2	0	1	0	0	0	5	0	3	1	6	0	6	0	3	0		
20	0	0	8	0	6	0	4	0	0	0	8	0	5	0	7	0	2	0	1	0		
21	0	0	5	0	3	0	1	0	0	0	2	0	7	0	4	0	6	0	4	0		
22	3	0	5	0	1	0	0	0	1	0	4	0	0	0	5	2	3	0	5	0		
23	3	0	8	0	5	0	1	0	4	0	2	0	5	0	16	1	0	0	3	0		
24	2	0	0	0	0	0	2	0	9	0	0	0	2	0	0	0	5	0	3	0		
25	2	0	0	0	0	0	2	0	5	0	1	0	7	0	7	0	4	0	3	0		
26	3	0	0	0	2	0	5	0	0	0	4	0	7	1	10	1	8	0	9	1		
27	0	0	7	1	1	0	2	0	0	0	3	0	3	0	14	1	5	0	2	0		
28	0	0	12	0	6	0	0	0	5	0	5	0	0	0	4	1	9	1	1	0		
29	4	1			3	0	0	0	4	0	0	0	6	0	5	1	1	0	4	0		
30	5	0			4	0	2	0	1	0	5	0	7	0	1	0	5	0	4	0		
31	5	0			0	0			4	2			5	1	1	0			8	2		
	75	3	107	2	97	2	71	1	#	5	82	0	##	0	178	11	128	11	132	13		

PARTE DIARIO DE INTERNOS CÁRCEL DISTRITAL

	ENERO		FEB		MAR		ABRIL		MAYO		JUNIO		JULIO		AGO		SEPT		OCT.		NOV	
	M	F	M	F	M	F	M	F	M	F	M	F	M	F	M	F	M	F	M	F	M	F
1	663	11	673	13	721	14	721	13	712	12	701	16	700	13	740	12	815	19	798	27	817	36
2	663	11	673	13	714	14	721	13	712	12	702	16	701	13	744	13	817	22	801	28	818	36
3	666	11	674	14	716	14	719	13	714	13	702	16	701	13	743	13	819	22	808	29	812	35
4	669	11	674	14	716	15	715	13	706	12	702	16	704	13	746	13	822	22	812	30	811	35
5	669	11	674	14	717	15	711	13	707	12	701	16	701	13	750	13	827	24	811	31	812	36
6	666	12	676	15	714	15	712	13	706	12	699	16	699	13	750	13	820	24	813	31	811	36
7	666	12	676	15	717	15	713	13	705	12	701	16	697	12	754	13	819	26	810	30	814	37
8	666	12	677	15	722	15	713	13	700	13	705	16	698	12	755	13	823	27	816	30	813	37
9	665	11	685	15	717	15	713	13	697	13	701	16	697	12	760	13	824	27	811	31	815	37
10	666	11	683	15	720	15	710	13	707	13	701	16	700	13	760	12	824	27	811	32	809	36
11	665	11	682	15	721	15	710	13	704	13	701	16	704	14	764	12	819	27	814	32	814	36
12	672	11	682	15	721	15	709	13	707	13	701	16	707	14	764	12	817	28	809	32	814	36
13	674	11	682	15	722	15	710	13	707	13	704	16	710	14	765	13	819	27	809	34	814	36
14	674	11	695	15	729	15	709	12	707	13	701	16	706	13	774	13	829	27	810	34	818	36
15	673	11	698	15	728	15	710	12	708	13	702	16	706	13	779	13	831	27	812	34	822	36
16	672	11	700	15	731	15	710	12	707	14	703	16	706	13	779	13	830	27	815	34	822	36
17	665	11	697	15	726	15	718	12	704	14	703	16	709	13	777	13	837	27	818	35	825	36
18	663	11	697	15	725	15	718	13	705	14	703	16	715	13	775	13	846	28	819	35	825	36
19	669	12	697	15	725	15	716	13	703	14	703	16	714	13	775	15	825	28	816	35	821	36
20	671	12	699	15	726	15	716	13	702	14	704	16	710	13	780	15	828	28	809	35		
21	671	12	705	14	726	14	719	13	702	14	707	16	715	13	787	15	819	28	810	35		
22	671	12	704	14	727	14	720	13	702	14	705	16	721	13	788	15	820	28	814	35		
23	671	12	704	14	725	14	720	13	695	14	699	15	721	13	787	17	815	28	815	35		
24	673	12	709	14	724	14	716	13	695	14	700	15	721	13	780	18	814	27	812	34		
25	694	12	709	14	724	14	716	13	701	14	700	15	721	13	789	17	811	27	808	34		
26	673	12	708	14	724	14	715	13	704	14	699	14	728	13	788	17	794	27	802	34		
27	667	12	705	14	722	14	717	13	703	14	701	13	731	12	795	18	800	27	810	34		
28	666	12	711	14	720	14	717	12	703	14	702	13	728	12	801	19	791	26	811	34		
29	666	12			721	14	717	12	706	14	704	13	728	12	813	20	793	27	812	34		
30	668	13			720	14	717	12	703	14	695	13	734	12	814	19	794	27	810	34		
31	671	13			722	13			700	14			739	11	819	19			810	34		

Tal como se aprecia en estos cuadros el índice de comportamientos delictivos ha venido fluctuando sin que se pueda determinar que la ley 1142 de 2007, haya incidido en su disminución y, por el contrario, es evidente que en algunos delitos se ha incrementado después de la vigencia de esta ley. En contraste con lo anterior, queda claro que el incremento progresivo de ingresos a la Cárcel Distrital, solo cuenta con un cupo aproximado de 1.300 reclusos de acuerdo a la información suministrada por ese Centro de reclusión, denota a este ritmo una alta probabilidad de crisis carcelaria en unos pocos meses, aunado al aumento en los costos para el Estado, lo que obligará a nueva modificación legislativa.

Lo anterior nos invita a reflexionar en la búsqueda de otras alternativas menos represivas que ataquen el origen de la criminalidad y que se acomoden más a la realidad socioeconómica de nuestro país.

3. Comentarios preliminares a la Ley 1153 de julio 31 de 2007 –Ley de Pequeñas Causas– que comienza a regir el 1º de febrero de 2008

Capítulo a cargo de: Javier García Prieto

Juez 48 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá

Introducción

El próximo primero de enero del año 2008 comienza a tomar vigencia la ley 1153 de julio 31 de 2007, más conocida como la Ley de Pequeñas Causas.

Dicha norma emerge a la vida jurídica paralela a la expedición de la ley 1142 de 2007, norma con la cual se hicieron sustanciales reformas al Código Penal y de Procedimiento Penal.

Dentro de los objetivos propuestos por el Gobierno Nacional al promocionar la expedición de la presente ley está el de descongestionar a la Fiscalía General de la Nación, con miras a que tanto Fiscales Locales como Seccionales puedan dedicarse a la investigación de los delitos que demandan un conocimiento especial.

Tal ha sido la referencia permanente de todos los gobiernos nacionales que con la excusa de la congestión, de la investigación de las conductas de connotación nacional y de importancia social, presentan proyectos de ley que hacen que la congestión de un sector de la jurisdicción se traslade a otro, desconociéndose la demanda de justicia real y la incapacidad del Estado para asumir los procesos de judicialización, máxime cuando desde el punto de vista presupuestal no se dota a la rama judicial de los presupuestos apropiados para efectos de cumplir con sus funciones constitucionales.

Se suma a lo anterior la falta de un diseño de política criminal coherente y con finalidades constitucionales que respondan a una verdadera concepción de Estado Social y Democrático de Derecho con fundamento en la dignidad del ser humano en donde la libertad, como estado natural del hombre, sea la regla general y las medidas restrictivas de esta sean una verdadera excepción.

Con el presente estudio, se pretende hacer un primer avance en el estudio de esta ley que, al igual que la ley 1142 de 2007, se convierte en una expresión más del debate que recorre el país, entre un derecho penal con fundamento en

principios constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos y un derecho penal peligrosista en donde prima la defensa a ultranza de la sociedad, por encima de la dignidad del ser humano, y en donde la libertad deja de ser la regla general y se convierte en la excepción.

a) Algunos aspectos de inconstitucionalidad de la ley de pequeñas causas

Sea lo primero indicar que la Ley de Pequeñas Causas rememora una vieja tradición románica como era el ejercicio particular de la acción en materia penal. Ya la historia ha dado su veredicto en cuanto qué significó para el ejercicio de la justicia que el particular se viera enfrentado a su agresor. Una clara elitización, en donde el más poderoso era el vencedor; quien tiene los medios, gana el caso.

Se hace esta afirmación con fundamento en los artículos 44 y 50 de la ley en donde la formulación de los cargos corre por cuenta del particular, lo que será objeto de posterior análisis.

1. Funciones de policía judicial a la policía de vigilancia

Un primer aspecto que se quiere resaltar es que la ley 1153 de 2007 vulnera los postulados constitucionales consagrados en el artículo 218 de la Carta en cuanto que le atribuye a la Policía Nacional funciones que la constitución no le ha dado al cuerpo de policía. En efecto el artículo 218³ de la C. N. determina que las funciones de dicho cuerpo son de prevención y mantenimiento del orden público y no tiene funciones de policía judicial como son las que se le otorgan a dicho cuerpo con la ley 1153. En efecto, el artículo 42 de la citada ley atribuye funciones de investigación a la policía nacional en la medida en que ante el evento de una investigación en averiguación de responsables la querrela deberá ser remitida a la Policía Nacional para que esta desarrolle actividades tendientes a la individualización e identificación de los posibles autores o partícipes de la contravención y en el caso en que no se logre tal cometido vuelven las diligencias

³ Constitución Nacional, artículo 218. La ley organizará el cuerpo de Policía.

La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.

al despacho del juez con un informe motivado de las diligencias adelantadas por parte de la Policía⁴.

Estas facultades otorgadas a la Policía Nacional en la Ley de Pequeñas Causas, institución que en el contexto constitucional tiene funciones de carácter preventivo y de salvaguarda de la tranquilidad, desbordan el artículo 218 de la C. N. pues los convierte en una especie de policía judicial para contravenciones, funciones que no le pueden ser atribuidas según el precepto constitucional, salvo que las mismas tengan que ver con las actividades de los fiscales y de los jueces y por mandato de estos, para lo cual se tiene un cuerpo especial por parte de las fuerzas de policía. Este cuerpo que se ha dado en llamar policía judicial, concepto diferente al de policía de vigilancia, puesto que el primero *“es una denominación que se emplea para aludir a las fuerzas de policía en cuanto dirigen su actividad para preparar la función represiva de los funcionarios judiciales (fiscales y jueces de la República)”*⁵, mientras que el segundo ostenta un carácter eminentemente preventivo, por ello el concepto de *“la policía administrativa...(se)...distingue de la policía judicial encargada fundamentalmente de reprimir los atentados contra el orden público una vez que ellos hayan ocurrido. La distinción entre ambas policías es importante no solo por el principio de separación entre autoridades administrativas y judiciales propiamente dichas, sino porque en la práctica numerosas acciones de policía son mixtas y su calificación se funda algunas veces en la finalidad de la acción más que en su contenido”*.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de abril 21 de 1982, diferenció lo que constituye el poder, la función y la actividad de policía en los siguientes términos:

“a) El poder de policía, entendido como competencia jurídica asignada y no como potestad política discrecional (arts. 1º y 3º del Código), es la facultad de hacer la ley policiva, de dictar

⁴ Artículo 42. Cuando el sujeto activo de la conducta contravencional no sea conocido, la querrela será remitida por orden del juez a la Policía Nacional, que conservará las diligencias con el fin de individualizar a los autores o partícipes de la contravención, Una vez se logre tal individualización o identificación, las devolverá al juez para que éste inicie el trámite correspondiente. Transcurridos seis (6) meses sin que se logre la individualización o identificación de los autores o partícipes, la actuación se remitirá al juez con un informe motivado sobre las diligencias adelantadas, con base en el cual decidirá el archivo provisional. Esta decisión será motivada y comunicada al querellante y al ministerio público. Este término será controlado por el centro de servicios judiciales de los jueces de pequeñas causas.

Si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción contravencional.

El retiro de la querrela significa desistimiento.

⁵ C-024-94 MP Alejandro Martínez Caballero

⁶ T-425 MP Ciro Angarita Barón

reglamentos de policía, de expedir normas generales, impersonales y preexistentes, reguladoras del comportamiento ciudadano, que tienen que ver con el orden público y con la libertad...

b) La función de Policía es la gestión administrativa concreta del poder de policía, ejercida dentro de los marcos impuestos por este...

*c) En cambio, los oficiales, suboficiales y agentes de policía... **no expiden actos sino que actúan**, no deciden sino que ejecutan; son ejecutores del poder y de la función de policía; despliegan por orden superior la fuerza material instituida como medio para lograr los fines propuestos por el poder de policía; sus actuaciones se tildarían de discrecionales solo limitadas por actos jurídicos reglados de carácter legal y administrativo. Una instrucción, una orden, que son ejercicio concreto de la función de policía, limitan el campo de acción de un agente de policía, quien es simple ejecutor; **quien manda obedeciendo**, y hace cumplir la voluntad decisoria del alcalde o inspector, como funcionario de policía.*

2. Colígese de lo precedentemente expresado que:

*a) **El poder de policía es normativo:** legal o reglamentario. Corresponde a la facultad legítima de regulación de la libertad. En sentido material es de carácter general e impersonal. Conforme al régimen del Estado de derecho es, además, preexistente.*

*b) **La función de policía es reglada y se halla supeditada al poder de policía.** Supone el ejercicio de competencias concretas asignadas por este a las autoridades administrativas de policía. Mas repárese en que dicha función no otorga competencia de reglamentación ni de regulación de la libertad.*

*c) **La actividad de policía, asignada a los cuerpos uniformados, es estrictamente material y no jurídica,** corresponde a la competencia de ejercicio reglado de la fuerza, y está necesariamente subordinada al poder y la función de policía. Por lo tanto, tampoco es reglamentaria ni menos reguladora de la libertad.*

La Ley de Pequeñas Causas impone a la policía el cumplimiento de labores de investigación (en ello consiste la averiguación de los posibles responsables) sin que se cumpla con el requisito sustancial de que dichas actividades sean dirigidas por un Fiscal, por un Juez o por un funcionario creado especialmente para ello en el contexto de un plan de investigación orientado por este funcionario que debe ser necesariamente judicial.

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de abril 21 de 1982. Magistrado Ponente: Manuel Gaona Cruz.

Podrá quizá decirse que en el contexto de la Ley de Pequeñas Causas, donde desaparece la figura del Fiscal, permanece latente la figura del Juez, razón por la cual se podría pensar que dicha orden sería emitida por este y ello en razón a que no hay prohibición del decreto oficioso de pruebas en forma taxativa por lo que dicha interpretación puede salir al paso bajo el manido argumento de que lo que no está prohibido está permitido.

Pero sí se tiene en cuenta que en dicha ley se cumple con las previsiones de la ley 906 en materia probatoria y en la práctica de pruebas se concluye entonces de dicha remisión que el Juez de pequeñas causas no es un Juez investigador, por lo tanto, no podrá dar órdenes a la policía de vigilancia para que en el evento en que el asunto sea en averiguación de responsables se proceda por parte de la policía a hacer indagaciones en torno a la identidad de los posibles autores y partícipes, aunado a que en la misma norma, si bien no se prohíbe el decreto oficioso de pruebas, tampoco se autorizan estas al juez de pequeñas causas y a que tanto en el procedimiento ordinario contravencional como en el procedimiento en caso de flagrancia quienes hacen la imputación son los particulares y no el Juez de pequeñas causas. Conlleva ello a la consecuencia de que es al particular al que le toca hacer las labores de investigación, es decir, recoger evidencias, elementos materiales de prueba y obtener información de manera legal.

Se trata entonces de reeditar aspectos de la ley 228 de 1995, pero recuérdese que en aquella oportunidad dicha función de averiguar la identidad de los posibles autores o partícipes le fue atribuida al CTI que si tiene funciones de policía judicial, amén de que el Juez podía decretar pruebas de oficio. Por ello cuando el artículo en comento le impone dicha función a la policía de vigilancia, se desbordan los límites constitucionales de las funciones de esta convirtiéndolos en investigadores, función que no se desprende del texto constitucional, sumándose a lo anterior como se dijo la remisión a la ley 906, en materia probatoria, lo que imposibilitaría que dichas órdenes fueran emitidas por el Juez de pequeñas causas.

Delegación de funciones judiciales a los particulares

El desarrollo del articulado de la ley 1153 de 2007 permite concluir que el ejercicio de la acción contravencional se delega a los particulares. En efecto, el artículo 44 de la citada ley al referir los trámites de la audiencia preliminar, es decir en los casos donde no hay flagrancia, del contenido del artículo 49, se concluye que el Estado ha delegado la función del ejercicio de la acción contravencional a los particulares, pues los mismos indican que será el particular, bien personalmente

o bien través de un abogado, quien imputará los cargos al contraventor. En la citada ley, el papel del Juez de pequeñas causas se remite a los postulados de la ley 906. Por supuesto que en ese escenario deberá el juez de pequeñas causas poner de presente los derechos constitucionales de quien va ser imputado en el procedimiento, pues siendo el procedimiento contravencional uno de aquellos que afecta el derecho fundamental de la libertad, no por ello y porque la ley lo omitiere, debe prescindirse de tal actuación.

El punto entonces radica en verificar si es constitucionalmente válido que el Estado, a través de esta ley, delegue en el particular funciones que constitucionalmente no le son exigibles y por ello ha de verificarse si es permisible tal delegación.

El artículo 95 de la C. N. en su numeral 7 impone como obligación al ciudadano *“colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia”*⁸.

De otro lado el artículo 116 de la C. N. indica *“los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”*.

De las normas constitucionales citadas se desprende que el particular está habilitado por la Carta para ejercer algunas funciones en materia judicial. El artículo 116 es claro en otorgar dicha facultad para efectos de administrar justicia. Administrar justicia referida única y exclusivamente a las funciones que taxativamente le demanda el artículo 116 de la Constitución. Pero dichas facultades no van al punto de ejercitar acciones de cualquier orden y diversas a las que constitucionalmente le otorga esta.

En ese sentido la ley 1153 contraviene los preceptos constitucionales cuando le asigna al particular una función que no le es delegable, pues una cosa es administrar justicia y otra cosa es asignarle la función publica de investigación de conductas que de una u otra manera tienen que ver con causas criminales, pues el sentido que ha de darse al texto constitucional es que la expresión criminal tiene que ver con causas de carácter penal, llámense estas conductas contravencionales o llámese delito o bien llámense crímenes. Aquí el sentido propio del expresión se orienta a la facultad persecutora por parte del Estado en aquellos comportamientos que son objeto de reproche penal y que tienen como sanción fundamental la limitación del derecho a la libertad, es decir, que no tienen carácter preventivo sino sancionador y limitativo de un derecho

⁸ Constitución Nacional. Artículo 95 numeral 7

⁹ Constitución Nacional. Artículo 116 inciso 4

fundamental. Por ello, el ejercicio de la actividad punitiva no puede ser delegada a los particulares. Al asignar la Ley de Pequeñas Causas dicha función en cabeza de particulares se presenta un exceso del poder de configuración del Estado, que no es permisible en el marco constitucional vigente.

Igual acontece con el procedimiento que establece la Ley de Pequeñas Causas para el trámite de los asuntos cuando se ha efectuado la captura en flagrancia (Art. 49) y más grave aún cuando en este especial caso se impone un ejercicio obligatorio de la imputación a través de un tercero denominado abogado de oficio quien deberá hacer la imputación, desconociendo no solo la real voluntad de la víctima, sino que irresponsablemente conmina a un togado a imputar con base solo en los informes de policía, desconociendo las pretensiones de la víctima e incluso desconociendo la realidad material de lo ocurrido, pues la única fuente directa de conocimiento para dicho abogado es la información que le suministre la víctima sobre el acontecer fáctico cuando ello es posible.

a) Del régimen probatorio

Tomando en cuenta esa delegación que la ley hace en el particular para el ejercicio de la acción contravencional los artículos 50 y 51 de la precitada ley¹⁰ remite al

¹⁰ LEY 1153 DE 2007. ARTÍCULO 50. AUDIENCIA PRELIMINAR. Una vez se ponga a disposición al capturado, inmediatamente se llevará a cabo una audiencia preliminar a la cual deberá asistir la persona o funcionario que haya efectuado la aprehensión para que relate los hechos relacionados con la captura, al igual que la víctima si esta se presentare. El juez examinará si concurren los requisitos de la flagrancia; en caso de que se reúnan declarará la legalidad de la captura. Con posterioridad, las partes podrán expresar oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones y nulidades, las cuales se tramitarán de conformidad con la ley 906 de 2004. Resuelto lo anterior dará la palabra a la víctima si se encontrare presente para que formule la querrela respectiva, en caso de encontrarse ausente el juez le nombrará un abogado de oficio quien hará la imputación, de la cual correrá traslado al capturado a efectos de brindarle la posibilidad de aceptarla; en caso de no aceptación, el imputado directamente o por intermedio de su defensor solicitará las pruebas que considere pertinentes. El juez decretará la práctica de las pruebas atendiendo las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en la ley 906 de 2004, las cuales deben ser practicadas en la audiencia de juzgamiento. Terminada la audiencia preliminar, el juez fijará día y hora para la realización de la audiencia de juzgamiento que se deberá realizarse dentro de los diez (10) días siguientes. La notificación de la celebración de la audiencia de juzgamiento será en estrado.

PARÁGRAFO PRIMERO. En caso de no concurrir los requisitos de la flagrancia la persona será dejada en libertad. Si existe querrela se adelantará el procedimiento ordinario previsto en esta ley. En caso de no existir querrela la actuación quedará en el centro de servicios judiciales a la espera de que se presente la misma o se produzca la caducidad.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Las decisiones relativas a la flagrancia y a la práctica de pruebas son susceptibles de los recursos de reposición y apelación, en los términos previstos por esta ley.

régimen probatorio de la ley 906 de 2004. Ello indica que deben seguirse los lineamientos del Sistema Penal Acusatorio lo que indica de primera mano que el Juez de Pequeñas causas también está impedido del decreto oficioso de pruebas y, por supuesto, la práctica de las mismas tendrá la misma reglamentación contemplada en la ley 906 de 2004, indicativo de que si es el particular quien fórmula la imputación este será quien tenga que recoger los elementos materiales de prueba, las evidencias físicas y la obtención de información en forma legal y entonces ya para la práctica como puede hacer los interrogatorios, acreditar su testigo, etc. y esa facultad que se le delega al particular, en concreto a la víctima, ¿Cómo puede desarrollarse cuando ésta sea el único testigo de cargo?, se ¿autointerroga? y finalizada la práctica de pruebas¹¹ ¿En que momento hace alegaciones la víctima como gestor de la imputación para sustentar su hipótesis teniendo en cuenta que no se contempló el uso de la palabra para este ?

En el régimen probatorio se manifiesta más claramente la inconstitucional delegación que la ley ha hecho en el ejercicio de una acción pública indelegable. Pero quizás ello pasa desapercibido con una ligera y descuidada lectura de la Ley de Pequeñas Causas.

Lo que no puede pasar desapercibido es lo referente a la consecución de los elementos materiales de pruebas y de las evidencias físicas en punto de que dicha consecución afecte derechos fundamentales. ¿Quién ejerce el control de la recolección de dichas evidencias y materiales probatorios cuando ello implique afectación de derechos fundamentales? ¿En qué términos queda facultado el particular para realizar dicha afectación? ¿A quién acude el particular cuando requiera de una experticia técnico científica si el Instituto de Medicina Legal solo puede prestar su apoyo técnicocientífico únicamente para el caso de lesiones personales y solo para determinar incapacidades medicolegales?

LEY 1153 DE 2007 ARTÍCULO 51. AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO. Una vez instalada la audiencia y verificada la asistencia de las partes e intervinientes, serán practicadas las pruebas decretadas. En lo pertinente, la práctica de pruebas se rige por las reglas previstas en la ley 906 de 2004. Finalizada la práctica de pruebas, el juez dará el uso de la palabra al Ministerio Público, si lo hubiere, al imputado y a la defensa, para que en forma oral expongan los alegatos respectivos. Una vez presentados los alegatos, el juez declarará que el debate ha terminado y, de ser necesario, podrá decretar un receso hasta por dos (2) horas para proferir el fallo debidamente motivado. Si el fallo fuere condenatorio, el juez se pronunciará sobre la reparación a las víctimas. La sentencia se notificará en estrados.

¹¹ Aquí es de anotar que el artículo 51 de la Ley de Pequeñas Causas que le impone el ejercicio de la acción al particular, paradójicamente no le otorga oportunidad procesal para hacer alegaciones finales, pues allí solo se indica que finalizada la práctica de pruebas se le dará el uso de la palabra al Ministerio Público y luego a la defensa.

En los términos en que está desarrollado el procedimiento en la Ley de Pequeñas Causas y en la medida en que remite a la ley 906 en lo concerniente al régimen probatorio y, por supuesto, ello conlleva la recolección de los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas, la citada ley descuida lo concerniente a los controles constitucionales que deben ejercerse en ese campo, pues una cosa es que de conformidad con el artículo 95 numeral 7 de la Constitución Nacional uno de los deberes ciudadanos sea colaborar con la justicia y asunto diferente es que quede eximido de los controles por parte del Estado en desarrollo de dicha colaboración, si es que se quiere interpretar la delegación que se hace en esta ley del ejercicio de la acción contravencional como un simple acto de colaboración.

De la conexidad

Otro aspecto que ha de ser tomado en cuenta en el análisis de la Ley de Pequeñas Causas es lo referente a la conexidad procesal. Con base en el acto legislativo 003 de 2002 queda claro que la Fiscalía General de la Nación es la que ejercita la acción penal cuando se trata de una conducta constitutiva de delito.

La ley penal establece el criterio de competencia residual, el cual lo radica en cabeza del circuito, como regla general, cuando se trata de conductas que revisten la misma denominación (delitos). En ese sentido el artículo 29 de la ley 906 señala que es competencia de la jurisdicción penal ordinaria *“la persecución y el juzgamiento de los delitos cometidos en el territorio Nacional, y los cometidos en el extranjero en los casos que determinen los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia y la legislación interna”* y dentro de las reglas de la competencia asigna a los juzgados penales del circuito de conformidad con el artículo 36 numeral 2, el conocimiento de los procesos que no tengan asignación especial. Ello, claro, está diseñado en el entendido de que la competencia residual es referente a los delitos.

La Ley de Pequeñas Causas en su artículo 4 inciso tercero señala que *“En caso de conexidad con un delito, la autoridad competente para conocer el delito asumirá la competencia de la contravención”*.

Pues bien, atendiendo a lo dispuesto en el acto legislativo 003 del 2002, esta norma de la Ley de Pequeñas Causas sería inconstitucional, dado que la competencia que dicho acto legislativo le atribuye a la Fiscalía General de la Nación es la de adelantar las investigaciones de los hechos que *“revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento”* lo que significa que la Ley de Pequeñas Causas le está atribuyendo a la Fiscalía General de la Nación una competencia para adelantar las investigaciones por conductas contravencionales cuando estas concursen con

un delito. Es decir, en ese evento tendría que el Fiscal hacer la imputación por la contravención.

De ser ello así, se estaría en contraposición con el artículo 29 de la C. N. en lo que se refiere al Juez natural. Si bien es cierto que en la jurisdicción ordinaria, uno de los factores de competencia radica en que en determinadas condiciones y ante una serie de eventos todos ellos de la misma naturaleza (delitos) sometidos a diferente competencia, se asigne dicha competencia al funcionario de mayor jerarquía, dicha fórmula no puede ser de recibo cuando se trata de mezclar conductas que corresponden a naturaleza diferente (delitos y contravenciones) y que se someten a trámites diferentes por funcionarios diferentes.

Podría argumentarse con base en el artículo 19 de la ley 599 de 2000¹², en concordancia con el artículo 50 inciso 2 de la ley 906¹³ que en virtud al factor de conexidad que se señala en el artículo 4 inciso final de la Ley de Pequeñas Causas el Fiscal deberá asumir la competencia de las conductas contravencionales que concursan en un momento concreto con un delito y que con ello se tendría la solución adecuada para los casos concursales.

Este argumento es insostenible desde la óptica constitucional en razón a que el acto legislativo del 2003 le atribuye a la Fiscalía General de la Nación la competencia para el ejercicio de la investigación y de la acción penal única y exclusivamente en el marco en que la conducta punible sea constitutiva de delito. Ello significa que a pesar de que el artículo 19 del Código Penal señale que la conducta punible puede revestir bien la forma de delito o bien la forma de contravención, la Constitución Nacional le atribuye privativamente al ente Fiscal la competencia para el trámite de investigación de conductas constitutivas de delito y no por conductas constitutivas de contravención. El artículo 19 de la ley 599 de 2000 es un artículo descriptivo y de clasificación, pero de ello no puede desprenderse que por el simple hecho de que esté esta división en el Código Penal, ya por eso se le puede atribuir competencia al Fiscal para efectos de los trámites pertinentes. Es decir, la Constitución Nacional no le otorga facultades a la Fiscalía General de la Nación para hacer ejercicio de acciones contravencionales y en ese contexto cuando el inciso final de la ley 1153 de 2007 indica que en caso de conexidad con un delito, la autoridad competente para conocer el delito asumirá la competencia de la contravención, no solo se desconoce la competencia reglada

¹² Art. 19 de Ley 599 de 2000, las conductas punibles se dividen en delitos y contravenciones.

¹³ Art. 50 ley 906 de 2000 “...los delitos conexos se investigaran y juzgaran conjuntamente”.

del artículo 250 de la Constitución, sino que igualmente se vulnera el artículo 121 constitucional¹⁴. Así mismo, ha de tenerse en cuenta el artículo 53 de la ley 906¹⁵.

a) Orden de captura para comparecencia

El artículo 45 de la Ley de Pequeñas Causas consigna un mandato abiertamente inconstitucional por cuanto ordena al juez de pequeñas causas el libramiento de mandato escrito de captura cuando la persona una vez declarada persona ausente no ha comparecido al proceso.

Ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional en indicar que para efectos del libramiento de un mandato escrito de captura, se ha de tomar en cuenta que efectivamente la detención o privación de la libertad sea necesaria proporcional y adecuada. De igual manera, dicho mandamiento ha de tener unos fines constitucionales radicados principalmente para evitar la obstrucción de la justicia y garantizar la comparecencia al proceso o evitar el peligro de fuga para efectos del cumplimiento de la pena.

En la Ley de Pequeñas Causas se faculta la expedición de una orden de captura posterior al trámite de persona ausente y únicamente con el fin de garantizar la comparecencia del presunto infractor desconociendo la naturaleza de la contravención, ya que la misma ley fija sanciones para algunas contravenciones que no son privativas de libertad, estableciendo solo arresto efectivo e ininterrumpido de un año (1) a dos (2) años para las contravenciones de los artículos 239-240-241-247-249 y 250¹⁶. Se desconoce con esta preceptiva los fines constitucionales de la privación de la libertad y de igual manera atenta contra el derecho a no comparecer resolviendo dicha antinomia en contra de la libertad como derecho fundamental. No es constitucionalmente legítimo que un funcionario judicial, como en este caso el Juez de pequeñas causas, afecte un derecho fundamental sin que existan motivos razonablemente fundados que

¹⁴ Artículo 121 C.N. “ Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

¹⁵ Ley 906 de 2000. ARTÍCULO 53. RUPTURA DE LA UNIDAD PROCESAL. Además de lo previsto en otras disposiciones, no se conservará la unidad procesal en los siguientes casos:

1. Cuando en la comisión del delito intervenga una persona para cuyo juzgamiento exista fuero constitucional o legal que implique cambio de competencia o que esté atribuido a una jurisdicción especial

¹⁶ Al respecto valga hacer como comentario que la contravención de ABUSO DE CONFIANZA (C. P. 249) queda en la Ley de Pequeñas Causas sin punibilidad alguna de acuerdo a lo que el mismo artículo indica en los parágrafos primero y segundo.

justifiquen la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de afectación tan grave. Presume entonces la norma que el trámite de declaración de persona ausente es significativo de no comparecencia, pasando por alto el rigor de la figura y los fines constitucionales de esta.

4. De la violación del derecho a la igualdad

Cuando el Estado, por razones de política criminal, acertada o desacertada, establece que unas conductas tienen las características de contravención y otras tienen las características de delito, es porque ha hecho una definición que compromete no solo el impacto social, sino que igualmente manifiesta y expresa que todas aquellas conductas que tienen las características de contravención tienen no solo menos impacto social, sino que a través del tratamiento punitivo que se fija aminora la gravedad de las estas.

Ello indica que cuando ese mismo Estado determina que una conducta es contravencional, el tratamiento que se le da a la misma no puede ser ni igual ni más gravoso que el que se le da a las conductas que han determinado que son constitutivas de delito.

a) Del artículo 18 de la Ley de Pequeñas Causas

El artículo 18 de la ley 1153 de 2007¹⁷ niega la posibilidad de prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto en el evento en que el investigado registre antecedentes penales o contravencionales.

Se trata de la transcripción casi literal del artículo 34 del C. P. En su inciso segundo¹⁸ adaptado al caso de las contravenciones. Comparadas las dos preceptivas se

¹⁷ ARTÍCULO 18. CONTRAVENCIONES CULPOSAS. En los eventos de contravenciones culposas, salvo los casos de registro de antecedentes penales o contravencionales, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.

¹⁸ LEY 599 DE 2000. Artículo 34. DE LAS PENAS. Las penas que se pueden imponer con arreglo a este código son principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales.

En los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo

tiene que de conformidad con la ley 1153 es más gravosa la comisión de una contravención culposa, teniéndose antecedentes, que la comisión de un delito culposo estando en la misma situación, es decir, antecedentes. En efecto, resulta de la comparación que cuando un ciudadano tiene antecedentes penales o contravencionales y realiza un delito culposo, este tiene derecho a que se le dé aplicación al artículo 34 del Código Penal, pero cuando está en la misma situación e incurre en una contravención culposa, dicho beneficio desaparece.

Si en el marco de una política criminal definida por el Estado se tiene que las contravenciones son asuntos que deben tener un tratamiento no solo diferente sino más benigno que el tratamiento de los delitos, resulta violatorio al derecho constitucional de la igualdad que en el caso de comisión de contravenciones se pierda una prerrogativa como es prescindir de la imposición de la pena por el solo aspecto de la existencia de antecedentes, y cuando se cometen delitos si se le pueda aplicar esa prerrogativa. Ello entonces conlleva a concluir paradójicamente que en un Estado Social y democrático de derecho es más beneficioso cometer delitos que cometer contravenciones.

b) Del artículo 19 de la Ley de Pequeñas Causas

Igual comentario ha de predicarse del artículo 19 de la ley 1153¹⁹. Resulta de conformidad con éste, que en el escenario jurídico nacional, este Estado que se predica como un Estado Social y Democrático de Derecho que se fundamenta en el respeto a la dignidad humana adopta como política criminal sancionar en forma más gravosa las contravenciones que por definición tienen menor entidad que los delitos y como consecuencia de ello, entonces quien comete delito tiene derecho a reducción punitiva por aceptación de cargos, acorde con la ley 906 de 2004, pero si incurre en una contravención, entonces se pierde dicha posibilidad, generando un tratamiento desequilibrado en términos punitivos para uno y otro, sin que exista una justificación para hacer de ese trato diferencial un fin constitucionalmente válido y que tenga como propósito el mantenimiento de situaciones de equilibrio.

grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria.

¹⁹ LEY 1153 DE 2007. ARTÍCULO 19. REDUCCIÓN DE LA PENA POR ACEPTACIÓN DE LA IMPUTACIÓN. Salvo en los eventos en que registren antecedentes penales o contravencionales, si en la audiencia preliminar el imputado aceptare su autoría o participación en la conducta contravencional se le reducirá la pena imponible hasta en la mitad.

c) Del artículo 20 de la Ley de Pequeñas Causas

El mismo argumento de violación al derecho a la igualdad debe tomarse en cuenta con respecto al artículo 20 de la citada ley.²⁰ Viola el derecho a la igualdad cuando señala como término prescriptivo de la pena, en tratándose de pena privativa de la libertad, el mismo que el Código Penal en su artículo 83 establece para los delitos cuando la pena privativa de la libertad es inferior a los cinco años²¹. Ello comporta un tratamiento desigual que no se justifica constitucionalmente, partiendo del criterio de que la Ley de Pequeñas Causas fija una pena máxima de arresto de dos años (Art. 30 parágrafo segundo). Por ello, el término de prescripción de una contravención no puede ser igual al de un delito, cuando se toma como criterio que la primera es menos grave que el segundo, razón por la cual no pueden ser equiparados y fijarle los mismos términos prescriptivos.

d) Del artículo 54 y 55 de la Ley de Pequeñas Causas

También se vulnera el derecho a la igualdad con estos artículos²², ya que debe tenerse en cuenta que en el marco de la ley 906 de 2004 no hay impedimento

²⁰ LEY 1153 DE 2007 ARTÍCULO 20. PRESCRIPCIÓN DE LA PENA. La pena impuesta para las contravenciones que trata la presente ley prescribirá en el término fijado para ella en la sentencia o en el que falte por ejecutar. En caso que la pena sea privativa de la libertad la prescripción será de cinco (5) años, en los demás casos será de dos (2) años.

²¹ LEY 599 DE 200 Artículo 83. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.

²² LEY 1153 DE 2007. ARTÍCULO 54. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL. En cualquier momento, la víctima directa, sus herederos, sucesores y causahabientes, junto con el imputado o querellado, su defensor, el tercero civilmente responsable o el asegurador, podrán acudir a un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal, a efectos de conciliar los daños causados con la contravención. Cuando hubiere acuerdo como resultado de la conciliación, el conciliador enviará copia del acta al juez de pequeñas causas, este lo aprobará si lo encuentra conforme a la ley y declarará extinguida la acción contravencional, salvo en los casos en que la persona registre antecedentes penales por delito o contravención.

LEY 1153 DE 2007. ARTÍCULO 55. CONCILIACIÓN JUDICIAL. En cualquier momento durante el desarrollo del proceso y hasta antes que se profiera sentencia, el juez podrá instar a las partes para que concilien y podrá proponer las fórmulas de arreglo que estime justas. Igualmente, el querellante y querellado, de común acuerdo, podrán solicitar al juez que realice una conciliación. Si el querellante o querellado llegan a un acuerdo, el juez lo aprobará si lo encuentra conforme a la ley y declarará extinguida la acción contravencional, salvo en los casos en que la persona registre antecedentes penales por delito o contravención. Si el acuerdo fuere parcial en el caso de concurso de contravenciones, el proceso continuará respecto de lo no conciliado y será resuelto

alguno para que ante la existencia de antecedentes, pueda acudir a la conciliación cuando esta es requisito de procedibilidad o cuando la misma es paso previo para la posible aplicación de una suspensión del procedimiento a prueba o cuando la misma se desarrolla judicialmente. Al imponerse la prohibición de extinguir la acción contravencional como resultado del resarcimiento de la víctima a través de acuerdos conciliatorios²³ conlleva la práctica de un trato discriminatorio sin justificación constitucional alguna que sea válida, pues no es entendible que en materia de delitos y luego de haberse conciliado proceda la extinción de la acción penal y en eventos de menor daño social²⁴ se prohíba taxativamente la extinción de la acción contravencional.

5. Conclusiones

Las anteriores reflexiones en torno a la Ley de Pequeñas Causas nos obliga a hacer un balance de la política criminal del Estado en cabeza del ejecutivo. Si bien no puede afirmarse la no existencia de una política criminal, el desarrollo legislativo de los últimos tres años solo permite concluir que la política criminal actual no tiene un norte al cual direccionarse y está determinada, como ha sido ya costumbre, por las necesidades políticas coyunturales del momento para producir efectos de propaganda o marcos de opinión favorables ante circunstancias de dificultad política concreta.

Durante los últimos tres años la sociedad colombiana ha visto emerger la ley 906 de 2004 que implementa el régimen procesal para el sistema acusatorio, en donde se intenta, por primera vez, en términos de legislación sistemática, el establecimiento de un procedimiento penal con fundamento en el bloque de constitucionalidad y con aplicación del respeto a los derechos fundamentales con base en el concepto de un Estado Social y Democrático de Derecho que se fundamenta en el respeto a la dignidad humana y en donde la afectación de los derechos fundamentales, en especial el de la libertad, debía ser excepcional, acatando los tratados internacionales de derechos humanos, un proceso penal

en sentencia. En las audiencias de conciliación podrán intervenir el tercero civilmente responsable y el asegurador de la responsabilidad civil amparada en virtud del contrato de seguro válidamente celebrado. En lo pertinente, la conciliación se regulará por lo previsto en la ley 640 de 2001.

²³ Téngase en cuenta que una de las tantas finalidades que se le atribuyen a la conciliación es facilitar la participación de la víctima en la solución del conflicto, además de que a través de éste mecanismo puedan quedar satisfechos sus derechos fundamentales de verdad, justicia y reparación en el entendido de que se trata de un mecanismo alternativo que igualmente se enmarca dentro de los criterios de eficiencia y economía procesal.

²⁴ Solo así puede entenderse que una conducta pase de ser delito a ser contravención

que busca la humanización de la justicia, la celeridad, la economía procesal, la participación de los actores en la solución del caso, un proceso penal que implementa diversas formas alternativas para la solución del conflicto, formas que van desde la conciliación, la mediación, el principio de oportunidad, los acuerdos y las negociaciones, la aceptación de imputación, así como el establecimiento de consecuencias punitivas ante el sometimiento de las formas anticipadas de terminación del proceso, o justicia premial. Infortunadamente, algunos sectores sociales que no han logrado dimensionar esa cultura de los derechos humanos y su praxis proponen con uno u otro argumento el ingreso al circuito judicial de normas que de una u otra manera comienzan a desvertebrar la sistemática de la ley 906 de 2004 y los fines propios de un sistema penal acusatorio, que materializados en el acto legislativo 003 de 2002 tuvo como propósitos esenciales la aproximación razonable a la verdad, la realización de la justicia, el respeto a los derechos de los intervinientes y la flexibilización de las normas sustanciales procesales²⁵.

Es así como en la ley de infancia en su artículo 199 se prohíben en general los acuerdos y negociaciones y las rebajas de pena correspondientes cuando las víctimas son niños. No significa esta afirmación que no deben prevalecer desde la perspectiva constitucional los derechos de los niños. Se quiere con ello indicar que dichos mecanismos (rebaja de pena por aceptación de imputación y los acuerdos y negociaciones) se habían convertido en la práctica judicial en la forma más viable, y expedita de llegar a la sanción penal en los delitos atentatorios de la vida e integridad personal, la libertad personal y la integridad sexual siendo víctimas los niños y adolescentes.

De igual manera, con la ley 1142 de 2007 se amplía el marco de aplicación de la detención preventiva, convirtiendo esta en la regla y no en la excepción, se reducen las exigencias para la imposición de una medida de aseguramiento, se prohíbe la detención domiciliaria para un amplio espectro de conductas punibles, se aumenta la punibilidad de manera abrupta todo ello en el supuesto de una seguridad democrática con miras a eliminar la supuesta sensación de impunidad que en la exposición de motivos de la ley nunca fue demostrada.

Pero resulta por demás irónico que se argumente que las conductas más cotidianas son las que generan la sensación de inseguridad, se incrementen las penas para las mismas y a la par se implemente otro tipo de leyes que teniendo en cuenta

²⁵ Los nuevos fundamentos de las pruebas penales: Una reflexión desde la estructura constitucional del proceso penal colombiano. José Joaquín Urbano Martínez. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Consejo Superior de la Judicatura, 2004.

consideraciones políticas fundamentadas en la paz, propósito por demás loable, implementen penas más benignas para conductas que revisten suma gravedad, generando una desproporción punitiva que no resiste la lógica. Para ello basta un ejemplo. Para los beneficiarios de la ley de justicia y paz la máxima punibilidad está contemplada en ocho (8) años. Con la ley 1142 de 2007, el hurto de un celular, de un contador de agua, se convierte *per se* en hurto calificado con una punibilidad mínima de cinco (5) años y máxima de doce (12) años. Y si lo realizan dos personas se incrementa la punibilidad de la mitad a las tres cuartas partes, es decir, que este hurto en concreto tendría una pena mínima de 7.5 años como mínimo y de 21 años como máximo, pena que confrontada con la de la ley 975 resulta desproporcionada atendiendo el impacto social que genera la comisión de una y otra conducta.

Pero así mismo son inexplicables los giros de la política criminal actual. Con la ley 1142 de 2007 de junio 28 el hurto calificado de conformidad con el artículo 241 numerales 3 y 4, norma en la que por regla general se enmarca el hurto de residencia, tiene una punibilidad de seis (6) años a catorce (14) años. En la exposición de motivos de la ley 1142 ese hurto fue argumento para el incremento punitivo de los delitos contra el patrimonio económico pues se mostró una estadística de 14.777 eventos. Un mes más tarde se aprueba la ley 1153 de 2007 (julio 31) y ese mismo hurto pasa a ser contravención con punibilidad de uno (1) a dos (2) años.

Estos simples ejemplos han de poner en alerta a los operadores jurídicos y a quienes tienen un compromiso con el Estado Social y Democrático de Derecho. La política criminal del Estado debe ser fijada a largo plazo, debe ser estable de manera tal que consolide la naturaleza del Estado que predicamos y no puede estar sujeta a intereses electorales de momento o a la superación de márgenes de opinión desfavorables.

De continuarse con esta tendencia y en la medida en que las reformas a la ley penal se aparten de los fines constitucionales que soportaron el Acto Legislativo 003 de 2002, que los controles constitucionales al ejercicio punitivo del Estado se hagan más laxos, flexibles y relajados y que la libertad se convierta paulatinamente en la excepción y no en la regla, en esa medida se estará perdiendo la estructura de un Estado Social y democrático de derecho que se fundamenta en el respeto a la dignidad humana y en esa medida se estará generando mayor sensación de inseguridad ciudadana en la sociedad colombiana porque los temores no se cifrarán en las acciones de la delincuencia, sino en la inestabilidad de una política criminal acorde con los postulados constitucionales.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA LEY 1153 DE 2007 O DE PEQUEÑAS CAUSAS

David Ernesto Vega Rincón

Juez 40 de Control de Garantías de Bogotá

85

Con una aparente intención de agilizar el procedimiento en lo tocante a la investigación y juzgamiento de algunas conductas que, debido a su visible recurrencia y escaso impacto social referido a la nocividad, vienen ocasionando algún grado de congestión en el desarrollo del Sistema Acusatorio, se redactó la ley 1153 de 2007 o Ley de Pequeñas Causas.

Podría anotarse igualmente que resulta claro que se responde a un reclamo originado en la aparente impunidad frente a actuaciones que afectan diversos bienes e intereses de la comunidad, lo que de por sí evidencia la tan reiterada ausencia de una verdadera política criminal, capaz de responder a tales fenómenos sociales, sin necesidad de recurrir a continuas reformas que, o bien buscan agravar penas y recortar beneficios, como es el caso de la ley 1142 de 2007, o bien acuden al fácil expediente de sustraer del procedimiento ordinario (en este caso de la ley 906 de 2004) a determinadas conductas, fijándose para estas una ritualidad que, debido a su concepción y estructura, determina restricciones frente a algunas garantías de carácter constitucional, como más adelante veremos. Esto origina diversos reparos frente a dicha reforma, reparos que encuentran referentes no solo en lo tocante con los derechos y garantías de la persona, sino igualmente en aspectos prácticos nada despreciables, en tanto que podrían derivar en consecuencias opuestas a las finalidades presuntamente buscadas, por ejemplo, en lo inherente a los derechos de las víctimas.

Pero independientemente de los aspectos arriba referidos y sobre los cuales ahondaremos más adelante, comenzaremos por efectuar un recuento de

precedentes en dicha materia, esto es, en legislaciones sobre conductas menos gravosas o contravencionales.

Algunos antecedentes

- Ley 23 de 1991. Por medio de la cual algunos comportamientos considerados como punibles pasaron a transformarse de delitos a contravenciones, fijando además la competencia para su investigación y juzgamiento a los inspectores de policía, así como la facultad de imponer multas y arrestos como sanciones.
- Sentencia C - 024/94. La Corte Constitucional se pronuncia sobre la posibilidad de afectar la libertad de las personas con origen en orden estrictamente administrativa, atendiendo al art. 28 transitorio de la C.P., precisando que esto resulta posible solo hasta que el legislativo fijase definitivamente en manos de funcionario judicial la facultad de imponer arrestos, vale decir, condicionando su exequibilidad.
- Ley 228 de 1995. Se establece la competencia, en cabeza de los jueces penales municipales, para conocer de aquellas conductas consideradas como contravencionales.
- Ley 600 de 2000. Con uno de sus artículos transitorios deroga en la práctica la ley 228 de 1995, pues fija en los jueces penales municipales la competencia para conocer de las contravenciones, convirtiendo además algunas de ellas en delitos.
- Ley 745 de 2002. Convierte en contravenciones el consumo y porte de dosis personal de estupefacientes, señalando como procedimiento para ellas el de la ley 228/95.
- Sentencia C101/04. Declara la inexecutable de la ley 745/02, que fijaba el trámite contravencional, por considerar muy ambigua la remisión a ciertos aspectos de la ley 228/95.

Como se puede observar, ha sido muy vacilante la actitud y criterio punitivo frente a conductas consideradas como de escasa lesividad social, lo que determina un criterio pendular dependiendo de las coyunturas del momento y la presión social y de los medios de comunicación frente a tales comportamientos. Esto, nuevamente nos permite insistir en la falta de una verdadera y consistente política criminal que entendemos como condición y requisito sine qua non para la existencia de una legislación menos dubitativa y una manera de actuar menos oscilante ante tales fenómenos sociales.

Aspectos relevantes

La ley 1153/07 comienza por una norma de integración que remite al Bloque de Constitucionalidad, la Constitución Política, la ley 599 de 2000 y la ley 906 de 2004¹. Lo anterior significa entonces que toda actuación ineludiblemente deberá sujetarse a lo dispuesto en tales normatividades. Siendo así debe interpretarse que, por ejemplo, todo el articulado de la ley 906 de 2004 debe ser rigurosamente observado. Así, entonces, que especialmente los 27 principios rectores igualmente imperan sobre los 60 artículos de la ley 1153.

En tal escenario, el régimen de la libertad y su afectación necesariamente debe seguir los lineamientos trazados no solo por las respectivas normas de la ley 906 (arts. 2, 295, 296, 398 y ss., entre otros), los arts 28 y 32 de la C.P., sino igualmente por los diversos tratados de derechos humanos que regulan el tema y que han sido suscritos y ratificados por el Estado colombiano (Bloque de Constitucionalidad, arts. 93 y 94 C. N.).

En tal sentido, entonces, la captura y su estudio de legalidad deben ceñirse a tales parámetros lo que significa que el juez no solo podrá, sino que deberá realizar un examen minucioso sobre el procedimiento de afectación de dicho derecho, el de la locomoción.

Sin embargo, la disposición de la ley 1153/07 en lo pertinente, art. 50², pareciera limitar tal escrutinio exclusivamente al tema de la flagrancia, vale decir, que se desprendería del inciso 2º y del párrafo 1º que la legalidad del procedimiento de captura está exclusivamente referida al tema de la flagrancia, sin importar ninguna otra consideración especialmente en lo tocante con los aspectos coetáneos y posteriores a la aprehensión física.

Lo anterior, resulta bastante preocupante si tenemos en cuenta que, ya con la ley 906 y a pesar de que esta sí contiene amplia y clara regulación en tal tópico,

¹ ARTÍCULO 1o. NORMA DE INTEGRACIÓN. En los procesos que se adelanten por las contravenciones a que se refiere esta ley se aplicarán, de manera armónica y sistemática el Bloque de Constitucionalidad, la Constitución Política, los principios rectores y las normas del Código Penal y de la Ley 906 de 2004.

² “ARTÍCULO 50. AUDIENCIA PRELIMINAR. Una vez se ponga a disposición al capturado, inmediatamente se llevará a cabo una audiencia preliminar a la cual deberá asistir la persona o funcionario que haya efectuado la aprehensión para que relate los hechos relacionados con la captura, al igual que la víctima, si esta se presentare.

El juez examinará si concurren los requisitos de la flagrancia; en caso de que se reúnan, declarará la legalidad de la captura□” (Las negrillas y cursivas son nuestras).

contenida en los arts. 310, 302 y 303, se ha visto en la práctica diaria en las respectivas audiencias, que subsiste algún grado de dificultad para la correcta comprensión y aplicación de tales normas, mucho más cuando se restringe el campo de examen exclusivamente al aspecto de la flagrancia.

Esto es, si a pesar de que la ley 906 de 2004 plantea que para poder determinar que un procedimiento de captura se encuentra ajustado a los parámetros legal, constitucional y de derechos humanos debe cumplirse con lo señalado en las tres disposiciones ya citadas, donde la flagrancia es tan solo uno de sus componentes (si tenemos en cuenta que la captura es un acto complejo –discusión que parece ya superada³– y que como tal comporta varios instantes), las dificultades surgen justamente porque se remite a veces exclusivamente al art. 301, ya sea por conveniencia de la Fiscalía en la presentación de su pretensión o por una injustificable actitud de celeridad mal entendida.

Esa manera de interpretar tal normatividad, conlleva a que se desdeñe la obligación de realizar un examen riguroso en lo tocante a los términos (art. 302) y el respeto de la dignidad de la persona y en general de los derechos humanos (art. 303).

Pues bien, si esto acontece con una normatividad como la ley 906 que sí incluye explícitamente tales exigencias contenidas en dicho articulado y además con un sistema que lleva ya en vigencia más de dos años y medio, casi tres, como es el caso de Bogotá y el Eje Cafetero, resulta previsible que con la ley 1153/07 este tipo de tropiezos resulte aún más recurrente y con un ingrediente adicional: su artículo 50 plantea un respaldo legal.

En efecto, resulta preocupante que tal manera de plantear la norma deja de lado la necesidad y obligación que, consecuentemente con los lineamientos de los tratados de derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado colombiano, se fija en cabeza de la autoridad judicial competente –para nuestro caso el juez de Control de Garantías–, para que estudie detenidamente aspectos nada despreciables como el que tiene que ver con que toda persona capturada deberá ser puesta a disposición de autoridad judicial competente sin demora, lo que armonizándose con nuestra Carta Magna y con la ley 906 de 2004 deberá acontecer en un **plazo máximo de 36 horas**⁴.

³ Sobre este aspecto ver Alejandro Aponte Cardona, “Captura y medidas de aseguramiento: el régimen de libertad en la nueva estructura procesal penal de Colombia”. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá. Colombia, 2006. Primera edición.

⁴ La práctica judicial desde el 01-01-05 nos permite indicar que, equivocadamente, tal expresión –la de plazo máximo– se ha venido entendiendo principalmente por parte del ente investigador, como el plazo único e ineludible para solicitar el desarrollo de la actividad correspondiente del Juez de

Tal planteamiento conduciría a extremos tan inaceptables como que, entonces, el particular o el organismo aprehensor quedaría con una discrecionalidad absoluta en dicho aspecto, al punto que podría poner a disposición al capturado en el momento en que lo considerara conveniente, sin límite temporal alguno y, lo más absurdo, al juez no le estaría exigido pronunciarse frente a tal anomalía, ya que bastaría con que de alguna forma se acreditara la flagrancia.

Lo que pareciera insignificante en realidad reviste importancia enorme si tenemos en cuenta la poco saludable tendencia de los organismos de policía a prácticas nada respetuosas de los derechos humanos y a efectuar capturas sin ninguna clase de justificación en el afán de obtener el beneplácito de sus superiores y aun alguna clase de reconocimiento⁵. Así, entonces, se abriría una amplísima compuerta para que los maltratos, los tratos crueles, inhumanos y degradantes se convirtieran en el lugar común de la actividad policial o aún de los particulares que efectúen eventualmente capturas. Pero lo que de por sí resulta bastante inaceptable, es mucho más desproporcionado si se tiene en cuenta que el juez que natural y lógicamente debería realizar una actuación-filtro de dichas actividades, no tendría herramientas para hacerlo y su campo de acción quedaría reducido a establecer mecánicamente una labor de revisión exclusivamente formal en cuanto a si existió o no flagrancia en tal procedimiento de captura. De paso, se estarían soslayando no solo los derechos del capturado, las exigencias derivadas del bloque de constitucionalidad y la Carta Magna, sino, igualmente, la jurisprudencia existente en tal sentido⁶.

Esto nos lleva a señalar entonces que existe un contrasentido que consiste en que se establezca una “región” o ámbito en el cual pareciera importar muy poco si los Derechos Fundamentales de las personas son o no vulnerados, desprecio que parece desprenderse de la misma concepción resultante de la denominación estricta de la Ley 1153, esto es, como de “pequeñas causas”.

Control de Garantías, manteniendo privadas de la libertad por tal lapso y a veces superándolo, a las personas capturadas de manera absolutamente injustificada so pretexto de hallarse agotando actividades resultantes del art. 128 C.P.P.

⁵ En este tópico, no resulta necesario ahondar en los tan socorridos “falsos positivos”, o sea, actividades investigativas que pasado el tiempo se vienen a poner a la luz pública que en realidad correspondían a “actividades delictivas” prefabricadas, en las cuales incluso se efectuaron capturas y en condiciones nada respetuosas de los tratados y convenios que ha suscrito el Estado Colombiano y que regulan tal aspecto, el de la captura.

⁶ En lo correspondiente, cabe destacar la sentencia C-591/05, en donde se asigna al Juez de Control de Garantías la función de examinar las condiciones en que se ha realizado toda captura, precisándose que tal escrutinio no debe ser únicamente formal, sino igualmente –y se diría que principalmente-material.

Quizá tal denominación y el tipo de fenómenos delictuales que regula, origina, entonces que, consecuentemente, se piense en que los derechos y garantías que se establecen en la Constitución Nacional y su reconocimiento y observancia tuvieran una doble lectura y valoración, dependiendo entonces del subjetivismo ya no solo del legislador, sino igualmente de los organismos de policía y aun de los jueces.

Efectivamente, tal concepción origina que existe derechos fundamentales de primera y de segunda clase, dependiendo del delito y el procedimiento a seguir y así, entonces deriva en un injustificable grado de “tolerancia” frente a actuaciones desconocedoras de tales exigencias (las que se desprenden de la ley, la C. N. y los tratados internacionales de derechos humanos) cuando se trata de conductas consideradas como de menor importancia punitiva; se abriría paso a efectuar capturas sin el lleno de los requisitos anteriormente señalados y a que el juez no le deberá interesar si, por ejemplo, la persona ha sido sometida a tratos inhumanos, crueles y/o degradantes, a pesar de que tal procedimiento está proscrito en los tratados de derechos humanos por todos conocidos⁷. Siendo esto así, necesariamente la norma art. 50 de la ley 1153 resulta contraria no solo a la ley 906/04, a la Constitución Nacional, sino también al bloque de Constitucionalidad que se dice forma parte de tal normatividad por vía de integración (art. 1º L. 1153/07). Siendo más precisos, tal norma no se hallaría acorde con el ordenamiento superior y no debería resistir un análisis serio de exequibilidad.

Pero igualmente debe resaltarse cómo el art. 45 de la Ley 1153 establece la posibilidad de ordenar la captura del contraventor exclusivamente para que haga presencia en la audiencia correspondiente. Lo anterior, sin establecer diferencias en punto a si la persona conoce o no la existencia de la investigación en su contra. Si la Ley 906 de 2004, teniendo en cuenta los arts. 295 y 296, no prevé tal posibilidad indiscriminada, siendo diseñada para conductas que se entienden más gravosas o socialmente más nocivas, no se comprende por qué para este tipo de conductas que se entienden menos afrentosas para la sociedad o de menor impacto social, sí se autoriza un procedimiento tan extremo y dramático, cuando bien se podría acudir al mecanismo previsto en el art. 291 de la ley 906/04,⁸ por lo menos para cuando la persona omite o desoye la citación sin ninguna clase de justificación.

⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art 7º, Convención Americana Sobre Derechos Humanos, art 5º-1-2, entre otros.

⁸ Declaración de persona en contumacia.

Solo se tuvo en cuenta el mecanismo de declaratoria de persona ausente para el que sí resulta razonable la orden de captura –judicial, por supuesto– a fin de proteger los derechos fundamentales a la igualdad, la defensa, la libertad y al debido proceso. Sin embargo, pareciera que se entendió que sobraba verificar si se desconoce el paradero de la persona por imputar, así como las causas de su ausencia y que debía entonces generalizarse el mecanismo de declaratoria de persona ausente por encima de tales precisiones.

Es claro que no pueden recibir el mismo tratamiento aquel que INJUSTIFICADAMENTE no acude a una citación judicial a una audiencia de tal naturaleza, conociendo con exactitud el lugar, la fecha y la hora señaladas para tal fin, situación que doctrinariamente se ha denominado como de “rebeldía judicial”, que la persona que debe ser vinculada formalmente a una investigación judicial pero de quien se ignora el lugar donde se le pueda ubicar y de quien tampoco se puede predicar que conozca de la existencia de una investigación, así sea en sus etapas previas. Así, en el primero de los casos, debe intentarse la comparecencia de dicha persona mediante las citaciones correspondientes, luego de las cuales y establecido que efectivamente las conoció y que de manera no justificada dejó de acudir a su cumplimiento, vincularle como persona en contumacia. Vale decir que el mecanismo de la orden de captura para tal eventualidad, resulta desproporcionado e innecesario, más aún sin comprobar los motivos que pudo haber tenido el citado para su no comparecencia a la audiencia. Puede afirmarse que tal captura finalmente equivale a una especie de sanción por desobedecimiento de una citación, sin que se haya escuchado a la persona por sancionar o, de hecho, sancionada. Lo que, entonces, redundaría en una violación del debido proceso y del derecho de defensa.

Pues bien, si tan innecesaria medida –la emisión de orden de captura para fines correspondientes a la formulación de imputación, en casos que encuadran dentro de la eventualidad de declararse en contumacia al por imputar–, no fue contemplada ni establecida en la Ley 906/04, configurada para conductas de mayor lesividad e impacto social, no parece lógico que para las “pequeñas causas” sí se pueda proceder tan precipitadamente. No parece existir entonces algún grado de coherencia ni proporcionalidad en tal sentido.

No se pueden equiparar entonces los dos situaciones, la de declaratoria de persona ausente y de persona en contumacia, ni homologar una única solución, la de declaratoria de persona ausente, previa orden de captura. El argumento relativo a los fines correspondientes a la celeridad y eficacia no puede justificar tal

sacrificio de derechos humanos. En pocas palabras, tal procedimiento no parece superar un mediano test de razonabilidad y necesidad.

Aquí cabría el interrogante de si lo anterior, igualmente, no afectaría injustificadamente el derecho fundamental a la igualdad⁹, ya que si frente a la ley 906/04 no resulta posible emitir una orden de captura con el único propósito de que se haga presente en una audiencia (ver art. 296), tratándose además de delitos o conductas punibles de mayor impacto social, con respecto a conductas que se entienden de menor entidad y de menor lesividad social, se proceda en diferente forma, además más gravosa, más afectatoria de los derechos fundamentales a la libertad¹⁰ y a la presunción de inocencia¹¹.

¿Y la Fiscalía?

Un aspecto que caracteriza la ley 1153/07 es que la FGN no es incluida como sujeto procesal en este procedimiento, dado que además, uno de sus propósitos es el de descongestionarla de procesos de menor relevancia y teniéndose en cuenta entonces que un alto porcentaje de actuaciones de dicho ente encuentra referente de manera reiterada en conductas de bajo impacto social, generando así –o por lo menos eso se dice–, represamiento en investigaciones sobre conductas de mayor entidad y repercusión social.

Sin embargo, habría que examinar concienzudamente si este “remedio” no va resultar peor que el fenómeno que busca solucionar. Efectivamente, resultaría previsible que tal vía solo genere un traslado de la congestión, de las oficinas de los Fiscales, a las salas de audiencias de los jueces competentes.

La verdad es que el tan cacareado represamiento encuentra origen en por lo menos dos aspectos que deben ser resueltos: La falta de medios y recursos de todo tipo (humanos, técnicos, económicos, de logística) que dinamice realmente el SPA y cristalice sus fines teleológicos, sin dejar de lado la necesaria y obligatoria observancia del respeto de los derechos y garantías que han establecido no solo la C. P. sino los tratados de DD. HH.

Efectivamente, se ha venido observando cómo la falta de recursos indispensables para que la Fiscalía General cumpla sus fines constitucionales¹² en lo tocante

⁹ Art. 13 C. N.

¹⁰ Art. 24 C. N.

¹¹ Art. 29 C. N.

¹² Art. 250 C. N.

con la investigación de las conductas punibles, la escasez de recursos origina que la policía judicial no cuente con los suficientes medios, ni los implementos e insumos técnicos, operativos y científicos para cumplir con su función de desarrollar adecuadamente una investigación bajo la dirección de la Fiscalía. No sobra subrayar que igualmente la insuficiencia en cuanto al número de personas adscritas a tales organismos investigativos, así como a la falta de una completa capacitación que brinde las herramientas idóneas y necesarias para el cumplimiento de su labor, acorde además con los planteamientos del derecho penal moderno y el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

Un segundo aspecto es el referente a la falta de audacia bien entendida, por parte de los funcionarios de la FGN, para dar aplicación al mecanismo previsto en los arts. 321 y ss. de la ley 906 de 2004, esto es, al principio de oportunidad. Esto último quizá originado en una visión atávica en la que predomina la tendencia a llevar a juicio la mayoría de investigaciones posibles o quizá atendiendo a criterios cuestionables de calificación en el desempeño de sus funciones. Esto, necesariamente, riñe con el presupuesto de una justicia ágil, pronta, restauradora oportunamente de los derechos de las víctimas y con el propósito de que a la etapa del juicio solo llegue un 5% de las investigaciones iniciadas.

Resulta claro que, en tal panorámica, la herramienta del principio de oportunidad, constituye el mecanismo más idóneo y eficaz para tal finalidad. Sin embargo, como arriba se anotaba, la falta de verdadera iniciativa en dicho sentido origina que un gran número de investigaciones que, además, no amerita el desarrollo pleno de un proceso hasta sus últimas etapas, ocupen y signifiquen el empleo de medios, esfuerzos y recursos no solo económicos sino humanos y técnicos que bien se podrían destinar a conductas e investigaciones de mayor envergadura e importancia, sobre las cuales la sociedad innegablemente alberga enormes expectativas y las víctimas reclaman verdadera justicia y reparación, así como el descubrimiento de la verdad en aquellos acontecimientos.

En tal escenario, la Ley 1153 ideada entonces para romper ese dique, solo resultaría un superficial maquillaje a un problema más profundo, además nada atendido, problema que presenta por lo menos dos aristas ya señaladas arriba. De cualquier forma, tales aristas o manifestaciones de dicho problema continuarán vigentes y quizá cada vez más agudizadas ante tan miope visión que originará que, antes que solucionar el mencionado represamiento, este cambie de escenario, pero subsistiendo los problemas que lo engendraron lo que podría desembocar entonces en dos frentes con niveles inmanejables de carga laboral.

Por ello, pensar que idear un procedimiento sumario para conductas menormente atentatorias contra los intereses colectivos, en el cual la Fiscalía no sea sujeto procesal y por lo tanto no intervenga siquiera indirectamente en la recolección y aducción de la prueba, ni en actos tan propios como la imputación ni en la solicitud de medidas cautelares con lo que, supuestamente, podría destinar sus esfuerzos y recursos a delitos más significantes y de mayor impacto social, solo contribuye a generar un nuevo vicio de inconstitucionalidad a la mencionada Ley de Pequeñas Causas.

Ahora, debe ponerse de presente que la Corte Constitucional ya había manifestado lo siguiente, en punto a la ausencia de la Fiscalía en procesos contravencionales¹³:

“La participación de la Fiscalía General de la Nación es obligatoria en la investigación y en el juzgamiento de los delitos, pues por tratarse de hechos que, en principio, comportan mayor gravedad, las sanciones previstas son más drásticas y, en consecuencia, debe rodearse al procesado de más amplias garantías frente al arbitrio punitivo del Estado; pero no interviene en los procesos contravencionales, dada su menor entidad jurídica. Así quedó consagrado en el artículo 250 de la Carta: “Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores...”.

Sin embargo, acudiendo nuevamente al preámbulo de la Carta Política y a su primer artículo, siendo el colombiano un Estado social, de derecho, democrático y pluralista, no resulta muy coherente que se parta de una concepción en la que se otorga menor importancia a la eventualidad de vulneración de derechos fundamentales del individuo en procesos contravencionales, como si hubiera un menor grado de exigencia en tal sentido y se pudiera entonces desconocer derechos, como el de igualdad, la presunción de inocencia, la libertad y, en general, el debido proceso y se pudiera legitimar tal desconocimiento de derechos y garantías que indiscriminadamente reconoce la Carta Magna. Esto riñe con los arts. 5º y 13º de dicho ordenamiento superior. Por esta vía, entonces, encontramos que la justificación de la ausencia de la Fiscalía en tal procedimiento resulta, por lo menos, bastante problemática.

Pues bien, entonces en dicho contexto, la ausencia de la Fiscalía en el procedimiento de la ley 1153 podría incluso resultar inconstitucional frente a aspectos como la presentación y sustentación de la imputación, la solicitud de la sanción, la recolección, el aseguramiento, conservación y aducción de la prueba y aun en lo tocante con la posibilidad e incluso necesidad de evaluar la viabilidad de aplicación del principio de oportunidad, aspectos que abordaremos más adelante.

¹³ Sentencia C-364 de 1996.

Peligrosidad-Antecedentes

Otro aspecto de la ley 1153/07, que origina cierta problematidad, es el consignar que para ciertos efectos, los antecedentes del implicado tendrán especial importancia. Esto se desprende de los arts. 12¹⁴, 18¹⁵, 19¹⁶, 37¹⁷, 39¹⁸, 49¹⁹, debiendo señalar que tales antecedentes, per se, adquieren un valor enorme frente a la necesidad de desvirtuar el principio de presunción de inocencia. Vale decir, que se ubica la peligrosidad como un aspecto y categoría de mayor entidad frente a la presunción de inocencia, principio este último tan caro para toda legislación, como que es parte integrante de todas las Cartas Magnas de los países civilizados y por supuesto de los tratados de derechos humanos. Principio al que tampoco es ni debe ser ajeno el Estado colombiano, entendido además como de derecho, democrático, social y pluralista desde el primero de los artículos de su ordenamiento superior²⁰.

¹⁴ “ARTÍCULO 12. ARRESTO POR REGISTRO DE ANTECEDENTES. Quien tuviere antecedentes penales o contravencionales e incurriere en contravención dentro de los cinco (5) años siguientes de cumplida la condena, se le impondrá pena de arresto efectivo e ininterrumpido de uno (1) a cuatro (4) años. Tratándose de antecedentes por hurto, la pena a imponer será de arresto efectivo e ininterrumpido de dos (2) a seis (6) años.

En este caso no procederá rebaja en la pena por aceptación de la imputación a la cual se refiere esta ley, ni se concederán los subrogados o mecanismos sustitutos de suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni libertad condicional previstos en el Código Penal...”

¹⁵ “ARTÍCULO 18. CONTRAVENCIONES CULPOSAS. En los eventos de contravenciones culposas, salvo los casos de registro de antecedentes penales o contravencionales...”

¹⁶ “ARTÍCULO 19. REDUCCIÓN DE LA PENA POR ACEPTACIÓN DE LA IMPUTACIÓN. Salvo en los eventos en que registre antecedentes penales o contravencionales...”

¹⁷ “ARTÍCULO 37. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN CONTRAVENCIONAL Y PRECLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO ... La conciliación y la indemnización integral no extinguirán la acción contravencional en los casos en que el contraventor registre antecedentes penales o contravencionales...”

¹⁸ “ARTÍCULO 39. INDEMNIZACIÓN INTEGRAL. Salvo en los casos en que el contraventor registre antecedentes penales o contravencionales, las contravenciones previstas en esta ley admiten la preclusión del procedimiento por indemnización integral...”

¹⁹ “ARTÍCULO 49. CAPTURA EN FLAGRANCIA. Cuando se lleve a cabo la captura en flagrancia, la policía inmediatamente procederá a la plena identificación y registro del aprehendido... Lo anterior tiene como propósito constatar capturas anteriores, procesos en curso y antecedentes...”

²⁰ Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Por otro lado, debe resaltarse que tal categoría, la de la peligrosidad, se entiende afortunadamente proscrita de nuestra legislación penal, precisamente por considerarse contraria al principio de presunción de inocencia y los antecedentes valorados en la forma como se pretende con la ley 1153, no es otra cosa que situarse en el plano diametralmente opuesto a tales avances y a tales principios, ingresando entonces en terrenos oscuros más propios de un Estado despótico y autoritario que de uno moderno y de derecho.

Salta a la vista que en la ley 1153 se le otorga una importancia enorme a la existencia de antecedentes, desconociendo principios ya aceptados jurisprudencial y doctrinariamente como los relacionados con la flexibilización de las normas sustanciales como fin del proceso²¹, ligado necesariamente con el de favorabilidad y principio *pro homine*. Tal sobrevaloración del aspecto referente a los antecedentes se aprecia que origina que se desdeñen, entonces, el derecho a la igualdad y la presunción de inocencia, pues con solo verificarse un antecedente, por ejemplo, ya será destinatario de arresto, además de que no tendrá derecho a beneficios en virtud de la aceptación de los cargos, así como que la conciliación y la indemnización integral no operarán favorablemente en su caso.

El principio de oportunidad y el derecho fundamental a la igualdad

Más allá de la discusión de si la oportunidad debe entenderse como un principio o como una institución, debemos resaltar que de entrada notamos cómo esta posibilidad brilla por su ausencia dentro de la reforma en comento. Efectivamente y a pesar de que la reforma fue concebida, así debe entenderse, con los propósitos de imprimirle celeridad a la actuación, descongestionar el sistema penal acusatorio y, en últimas, cristalizar los fines propios del procedimiento, esto es, establecer la verdad, la justicia y buscar la verdadera reparación a las víctimas, todo dentro de un breve lapso temporal, el principio de oportunidad resultaría el medio mayormente eficaz en tal dirección.

No resulta comprensible entonces que tan idóneo mecanismo para tales fines específicos y dentro de dicho marco arriba señalados, hubiera sido dejado de lado. Quizá debido a la falta de presencia de la Fiscalía en este tipo de actuación

²¹ Sobre este aspecto ver José Joaquín Urbano Martínez, “Los nuevos fundamentos de las pruebas penales: una reflexión desde la estructura constitucional del proceso penal colombiano”. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá. Colombia. 2006. Primera edición, pp. 70, 71, 176 y 177.

sumaria –aspecto que igualmente resulta no muy sólido en esta reforma–, se entendió que no podía tenerse en cuenta tal instituto ya que por disposición constitucional (art. 250 C. N.) tal facultad de carácter discrecional quedó fijada en cabeza del ente investigador. Sin embargo, ello desnaturaliza entonces el carácter breve y sumario que debe cobijar el desarrollo de la actuación prevista en la ley 1153/07, ya que se deja de lado una vía idónea para verdaderamente agilizar las actuaciones desarrolladas conforme a tal reforma.

Lo anterior, entonces, nos sitúa nuevamente en el plano de la vulneración de principios y valores constitucionales al desconocerse el derecho fundamental a la igualdad, ya que no existiría razón constitucionalmente válida para cercenar un derecho de orden material en aras de cumplir fines estrictamente formales, como la eficacia y celeridad en el procedimiento, vale decir, dándole mayor valoración a lo formal que a lo sustancial.

En dicho sentido, la ausencia de la Fiscalía en este procedimiento origina una nueva dificultad atinente al cumplimiento de los fines mismos para los que fue concebida la reforma, derivando de paso en la negación de un derecho fundamental del presunto contraventor como es el de la igualdad, ya que si para delitos de mayor envergadura un indiciado, imputado, acusado o procesado puede tener derecho a que se contemple la posibilidad de dar aplicación al principio de oportunidad, no se ve cuál sería la razón para que aquel, el presunto contraventor, no pueda tener dicha posibilidad de ser cobijado por esta vía excepcional, cumpliéndose además de paso lo pertinente con la necesidad y obligación de restablecer los derechos de las víctimas dentro del llamado marco de justicia restaurativa²².

Pensamos que, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, el instrumento procesal del principio de oportunidad no podía haberse desechado, sino antes bien, a diferencia de la manera como se entiende su iniciativa de aplicación por parte de la Fiscalía, esto es, de manera excepcional frente al principio de legalidad y además de forma discrecional se pudo plasmar como de carácter obligatorio y para todas las conductas que se prevén en la ley 1153/07.

Se dirá que tal manera de entenderlo y aplicarlo desnaturaliza su esencia y que de alguna manera genera una forma de prohijar la impunidad. Por el contrario, tal perspectiva resultaría coherente y armónica con los fines propuestos para la ley 1153 y además se cumpliría con uno de los fines constitucionales del proceso penal, referido al acercamiento de las partes en contienda, dentro de un Estado

²² En tal sentido ver, por ejemplo, la Sentencia C-209 de 2007 y los arts. 11, 22 y 132 a 137 de la Ley 906/04.

que, se entiende, se halla erigido sobre la solidaridad y en donde la convivencia pacífica debe ser finalmente uno de los objetivos esenciales de la institucionalidad. En un orden de cosas donde las diferencias sociales y los desencuentros generados por ellas resulta tan evidente y tan difícil de superar, como que el fenómeno delictual en lo que toca con conductas como las allí contempladas, es generado en un altísimo porcentaje por estos últimos factores, la legislación debe contribuir a establecer senderos de acercamiento y conciliación, antes que a ensanchar brechas ya de por sí demasiado extensas.

Por supuesto que esto plantea igualmente que dado que el art. 250 de la C. N. establece tal facultad en cabeza de la FGN, esto es, que constitucionalmente solo el ente investigador se encuentra legitimado para ejercer tal actividad, su presencia en el proceso contravencional resulta ineludible, ya que resultaría extraño que el propio fallador decidiera aplicar tal vía y a la vez debiera señalar la legalidad de tal instrumento y su aplicación.

Otra opción sería que se estableciera tal facultad en cabeza del Ministerio Público, entendida como exclusivamente para este tipo de procedimiento, lo que debería complementarse entonces con la exigencia de que su representante siempre tendría que hacer presencia en la respectiva audiencia y que, como arriba se manifestaba, la iniciativa de aplicación de tal instituto ya no sería excepcional, sino constituiría una regla general, esto es, que siempre su estudio tendría que abordarse. Es claro que tal opción resulta no solo más polémica, sino mayormente problemática, pues requeriría de una reforma constitucional al art. 177 constitucional para poder implementarla.

La Policía Judicial y la Ley 1153/07

A nuestro juicio, la ley 1153/07, antes que estar diseñada sobre los supuestos y fines inicialmente expuestos, pareciera estar encaminada a establecer una especie de región o territorio libre de parámetros que devienen de los tratados internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado colombiano, de los mandamientos de la Carta Magna, de la jurisprudencia y aun de la misma ley, como que se encuentra referida la reforma, a la ley 906 de 2004.

Tal reflexión se origina en que al no incluirse a la Fiscalía como interviniente en este procedimiento excepcional, las facultades y obligaciones que le eran propias a la luz de aquellos ordenamientos, le son entonces atribuidas a la policía nacional, lo que por lo demás resulta bien problemático si tenemos en cuenta que ostentamos una larga tradición –no muy digna de orgullo–, de violación de

derechos humanos originada en los diversos cuerpos armados, no falta ejemplos históricos para sostener tal afirmación.²³

Los aspectos problemáticos arriba señalados referidos a la legalidad del procedimiento de captura, que se evidencian cada día en el desenvolvimiento del SPA resultantes, quizá, de la falta de capacitación en sus componentes y que a pesar de que ha transcurrido un lapso considerable desde que entrara en vigencia la ley 906 en Bogotá y el Eje Cafetero se siguen reiterando, originando entonces continuos pronunciamientos de los jueces de garantías declarando ilegales tales capturas, permiten avizorar que el panorama es bastante desesperanzador en cuanto a que tal fenómeno se vaya a superar, máxime si esta reforma le establece una especie de autonomía a la policía para capturar y determinar previamente un control —o autocontrol— al no señalarse expresamente la vigencia de los límites y parámetros de los arts. 302 y 303 de la ley 906/04.

De otra parte, aspectos tan importantes como la rigurosa observancia de las reglas de cadena de custodia y los mecanismos y medios necesarios para tal fin parecen igualmente desdeñarse en beneficio de una pretendida celeridad en el procedimiento (¿El fin justifica los medios?). Ya bien complejo y problemático resulta en un procedimiento en donde se halla presente un ente como la Fiscalía que, se entiende, goza de la preparación y capacitación en cada uno de sus integrantes, como para dejar tal grado de autonomía en cabeza de la policía para la obtención asecuramiento y custodia de los medios probatorios.

Ahora bien, lo anterior necesariamente pone de relieve la necesidad de capacitar más exigentemente a dichos cuerpos armados para que las investigaciones finalmente no resulten inoperantes, dando campo, ahí sí, a un amplio margen de impunidad ante eventuales e ineludibles nulidades derivada de anómalas prácticas en dicho sentido²⁴.

²³ Baste con recordar el famoso Estatuto de Seguridad y los abusos que se han venido poniendo al descubierto con ocasión de las últimas revelaciones con respecto a los hechos de la retoma del Palacio de Justicia, episodios nada lejanos, así como las famosas capturas masivas, mucho más coetáneas; en el mismo sentido, las dificultades arriba señaladas que se evidencian en lo referente a la observancia plena de los derechos de las personas que resultan capturadas por parte de funcionarios de policía en fenómenos delictuales a investigar conforme a la Ley 906/04.

²⁴ Art. 29 C. N., Arts. 23, 276 y 455 Ley 906/04.

El art. 43 de la Ley 1153/07 y la Oralidad

Partiendo del entendido de que el procedimiento a desarrollar necesariamente será de carácter oral, si tenemos en cuenta el art 1° de la ley 1153 no parece encontrar lógica el contenido del inciso 3° del art. 43 de tal norma que reza:

“...Así mismo, se le informará al querrellado que podrá obtener una copia del formato de la querrela y los documentos presentados por el querellante, en el centro de servicios judiciales, a efectos de preparar su defensa...”.

La pregunta obligada sería en torno a si, el hecho de que el querellado por alguna circunstancia no llegare a obtener la copia allí referida o los documentos aludidos originaría alguna nulidad en el procedimiento. Pensamos que la respuesta debe ser negativa si tenemos en cuenta que, en últimas, dicho procedimiento, por vía expresa de remisión, se encuentra referido a la ley 906 de 2004 y uno de sus principios rectores es, justamente, el de la oralidad²⁵.

Igualmente, cabría el siguiente interrogante: ¿Debe el juez negarse a desarrollar la audiencia cuando el interesado o víctima no ha diligenciado el formato referido en dicha norma o ha dejado de llenar aún espacio que, a su juicio resulta esencial para entenderse debidamente diligenciado? Nuevamente nos encontraríamos frente a una disposición que privilegia lo formal sobre lo material buscando, de paso, conservar prácticas escriturales que se entienden superadas y que no guardan armonía ni coherencia con las normas de la ley 906/04, a las que se hallan referidas las de tal reforma, como reza desde su primer artículo²⁶.

Como se puede observar se trata de otra de las incoherencias en que incurrió el legislador y que desvirtúan y desnaturalizan ya no solo los fines mismos de dicha reforma, sino además los principios rectores de la ley 906 de 2004. Es un franco y lamentable retroceso frente a un terreno ya recorrido y ganado frente a la tendencia inquisitiva y escritural.

Ahora, debe destacarse que lo planteado en el art. 43 de la ley 1153 es lógico resultado de lo que señala el art. 42 de la misma norma, el cual señala:

²⁵ Ver art. 9° Ley 906/04

²⁶ “ARTÍCULO 1o. NORMA DE INTEGRACIÓN. En los procesos que se adelanten por las contravenciones a que se refiere esta ley se aplicarán, de manera armónica y sistemática el Bloque de Constitucionalidad, la Constitución Política, los principios rectores y las normas del Código Penal y de la Ley 906 de 2004”.

“ARTÍCULO 42. PRESENTACIÓN DE LA QUERRELLA. La querrella será presentada en el centro de servicios judiciales de los jueces de pequeñas causas.

Podrá ser instaurada por cualquier persona natural o jurídica, siempre que sea querellante legítimo de acuerdo con el artículo 71 de la Ley 906 de 2004.

Se presentará en un formato diseñado por el Consejo Superior de la Judicatura para el efecto, en el que se consignarán los siguientes datos: el nombre, los datos de identificación y ubicación de quien acude ante el juez; el nombre, datos de identificación y ubicación de la persona contra quien se dirige la querrella; los hechos por los cuales se acude al juez; la cuantía de la contravención, si hubiere lugar a ella; la relación de todas las pruebas que se pretendan solicitar o aportar al proceso; y su pretensión indemnizatoria.

En caso de imposibilidad por parte del querellante para diligenciar el formato, el personal del centro de servicios judiciales de los jueces de pequeñas causas prestará su colaboración para el diligenciamiento del mismo.

La querrella se podrá presentar en causa propia sin necesidad de la intervención de abogado...”.

La forma en que se redactó este artículo nos lleva a reflexionar que ni aun con el propósito firme de restaurar el procedimiento escritural, se habría obtenido tan incoherente resultado, si se tiene como referente el art. 1º de la misma normatividad, esto es, la observancia y aplicación “...de manera armónica y sistemática...” del Bloque de Constitucionalidad, la Constitución Política, los principios rectores y las normas del Código Penal y de la Ley 906 de 2004, si tenemos en cuenta que justamente uno de los 27 principios recortes de la ley 906 es el de la oralidad, práctica que, por lo demás, se está buscando extender a todas las jurisdicciones.

La querrella y la imputación

Señala el art. 50 de la ley 1153: *“ARTÍCULO 50. AUDIENCIA PRELIMINAR. Una vez se ponga a disposición al capturado, inmediatamente se llevará a cabo una audiencia preliminar a la cual deberá asistir la persona o funcionario que haya efectuado la aprehensión para que relate los hechos relacionados con la captura, al igual que la víctima, si esta se presentare.*

...Resuelto lo anterior, dará la palabra a la víctima si se encontrare presente para que formule la querrella respectiva, en caso de encontrarse ausente el juez le nombrará un abogado de oficio quien hará la imputación, de la cual correrá traslado al capturado a efectos de brindarle la posibilidad de aceptarla...”.

Ya de hecho surge una dificultad inicial. Si con la ley 906/04 resulta prácticamente imposible contar siempre con el funcionario que efectuó la captura, se vislumbra que tales funcionarios serán renuentes a hacer presencia para los fines de dicha disposición y dado que se plantea como una exigencia, "...deberá asistir...", la misma originará entonces que en la mayoría de ocasiones la audiencia sea irrealizable.

Ahora, no resulta muy coherente, si se tiene en cuenta que el art 1° de la ley 1153 remite necesariamente a la Ley 906 de 2004, ya que en esta disposición se abre la posibilidad de que sea un tercero, así sea abogado, quien quisiera conocer a la víctima sea quien efectúe lo que en últimas constituye la imputación.

En primer lugar, facultar a dicho tercero ajeno a los hechos para que exprese la querrela va en contravía con lo dispuesto en el art. 71 de la ley 906 de 2004, ya que tal disposición señala que es querellante legítimo únicamente el sujeto pasivo del delito, en este caso de la contravención. Luego, además por reglas de la experiencia y del sentido común, nada puede decir ese tercero que no ha tenido contacto alguno con los hechos, sobre los mismos, sobre la autoría o participación del supuestamente involucrado en ellos y menos sobre su responsabilidad.

Esto nos plantea un procedimiento bastante gaseoso y discutible, por decir lo menos, si se tiene en cuenta que nos encontraríamos frente a una querrela —que además tendría el doble carácter de imputación— y unos cargos formulados por quien ni siquiera conoció los hechos, ni puede valerse, por esa misma razón, de elementos de prueba para sustentar una y otra. En tal escenario cabría preguntarse si tal incoherencia no abre de par en par, las puertas a la impunidad. Esto sin ahondar en un aspecto sumamente importante como que la imputación es una facultad-obligación que se ha asignado constitucionalmente a la Fiscalía.

Dificultades prácticas, Ley 1153

Además de los aspectos jurídicos arriba planteados, que no resultan nada despreciables, se deben señalar así sea someramente, el listado de los siguientes de orden estrictamente prácticos:

La falta de recursos necesarios para atender este tipo de procedimiento, si se tiene en cuenta que resultarán necesarios en todo el país nuevos jueces que se encarguen de adelantarlos, nuevos despachos judiciales, salas de audiencias, equipos, esto es, recursos económicos, materiales, técnicos y humanos, demanda cuantiosa erogación en un sector: el la justicia, que se había caracterizado por **la robustez de su presupuesto** cada vez viene siendo significativamente recortado. Cabría

preguntarse si lo dispuesto en el inciso inicial del art. 58 de la ley 1153/07²⁷, especialmente en lo tocante con “...la disponibilidad presupuestal consistente con el marco fiscal de mediano plazo...”, de por sí no la hace inaplicable, por lo menos en el mediano plazo, presupuestalmente hablando.

- La transitoriedad planteada en el parágrafo del art. 58 de la ley 1153/07²⁸ genera una carga laboral adicional a aquellos funcionarios a los que se les asigna directamente la competencia para su conocimiento. Carga laboral adicional que puede llegar a ocasionar un fenómeno diametralmente opuesto a los fines que se dice, se busca con la reforma.
- Al conservarse su redacción inicial y original, es claro que se hace indispensable un despliegue enorme de esfuerzos de todo tipo para buscar una verdadera capacitación especialmente en los organismos de policía (Derecho Penal-sustancial y procedimental-, Derechos Humanos, Constitución Nacional). Nuevamente aquí cabe la reflexión sobre las dificultades ya observadas en torno a lo anterior con respecto a la ley 906/04 y a las de orden presupuestal.

De otro lado, prima facie, pareciera que pretender ubicar Despachos Judiciales anexos a las estaciones de policía, riñe con la esencia, la dignidad y quizá hasta con la autonomía propio de la Rama Judicial y, por supuesto, de los funcionarios respectivos y su carácter y función estrictamente civil, ajeno a todo tipo de disciplina militar o castrense. No tratándose de Despachos adscritos a la Justicia Penal Militar resulta por lo menos incompatible con tales escenarios pudiendo originar, quizá, un obstáculo para el acceso y contacto de las víctimas a la administración de justicia.

Propuestas

Ante el panorama anteriormente expuesto, es claro que, principalmente, la Ley 1153 presenta dificultades serias en el terreno constitucional. Vale decir que gran número de sus disposiciones son contrarias al texto superior. Que igualmente

²⁷ “ARTÍCULO 58. ARTÍCULO TRANSITORIO. Los jueces de pequeñas causas se implementarán de manera gradual, de acuerdo a la disponibilidad presupuestal consistente con el marco fiscal de mediano plazo...”.

²⁸ “... PARÁGRAFO. Conocerán de las contravenciones previstas en la presente ley los jueces penales municipales o promiscuos municipales que señale la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mientras entran en funcionamiento los jueces de pequeñas causas. De la misma manera, mientras se establecen los jueces de circuito con funciones en pequeñas causas, serán competentes los jueces penales del circuito que señale la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura...”.

las dificultades prácticas la hacen irrealizable, por lo menos a mediano plazo. Entonces, en orden a buscar que los derechos de las víctimas dentro de las conductas que allí se contemplan, verdaderamente se efectivicen, se podría pensar en algunos caminos como:

- Principalmente, conservar a la Fiscalía como sujeto procesal en tal procedimiento, para superar algunas dificultades de orden jurídico y práctico.
- Conservar mecanismos idóneos para los fines que se dice perseguir, como por ejemplo el principio de oportunidad, iniciativa que debería entonces reafirmarse en cabeza de la FGN y teniendo en cuenta la regulación que, en lo pertinente, resulte aplicable para estas conductas, prevista en los arts. 321 y ss. de la Ley 906/04.
- Como mecanismo alterno para lo anterior, asignar tal función al Ministerio Público, señalando como obligatoria su intervención y presencia en toda audiencia que se rija por este procedimiento.
- Señalar que en esta clase de procedimiento, el estudio de la viabilidad de aplicación del principio de oportunidad debe ser regla general y no una excepción, como sí lo es en la ley 906/04.

Por supuesto que las propuestas no se agotarían aquí, se trata solo de un ejercicio inicial en tal dirección, debiéndose aclarar además que algunas de ellas, si no todas, demandarían una previa reforma constitucional.

Se reitera que siendo de fondo y lo más relevante la inconstitucionalidad de la columna vertebral de esta reforma, necesariamente pensar en propuestas para mejorarla es tan solo labor de maquillaje sin embargo, en aras de que realmente las víctimas de conductas menos graves como las que se contemplan allí; encuentren realizados sus derechos, tales propuestas podrían facilitar y allanar tal camino.

Conclusiones

Podríamos señalar, a manera de conclusiones las siguientes:

- Que la Ley 1153/07 presenta varias fallas y anomalías no solo en cuanto a que a pesar de señalar que se halla referida a la ley 906/04, la Constitución Nacional y el Bloque de Constitucionalidad, en realidad no guarda coherencia en dicho sentido, sino que en sus aspectos más importantes es abiertamente inconstitucional.
- Que lo correspondiente a la captura y posterior examen ante el juez correspondiente no se encuentra debidamente regulado abriéndose paso

a abusos por parte de quien la realice, sin que se prevea una sanción procedimental real a tales comportamientos.

- Los temas referentes al arresto preventivo y los antecedentes del presunto contraventor ofrecen serias dificultades no solo legales, sino constitucionales.
- La exclusión de la Fiscalía como interviniente en tal procedimiento genera serias dificultades en muchos aspectos, especialmente en cuanto a lo referente al tema de recolección, conservación y aducción de la prueba.
- Deja de lado un instrumento idóneo, ideal para los fines que se dice perseguir, cual es el de la aplicación del principio de oportunidad.
- Genera dificultades en lo correspondiente a la legitimación del querellante y la presentación de la imputación correspondiente.
- Responde a exigencias más relacionadas con la búsqueda de desprenderse de alguna carga laboral por parte del ente investigador, que a una política criminal seria y coherente, reproduciendo así entonces el fenómeno de la legislación de coyuntura, con la que se busca quizá, únicamente, difundir la idea de preocupación y respuesta ante fenómenos delictuales cotidianos, pero que bien analizado, deviene en un factor aun mayor de impunidad, como arriba se expuso.
- Las dificultades de tipo práctico arriba puntualizadas determinan que resulte irrealizable.
- Debería pensarse, por lo menos inicialmente, en la búsqueda del fortalecimiento en todo el territorio nacional, del sistema penal acusatorio establecido con la ley 906 de 2004. Quienes capacitamos jueces y empleados palpamos directamente enormes dificultades en recursos, en logística, cuya superación debería ser por el momento la meta primordial a atender.

Uldy Teresa Jiménez

Eduardo Castellanos Roso

Magistrados Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá

107

1. Entendida la “justicia de transición” como **“toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación”**¹, en el caso colombiano solo podría hablarse de esta forma de justicia de manera parcial o fragmentaria, toda vez que las negociaciones con grupos armados al margen de la ley se han iniciado con una parte de esos actores (las AUC y un pequeño grupo de la guerrilla que se ha desmovilizado); en consecuencia, el conflicto armado persiste, pero simultáneamente se adelanta por la vía judicial el procedimiento previsto en la ley 975 de 2005 “ley de alternatividad penal”, con el fin de hallar la verdad, reparar a las víctimas, preservar la paz y reafirmar el Estado social y democrático de derecho.

En ese camino de restaurar la justicia y lograr la paz y la reconciliación nacional, los derechos de las víctimas constituyen el pilar fundamental sobre el que debe construirse todo el proceso, así lo han establecido la ley 975 de 2005 (con algunas deficiencias), la Corte Constitucional a través de la sentencia C-370 de 2006 (y otras), diversos pronunciamientos de la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia a los que nos referiremos más adelante y lo han entendido los designados para adelantar los procesos penales dentro del contexto de la transición.

¹ Informe del Secretario General del Consejo de Seguridad de la ONU, agosto 3 de 2004, titulado “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”.

En efecto, ante la violación masiva de derechos humanos que, generalmente acompaña la ocurrencia de un conflicto interno armado y que es lo que se ha verificado en nuestro país durante varias décadas, en el proceso de transición (así sea de carácter fragmentario) a las víctimas se les debe garantizar, como ha mencionado el Secretario General ante el Consejo de Seguridad de la ONU el 3 de agosto de 2004, no solo la reparación monetaria sino además: **“la restitución de los derechos de las víctimas, programas de rehabilitación y medidas simbólicas, como disculpas oficiales, monumentos y ceremonias conmemorativas” la restitución de los derechos de propiedad o, si no es posible, una indemnización justa**”.

No es fácil hallar el punto medio entre la satisfacción del derecho a la reparación integral de las víctimas de graves violaciones a sus derechos humanos o del derecho internacional humanitario y las exigencias de quienes se han desmovilizado y de manera voluntaria quieren contribuir a la paz y a la reconciliación nacional, tal como se ha visto desde el año 2002, cuando dirigentes y miembros de las AUC manifestaron su deseo de dismantelar toda la organización de autodefensas. Sin embargo, existen parámetros internacionales que no pueden ser desconocidos al momento de encontrar el punto de equilibrio entre los derechos de las víctimas y las pretensiones de los victimarios que permiten satisfacer medianamente sus expectativas, esto es, garantía de verdad, justicia, reparación y no repetición a favor de los primeros y una retribución importante de pena para los segundos, asegurando que no haya impunidad; o lo que es lo mismo, **“dentro del paradigma sustantivo de los perdones ‘responsabilizantes’**, como lo expresa el profesor Rodrigo Uprimny².

2. Tal como menciona la Sentencia C-191 de 1998 de la Corte Constitucional, el bloque de constitucionalidad se deriva del artículo 93 de la Carta Magna que dice que **“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”**.

En este orden de ideas, Colombia, en materia de paz con actores armados al margen de la ley, ha asumido obligaciones de carácter internacional, tendientes a garantizar la defensa y garantía de los Derechos Humanos, así como del Derecho Internacional Humanitario, y a prevenir su violación. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José (Costa Rica) el 22 de noviembre de 1969 y ratificada por Colombia el 31 de julio de 1973 y el Estatuto de Roma,

² ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia. Rodrigo Uprimny, 2006, p. 38.

mediante el cual se creó la Corte Penal Internacional, que entró en vigor el 1° de julio de 2002, son dos instrumentos a los que haremos referencia por la importancia que revisten frente a la interpretación y aplicación de la Ley de Justicia y Paz.

2.1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos son los órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con los compromisos contraídos por los Estados partes, a tenor del artículo 33 de la Convención:

- La Comisión puede, entre otros, hacer recomendaciones a los Estados partes para que adopten medidas progresivas a favor de los derechos humanos,³ así como solicitar de los gobiernos de los Estados miembros informes sobre esas condiciones⁴ y rendir informe anual a la Asamblea General de la OEA⁵.

En cumplimiento de esas funciones, la Comisión ha rendido informes anuales sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, con conclusiones poco positivas, por la continua violación por parte de los grupos armados al margen de la ley (guerrilla y autodefensas) así como por agentes estatales. Es importante recalcar que la administración de justicia tampoco se ve bien librada en los citados registros, toda vez que se habla de altos niveles de impunidad, en relación a la investigación y juzgamiento de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

Luego de expedida la Ley 975 de 2005, la percepción de la Comisión no varió favorablemente el panorama descrito en el párrafo anterior. Por el contrario, el proceso de negociación, iniciado en el año 2002 con las autodefensas unidas de Colombia y consolidado a través de esta ley, fue duramente criticado pues ***“se observa que los mecanismos institucionales creados por la Ley de Justicia y Paz no poseen suficiente fortaleza para afrontar con efectividad la tarea de esclarecer judicialmente las miles de masacres, ejecuciones selectivas, desapariciones forzadas y usurpación de tierras, entre otros crímenes cometidos por varios miles de desmovilizados durante los largos años en que las estructuras paramilitares han mantenido su vigencia en Colombia...”***⁶.

³ Artículo 41-b de la Convención.

⁴ Artículo 41-d de la Convención.

⁵ Artículo 41-g de la Convención.

⁶ Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

En lo que hace a los derechos de las víctimas, el mismo informe dice: ***“En términos de la reparación del daño causado por quienes han perpetrado crímenes atroces, la CIDH destaca que la norma pone más énfasis en la restitución de bienes adquiridos en forma ilícita que en los mecanismos que faciliten la reparación integral de las víctimas. Particularmente, no se hace referencia específica a los mecanismos de reparación a las mujeres desplazadas, cabezas de familia, quienes se destacan entre los grupos más vulnerables al accionar de los grupos armados. La norma tampoco prevé como parte de la reparación debida a las víctimas el establecimiento de mecanismos de no repetición como la inhabilitación o separación del cargo de agentes del Estado que hayan participado por acción u omisión en la comisión de crímenes”***.

No obstante lo anterior, luego de la sentencia C-370 de 2006 de la Corte Constitucional, la Comisión reconoció las bondades de la Ley de alternatividad penal, obviamente dentro del marco de interpretación dado en el pronunciamiento de constitucionalidad mencionado, y continúa haciendo un seguimiento en su aplicación. En el informe de 2007, específicamente en el numeral IV relativo a la participación de las víctimas y reparación, a más de criticar algunas situaciones ocurridas durante el emplazamiento, del obstáculo que representa la imposibilidad de interrogar directamente o por medio de sus representantes a los versionados, reconoce el esfuerzo que se hace en estos aspectos y la consagración legislativa, no solo en la 975 de 2005, sino en la ley 906 de 2004, con relación a los derechos de las víctimas.

En lo que hace a las recomendaciones, la Comisión insiste en que la reparación integral debe ser proporcional y oportuna. Es así como menciona en el numeral 99 del citado informe de 2007 que: ***“La CIDH entiende que más allá de la vía judicial penal disponible, debería el Estado definir una política pública de reparación que apunte a resolver los daños causados por la violencia paramilitar, de acuerdo a sus recursos presupuestarios, y con base en los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, disponiendo de vías administrativas, ágiles y de escaso costo, para el acceso a programas de reparación económicas. Esto sin perjuicio de las demás formas de reparación no material, reparaciones colectivas y de los programas y servicios sociales que pudieran establecerse para la población afectada durante el conflicto”***.

Y, aunque las recomendaciones de la Comisión no tienen un efecto vinculante porque no generan, modifican o extinguen obligaciones internacionales, o como ha mencionado la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia “... ***es claro***

*que si el término “recomendación” no se le otorgó un sentido especial en la Convención Americana de Derechos Humanos, el mismo debe entenderse en su sentido natural y obvio, como es la acción y el efecto de “recomendar”, el que a su vez, define el Diccionario Larousse, corresponde a “Aconsejar a alguien sobre lo que puede o lo que debe hacer por su propio beneficio”, o “encargar o encomendar a alguien que se ocupe o haga cargo de una persona o de una cosa”. Se trata, entonces, la recomendación, de una sugerencia respetuosa, contenida en un informe, que se le hace al Estado parte, sin que tenga carácter obligatorio, en tanto, la propia Convención omitió definir un alcance diferente o especial, distinto del natural y obvio atrás referenciado*⁷. Si es importante acatarlas en aras de prevenir la declaratoria de responsabilidad en contra el Estado colombiano, por una eventual demanda que presente la Comisión ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Desde esa óptica, el mismo Gobierno Nacional ha comenzado a hacer el estudio para analizar la viabilidad de una reparación por vía administrativa, tendiente a facilitar la compensación a las víctimas, sin necesidad de esperar el resultado del proceso penal y la suerte que en este aspecto corran los desmovilizados.

- La Corte Interamericana de Derechos Humanos, como organismo judicial autónomo, dicta sentencias con carácter obligatorio, definitivo e inapelable, condenando a los Estados vulneradores de los derechos humanos y ordenando la reparación integral, conforme lo establece el artículo 63.1 de la Convención. Son múltiples las sentencias condenatorias contra el Estado colombiano por violación a los derechos humanos, especialmente por conductas realizadas por las AUC y en cuya motivación de la decisión, se acusa específicamente a miembros de las fuerzas armadas de cohonestar esas graves violaciones, la primera de ellas en 1995 (caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia) y la última en donde se ven involucrados paramilitares, el 11 de mayo de 2007 (caso de la masacre de La Rochela vs. Colombia). En cada una de esas sentencias se recalca sobre los derechos de las víctimas a la VERDAD, LA JUSTICIA, LA REPARACIÓN Y GARANTÍA DE NO REPETICIÓN.

2.2. La Corte Penal Internacional: Único organismo universal judicial de carácter permanente que tiene como objetivo investigar y sancionar “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional”, según se menciona en el preámbulo del Estatuto de Roma, de carácter complementario, esto es, que su competencia se activa en los casos en que un Estado que suscribió el Estatuto no quiere o no puede juzgar a los presuntos responsables de esas violaciones.

⁷ Radicado 26077, 1º de noviembre de 1977. Dr. Sigifredo Espinosa.

La importancia, en materia de investigación y sanción para los responsables de graves infracciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario que reviste el Estatuto de Roma está dada en el mismo acto legislativo 02 de 2001, que en su artículo 1° expuso: «Adiciónese el artículo 93 de la Constitución Política con el siguiente texto: ***“El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”***».

Así mismo la sentencia C-578 de 2002 de la Corte Constitucional, aprobatoria de la Ley 742 de 5 de junio de 2002 por medio de la cual se aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hace énfasis en que ***“La Corte Penal Internacional fue concebida como un instrumento para combatir la impunidad y lograr el respeto y la efectividad de los derechos humanos básicos, de las leyes de la guerra y del derecho internacional humanitario, incluso dentro de la fronteras de un Estado. Complementa los sistemas penales nacionales en la sanción de los responsables, en la reparación a las víctimas y en el restablecimiento de los derechos, al buscar que quienes sean responsables de cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o el crimen de agresión, y no hayan sido o no hayan podido ser juzgados en el ámbito nacional, sean juzgados por una Corte Penal Internacional con vocación de universalidad”***.

En materia de reparación a las víctimas, el artículo 75 del Estatuto de Roma indica que la Corte Penal Internacional debe establecer los principios que son aplicables a la reparación, incluyendo la restitución, la indemnización y la rehabilitación, tanto para las víctimas como para sus causahabientes.

Igual importancia de los dos instrumentos internacionales acabados de mencionar, lo constituyen los “Principios internacionales sobre el derecho de las víctimas a obtener reparaciones”, aprobado el 16 de diciembre de 2005 en la Asamblea General de la ONU, por resolución 60/147.

3. En la Ley 975 de 2005 –Ley de Justicia y Paz– se consagran tres categorías de derechos para las víctimas: derecho a conocer la verdad (artículo 7°), derecho

a la justicia (artículo 6°) y derecho a la reparación (artículo 8°), además de la garantía de no repetición (artículo 10.1)

3.1. El derecho a saber tiene una doble connotación: individual y colectiva. En la individual, la víctima podrá conocer las circunstancias en que se cometieron las violaciones, la suerte de su ser querido, si se encuentra desaparecido o muerto, quiénes son los responsables, etc. De igual forma, la sociedad tiene la obligación de reconstruir la memoria histórica con el fin de prevenir otras violaciones y esto solo lo logra siendo informada de la investigación y del resultado de ella. Por esto, tanto el derecho de las víctimas a la verdad, como de la sociedad a recordar, constituye un derecho inalienable que debe ser garantizado en todo proceso que busque la paz y la reconciliación nacional, a través de la participación efectiva de las víctimas y el recurso efectivo que tengan dentro de cada una de las diligencias que se practiquen con los desmovilizados.

3.2. El derecho a la justicia impone la obligación al Estado de investigar y sancionar a los infractores de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Conforme a los diversos instrumentos internacionales que obligan al Estado a combatir la impunidad (Declaración Americana de Derechos Humanos, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Estatuto de Roma, entre otros), entendida esta –la impunidad– como **“la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de violaciones de los derechos humanos”**⁸, no es aceptable internacionalmente, la concesión de amnistías, indultos, etc., para los perpetradores de esa clase de violaciones.

En síntesis, este derecho cobija el deber del Estado a:

- Investigar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos.
- El derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, conforme lo señala el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- El respeto, en todos los procesos judiciales, del debido proceso.
- La aplicación del principio de “imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena” en los delitos de trascendencia internacional.

3.3. Derecho a la reparación integral que debe ser entendida en su doble concepción: individual y colectiva. La primera abarca medidas de restitución, indemnización y readaptación y, la segunda, medidas de carácter simbólico o

⁸ Definición dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998.

de cualquier otro tipo que se proyecten a la comunidad. Finalmente, dentro de las garantías de no repetición se incluye el desmantelamiento de los grupos armados y la futura reinserción de los desmovilizados. La reparación debe hacerse en condiciones de igualdad, además debe ser adecuada, efectiva, rápida y proporcional al daño sufrido por la víctima.

Dentro del “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, presentado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas el 8 de febrero de 2005”, específicamente en los principios 31 ***“Derechos y deberes dimanantes de la obligación de reparar”***, que dice que ***“Toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho de dirigirse contra el autor”*** y el 32 ***“procedimiento para reparar”***, se hace claridad sobre la trascendencia de reparar a la víctima, sin interesar si es por la vía penal, civil, administrativa o disciplinaria, siempre y cuando cumpla con los presupuestos de proporcionalidad, oportunidad y celeridad.

4. Ahora bien, en el contexto del proceso de la Ley 975 de 2005, para hacer valer los derechos, las víctimas cuentan con la posibilidad de designar abogado de confianza (art. 36) o de obtener la asistencia y representación de la Defensoría del Pueblo (inciso 2º, artículo 34), Ministerio Público (art. 28) o los Actores Populares, que conforme a la Sentencia T-219 de 2003, expresamente contempla esta posibilidad en el evento de graves atentados contra los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario o de grave puesta en peligro de la paz colectiva, entre otros.

A la fecha, la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia ha hecho especial mención a los derechos de las víctimas en dos de sus pronunciamientos, por vía de apelación, así: radicado 27.052, 23 de mayo de 2007, magistrado ponente Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón y radicado No. 28.250, 25 de septiembre de 2007, magistrada ponente doctora María del Rosario González de Lemus. Las decisiones reconocen los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y reiteran la imperiosa obligación del operador judicial para que en todas las actuaciones se observen prioritariamente estos designios.

5. En la actualidad, la Salas de Justicia y Paz, sobre todo del Tribunal de Bogotá, están conociendo de solicitudes de reparación a instancias de lo previsto en el artículo 42, inciso segundo de la ley 975 de 2005.

No pocas dificultades se han encontrado al momento de abordar estos trámites. En primer término, los antecedentes de la ley resultan poco comprensibles para desentrañar la razón por el cual el legislador introdujo la posibilidad de intentar reparaciones sin que exista un responsable conocido.

Por otra parte, los decretos reglamentarios expedidos por la Presidencia de la República parecen restringir con sus disposiciones la posibilidad de que las víctimas puedan recurrir a la judicatura en procura del inicio del incidente del referido cuerpo normativo. La razón radica en que se exige para la procedencia del trámite la declaración judicial de responsabilidad solidaria de miembros postulados pertenecientes al mismo frente o bloque con asiento en el lugar donde ocurrió el hecho dañoso.

Con apoyo en los mentados decretos reglamentarios de la ley de justicia y paz, la Sala de Bogotá ha venido desechando la posibilidad de abrir trámites reparatorios cuando no existe responsable conocido, en el entendido de que se hace necesario el agotamiento de múltiples pasos del procedimiento de la ley 975 de 2005, que conduzcan a la declaración en sentencia de la denominada responsabilidad solidaria del bloque desmovilizado, con lo cual puede hacerse más gravosa la situación de las víctimas dentro de este proceso.

En procura de evitar la prolongación de situaciones de mayor victimización a los perjudicados con los hechos de violencia del país, la Sala de Bogotá explora posibilidades como la de otorgar plazos razonables a la Fiscalía General de la Nación para adelantar los trámites procesales con los postulados y facilitar el recurso efectivo de acceso a la justicia.

También analiza la judicatura que, no obstante la letra de los decretos reglamentarios, con fundamento en diversos instrumentos internacionales, se hace imperioso garantizar a las víctimas el acceso efectivo a un mecanismo judicial de reparación e iniciar las actuaciones donde no haya responsable conocido, incluso sin la existencia de la declaración judicial de responsabilidad solidaria.

Como se observa, en la judicatura colombiana, en todas sus instancias, existe una vocación indeclinable de propender a la reparación de las víctimas y a garantizar efectivamente su acceso en procura de que se garanticen sus derechos a verdad, justicia, reparación y no repetición de actos que entrañen violación a los derechos humanos.

RÉGIMEN DE SANCIONES EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES

Juan Carlos Pérez Galindo

Juez 6º Penal de Adolescentes con función de control de garantías

Juez Coordinador del Centro de Servicios Judiciales

117

Marco Normativo

- Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del Niño, de noviembre 20 de 1989.
- Pacto Internacional del Derechos Civiles y Políticos.
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General en la Resolución 40/33, de noviembre 28 de 1985.
- Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112 de diciembre 14 de 1990.
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/100, de diciembre 13 de 1990.
- Constitución Política de Colombia.
- Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006).
- Código de Procedimiento Penal (Ley 906 del 31 de agosto de 2004).
- Código Penal (Ley 599 del 24 de julio de 2000).

Consideraciones Previas

En primer término, no hay que olvidar que la Convención sobre los Derechos de la niñez es un tratado internacional que reconoce los derechos de los niños y las

niñas en 41 artículos esenciales, y establece en forma de ley internacional para los Estados Partes, la obligación de garantizar a todos los niños –sin ningún tipo de discriminación– el beneficio de una serie de medidas especiales de protección y asistencia; acceso a la educación y atención médica; condiciones para desarrollar plenamente su personalidad, habilidades y talentos; un ambiente propicio para crecer con felicidad, amor y comprensión; y la información sobre la manera en que pueden alcanzar sus derechos.

En tratándose de la responsabilidad penal para adolescentes en Colombia, se ha establecido que tanto el proceso como las medidas que se adopten deberán ser de carácter **PEDAGÓGICO, ESPECÍFICO y DIFERENCIADO** respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral, y que durante el proceso se deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño. Además, se determinó que las sanciones tienen una finalidad **PROTECTORA, EDUCATIVA y RESTAURATIVA**, y se aplicarán con el apoyo de la familia y de especialistas.

De la misma manera, se estableció que los principios y definiciones consagrados en la Constitución Política, así como en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la Ley 1098 de 2006, se aplicarán al Sistema de Responsabilidad para Adolescentes, disponiendo que en caso de conflictos normativos entre las disposiciones del Código de la Infancia y la Adolescencia y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño. Así mismo, estipuló que bajo ningún pretexto la protección integral puede servir de excusa para violar los derechos y garantías de los niños, las niñas y los adolescentes.

La Regla No. 5 de Beijing establece que cualquier respuesta al adolescente que ha infringido la ley penal, deberá ser **PROPORCIONADA y ADECUADA** a las circunstancias propias del delincuente y el delito, a fin de evitar sanciones puramente penales, para lo cual deberá tenerse en cuenta el **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**, constituido para limitar las sanciones punitivas, valga decir, para evitar que el criterio de la sanción sea que el adolescente “reciba su merecido según la gravedad del delito”. La sanción no solamente debe fundarse en la gravedad del delito, sino además, en las circunstancias personales del joven, v. gr. condición social, situación familiar, daño causado, esfuerzo del delincuente para indemnizar, entre otros, debiéndose promover, en la mayor medida posible, el bienestar del joven.

Para ello, en aras de adoptar la decisión que en derecho corresponda, deberá efectuarse una “investigación completa sobre el medio social y las condiciones

en que se desarrolla la vida del menor”, esto es, que existan servicios sociales que preparen informes especializados basados en investigaciones de carácter social.

Las sanciones en el sistema de reponsabilidad Juvenil Colombiano

El Código de la Infancia y la Adolescencia establece, en el artículo 177, las siguientes sanciones aplicables a los adolescentes:

1. La amonestación.
2. La imposición de reglas de conducta.
3. La prestación de servicios a la comunidad.
4. La libertad asistida.
5. La internación en medio semi-cerrado.
6. La privación de libertad en centro de atención especializado.

1. El artículo 182 define la amonestación como “la recriminación que la autoridad judicial le hace al adolescente sobre las consecuencias del hecho delictivo y la exigencia de la reparación del daño”. Además, dispone que en todos los casos deberán asistir a un curso educativo sobre respeto a los derechos humanos y convivencia ciudadana que estará a cargo del Instituto de Estudios del Ministerio Público.

El curso de amonestación dirigido a los jóvenes a quienes se les ha impuesto esta sanción, se está desarrollando en tres sesiones en las que los temas transversales son: Derechos humanos y Convivencia ciudadana, de acuerdo con lo establecido en el artículo 182 del Código de la Infancia y la Adolescencia, teniendo de fondo los contenidos establecidos y el propósito de favorecer su interiorización, para lo cual se desarrollan los siguientes temas: Autorreconocimiento, proyecto de vida y manejo de límites.

El curso lo desarrolla un equipo docente compuesto por un Psicólogo, una Psiquiatra, un Antropólogo y un Trabajador Social, a través de talleres didácticos buscando favorecer la participación de los adolescentes y pretendiendo que los contenidos sean de utilidad para ellos. En cuanto a las fechas señaladas para la iniciación del curso, se tiene en cuenta la existencia de un número mínimo de cuatro jóvenes, lo cual se adelanta en coordinación con el Centro de Servicios Judiciales para Adolescentes. En la medida de lo posible se inicia cada curso la primera semana de cada mes, y los módulos se desarrollan durante tres viernes seguidos en horario de 2:00 a 4:00 de la tarde.

2. El artículo 183 describe las reglas de conducta como la imposición por la autoridad judicial al adolescente de obligaciones o prohibiciones para regular su modo de vida, así como promover y asegurar su formación. Esta sanción no podrá exceder los dos (2) años.

Las reglas de conducta las determina el Juez de Conocimiento en la Sentencia, de acuerdo al delito cometido por el adolescente y a su problemática individual, entre las cuales contamos con:

1. No asistir a lugares públicos prohibidos para menores de edad (bares, billares, discotecas, casas de juego y casinos, entre otros).
2. Abstenerse de consumir bebidas alcohólicas o sustancias alucinógenas.
3. Abstenerse de portar armas cortopunzantes o de fuego.
4. Ocupar su tiempo libre en actividades lícitas (estudio, trabajo, deporte).
5. No permanecer fuera de la casa de habitación después de las 8:00 de la noche.
6. Abstenerse de integrar pandillas juveniles, de frecuentar amigos o compañías que lo induzcan al vicio o al delito.
7. Mantener buena conducta individual, familiar y social.
8. No salir de la ciudad sin previa autorización del Juzgado y concepto favorable del área de Trabajo Social.
9. Asistir a un Programa de Psicología, para que se le suministre tratamiento psicológico según lo amerite el caso.

Para dar cumplimiento a esta sanción, se suscribe un Acta de Imposición de Reglas de Conducta, la cual se lleva a cabo en conjunto con el representante legal del joven. Así mismo, se establece la fecha de presentación para efectos de verificación de la misma.

3. La prestación de servicios sociales a la comunidad, es la realización de tareas de interés general que el adolescente debe realizar, en forma gratuita, por un período que no exceda de 6 meses, durante una jornada máxima de ocho horas semanales preferentemente los fines de semana y festivos o en días hábiles pero sin afectar su jornada escolar.

Se encuentra prohibido el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o que entorpezca la educación del adolescente, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

De acuerdo a los lineamientos Técnico administrativos creados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para la atención de adolescentes en el Sistema

de Responsabilidad Penal en Colombia, deben responder al carácter de servicios de reparación social y se deben organizar con la participación de las entidades territoriales, los Consejos de Juventud Municipales, Consejos Estudiantiles de las instituciones educativas, observatorios de Infancia y Familia y, la representación de las comunidades afectadas, a fin de definir y adecuar los servicios concretos a los cuales pueden ser remitidos los adolescentes.

Se identifican en primera instancia actividades frente a la comunidad actividades tales como:

- a) Participación en campañas de cuidado y conservación del medio ambiente;
- b) Acompañamiento de población vulnerable: ancianos, enfermos, niños en situación de calle, desplazados, víctimas de desastres naturales;
- c) Acompañamiento de actividades lúdicas, recreativas y deportivas;
- d) Apoyo en programas sociales dirigidos a poblaciones específicas (discapacidad, prevención de desastres, de consumo de sustancias psicoactivas, campañas de salud y vacunación, entre otras);
- e) Oficios relacionados con el mantenimiento y estética de la ciudad: aseos, jardinería, entre otros.

4. El artículo 185 del CIA define la libertad vigilada, como la concesión de la libertad que da la autoridad judicial al adolescente con la condición obligatoria de someterse a la supervisión, la asistencia y la orientación de un programa de atención especializada. Esta medida no podrá durar más de dos años.

Esta sanción está a cargo de la Oficina de Pastoral para la Niñez y la Familia “OPAN” y de la Asociación Cristiana de Jóvenes “ACJ”.

El proceso de atención de la “OPAN” se desarrolla en cuatro etapas:

1. Inducción y Acogida
2. El Compromiso
3. El apoyo
4. El informe del cese del proceso

La Institución cuenta con atención psicosocial que consiste en estudio de diagnóstico e intervención de las condiciones individuales, familiares y sociales, en diferentes escenarios:

Entrevistas con el o la joven y su familia.

Elaboración y seguimiento al Plan de atención integral individual de manera conjunta.

Estudios de casos

Visitas domiciliarias

Atención en crisis.

Los programas que se desarrollan en la OPAN son:

- Padres y Madres Adolescentes: Es un espacio dirigido a los y las jóvenes que se encuentran en periodo de gestación o que ya son padres (todos los jueves de 8:00 a.m. a 4:00 p.m.)

Servicios y horarios para los jóvenes y las jóvenes:

- Crecimiento personal (dos veces por semana jornada mañana o tarde)
- Actividades artísticas, recreativas, deportivas y educación física (dos veces por semana jornada mañana o tarde)
- Educación - ciclos III (6° y 7°) y IV (8° y 9°)
- Capacitación (todos los días en jornada mañana o tarde)
- Actividades Pedagógicas (salidas a parques, museos, rumba sana, etc.).

Horarios solo Padres o Acudientes

- Fortalecimiento del vínculo parental (un viernes al mes 5:45 p.m.)
- Reconocimiento de la historia parental (un viernes al mes 5:45 p.m.)
- Grupos de Apoyo (un viernes al mes 5:45 p.m.)

Horarios encuentros con Familias

- Asambleas familiares (un domingo al mes 8:45 a.m.)
- Conversatorios (un domingo al mes 8:45 a.m.)
- Talleres vivenciales (un domingo al mes 8:45 a.m.)
- Espacios de conciliación (un domingo al mes 8:45 a.m.)

Los talleres que desarrolla la OPAN están orientados a la formación en habilidades y destrezas mediante procesos de capacitación en espacio técnicos, para el desarrollo de competencias socioocupacionales, tales como sistemas, joyería, corte

y confección y panadería. El programa cuenta además con servicios de valoración nutricional y el soporte nutricional (refrigerio) y un auxilio económico a fin de facilitar el desplazamiento y garantizar la participación en el proceso de atención.

5. La sanción denominada medio semicerrado, consiste en la vinculación del adolescente a un programa de atención especializado al cual deberán asistir obligatoriamente durante horario no escolar o en los fines de semana. Esta sanción no podrá ser superior a tres años.

- Modalidad de Internado Abierto (24 horas al día) - Sin privación de la libertad, jóvenes con sanción, desvinculados del sistema educativo, no cuentan con red de apoyo familiar o esta no les garantiza el cumplimiento de sus derechos.
- Modalidad de Seminternado (8 horas diarias) – Jóvenes cumplen sanción, se les vincula académicamente y cuentan con red de apoyo familiar.
- Modalidad de externado (4 horas diarias) – Joven cumplen sanción, posee grupo familiar, está vinculado a un programa educativo.

Modalidad de Internado Abierto 24 horas

Se desarrolla en el Centro de Orientación Juvenil Luis Amigó en Cajicá, Cundinamarca; programa dirigido y administrado por la Congregación de religiosos Terciarios Capuchinos adscrito al Sistema Nacional de Bienestar Familiar. Ofrece atención las 24 horas del día, aclarando que es de carácter abierto y no se constituye en Sanción privativa de la libertad para los adolescentes hallados responsables de la comisión de un delito. La institución ofrece a los adolescentes un Proyecto de Atención Integral que comprende las aéreas: Formativa, académica, técnica, pastoral, psicológica, trabajo social y salud.

Talleres de inducción, para los adolescentes que acaban de ingresar como son: Terapia ocupacional y de guadua y bambú.

Talleres prelaborales: carpintería, metalistería, panadería, mecánica automotriz.

Talleres vocacionales: restauración, artes, manualidades y sistemas

Los talleres prelaboral y vocacional se desarrollan con transferencia tecnológica del Sena y certificación del mismo.

Consulta médica, odontológica y nutricional, remisión a especialista y exámenes clínicos.

La institución desarrolla otros proyectos en beneficio de los adolescentes como son: Educación sexual; prevención en el uso, consumo y abuso de sustancias

psicoactivas; prevención de riesgos y desastres; atención e intervención a la familia; pacto de convivencia, prevención, mediación y resolución de conflictos y el maltrato; deportes, recreación, cultura y arte, y medio ambiente.

Modalidad Externado 4 horas diarias

La institución que desarrolla el programa es la Oficina de Pastoral para la Niñez y la Familia “OPAN” de la Congregación de Religiosos Terciarios Capuchinos. Presta sus servicios de lunes a viernes en jornada contraria a la escolar.

La institución ofrece a los adolescentes un proyecto de atención psicosocial y grupal, atención alimentaria, apoyo en transporte, capacitación técnica, educación artística, recreativa y deportiva, educación por ciclos.

Finalmente, tenemos que la privación de la libertad, en centro de atención especializada, se aplicará a los adolescentes mayores de dieciséis (16) y menores de dieciocho (18) años que sean hallados responsables de la comisión de delitos cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de (6) años de prisión. En estos casos, la privación de libertad en centro de atención especializada tendrá una duración de uno (1) hasta cinco (5) años.

En los casos en que los adolescentes mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años sean hallados responsables de homicidio doloso, secuestro o extorsión, en todas sus modalidades, la privación de la libertad en centro de atención especializada tendrá una duración de dos (2) hasta ocho (8) años.

Parte de la sanción impuesta podrá ser sustituida por el establecimiento de presentaciones periódicas, servicios a la comunidad, el compromiso de no volver a delinquir y guardar buen comportamiento, por el tiempo que fije el juez. El incumplimiento de estos compromisos acarreará la pérdida de estos beneficios y el cumplimiento del resto de la sanción inicialmente impuesta bajo privación de libertad.

Si estando vigente la sanción de privación de la libertad el adolescente cumpliera los dieciocho (18) años, esta podrá continuar hasta que este cumpla los veintiún (21) años. En ningún caso esta sanción podrá cumplirse en sitios destinados a infractores mayores de edad.

Los Centros de Atención Especializada tendrán una atención diferencial entre los adolescentes menores de dieciocho (18) años y aquellos que alcanzaron su mayoría de edad y deben continuar con el cumplimiento de la sanción. Esta atención deberá incluir su separación física al dentro del Centro.

Los adolescentes cumplen la privación de la Libertad en la Escuela de Trabajo El Redentor y, las adolescentes en el Hogar Femenino Luis Amigó, instituciones dirigidas y administradas por la Congregación de Religiosos Terciarios Capuchinos adscrito al Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

La institución ofrece a los adolescentes un Proyecto de Atención Integral que comprende las áreas: Formativa, académica, técnica, pastoral, psicológica, trabajo social y salud.

Escuela de Trabajo El Redentor

Talleres de inducción para los adolescentes que acaban de ingresar, donde se realiza un diagnóstico de habilidades y destrezas para el trabajo, es dictado por una Terapeuta Ocupacional; la permanencia en este taller depende de las capacidades de cada joven en cuanto a aprendizaje y preparación escolar.

Luego de pasar por el Taller de Inducción, el adolescente es ubicado en uno varios de los talleres que a continuación se relacionan.

- Madera: Arte y madera, decomadera, ebanistería, carpintería.
- Mecánica básica (ajuste) y mecánica avanzada (tornos).
- Cerámica.
- Artesano.
- Panadería.
- Cerografía (screen, plantillas, pancartas, etc.).

Hogar Femenino

- Belleza integral
- Panadería
- Modistería
- Sistemas.

La institución desarrolla otros proyectos en beneficio de los adolescentes, como son: Educación sexual, prevención en el uso, consumo y abuso de sustancias psicoactivas, prevención de riesgos y desastres, atención e intervención a la familia, pacto de convivencia, prevención, mediación y resolución de conflictos y el maltrato. Deportes, recreación, cultura y arte, medio ambiente. La institución cuenta con programa de comunidad terapéutica, a la que concurren los adolescentes con problemática de adicción a psicoactivos y con problemas de conductas desadaptativas.

Por último, en tratándose de los criterios para la definición de las sanciones, el artículo 179 del CIA señala que deberán tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

1. La naturaleza y gravedad de los hechos.
2. La proporcionalidad e idoneidad de la sanción atendidas las circunstancias y gravedad de los hechos; las circunstancias y necesidades del adolescente y las necesidades de la sociedad.
3. La edad del adolescente.
4. La aceptación de cargos por el adolescente.
5. El incumplimiento de los compromisos adquiridos con el Juez.
6. El incumplimiento de las sanciones.

La Convención sobre Derechos del Niño, prescribe la excepcionalidad de las medidas de privación de libertad para los adolescentes (artículo 37), que unida al principio de brevedad en la privación de la misma, invita a los Estados a que adopten todas las medidas que protejan la dignidad del adolescente, favoreciendo el respeto de los Derechos Humanos y la reintegración a la sociedad. La privación de la libertad debe ser limitada, y solo para aquellos casos donde se han lesionado gravemente los derechos a la vida y la integridad física de las personas, la libertad individual y por delitos sexuales, entre otros, y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), menciona que únicamente podrá recluirse a los jóvenes en instituciones como **ÚLTIMO RECURSO y POR EL PERIODO MÍNIMO NECESARIO**.

En la Regla 18 de Beijing, se consagran diversas clases de sanciones, las cuales pueden aplicarse de manera simultánea, a fin de evitar al máximo la privación de la libertad; sanciones que deben cumplirse con el apoyo de la familia, salvo excepciones particulares. Aclara dicho instrumento internacional, que resulta preferible las sanciones en establecimientos “abiertos”, que dicho sea de paso, debe ser de tipo correccional o educativo, a la imposición de sanciones en establecimientos “cerrados a su turno, en la Regla 17 se establecen los principios rectores de la decisión judicial; principios que deben ser orientados por la **PROPORCIONALIDAD**, no solo para las circunstancias y gravedad del delito, incluida la víctima, sino para las circunstancias del adolescente y de la sociedad. Sobre este preciso tópico, el literal c) de la mencionada regla, prevé que únicamente procede la privación de la libertad cuando se cometa un acto grave donde concurra violencia contra la persona, o por la reincidencia a cometer delitos graves.

De otra parte, la privación de la libertad deberá restringirse de manera excepcional y como último recurso, así como por el plazo más breve posible. Se señala que el grado de eficacia entre las sanciones en establecimientos penitenciarios y las que excluyen dicho confinamiento, resulta pequeño o inexistente, debido a las múltiples influencias negativas que genera la privación de la libertad.

El doctor Jesús Morant Vidal, abogado, profesor español colaborador con el Instituto Valenciano de Seguridad Pública, en el documento denominado “La Delincuencia Juvenil”, al referirse a los tipos de respuesta estatal frente al problema de la delincuencia juvenil, sostiene que las medidas empleadas para combatir la criminalidad, esto es, el aumento de policía, aumento y endurecimiento de las sanciones y el aumento del número de detenidos, “no constituyen medios eficaces para disminuir los índices de criminalidad”.

Menciona el citado profesor, que los instrumentos internacionales (Directrices de la Riad y Reglas de Beijing, entre otros), propenden a minimizar el uso del sistema tradicional de justicia para resolver los conflictos generados por la delincuencia juvenil, lo cual implica minimizar la intervención estatal, dando mayor prioridad a la intervención de otros grupos de vida social, como la familia, la escuela y la comunidad; minimizar el encarcelamiento o medidas de internamiento, limitándolo únicamente para circunstancias excepcionales; y de acuerdo a las circunstancias del adolescente, las condiciones de avance y progreso en el tratamiento o ejecución de la medida, flexibilizar las medidas y sanciones para obtener una mayor personalización de la medida.

En el documento “Mecanismos Restaurativos en las nuevas Legislaciones Penales Juveniles: Latinoamérica y España”, elaborado por la doctora RITA MAXERA, se consigna que debe establecerse una amplia gama de sanciones (medidas) con una finalidad pedagógica, dentro de las cuales la que implique privación de la libertad, deberá ser impuesta de manera excepcional, reservada para los delitos más graves y utilizadas en tanto no sea posible aplicar una sanción diferente. En cuanto a las sanciones no privativas de la libertad, coinciden varios países latinoamericanos en establecer dentro de su sistema legal las sanciones de amonestación, libertad asistida, prestación de servicios a la comunidad, entre otros, excepto en el caso de la libertad asistida, que no opera en Panamá, Paraguay y Uruguay.

En el siguiente cuadro se detallan las diversas sanciones no privativas de la libertad previstas en las legislaciones de algunos países latinoamericanos:

País	Orientación y Apoyo	Amonestación	Libertad Asistida	Prestación de servicios a la comunidad	Reparación del daño	Órdenes de orientación-reglas de conducta
Bolivia		Si	Si	Si		Si
Brasil		Si	Si	Si	Si	Si
Costa Rica		Si	Si	Si	Si	Si
Ecuador	Si	Si	Si	Si	Si	Si
El Salvador	Si	Si	Si	Si		Si
España		Si	Si	Si		Si
Guatemala		Si	Si	Si	Si	Si
Panamá		Si		Si	Si	Si
Paraguay		Si		Si	Si	Si
Perú		Si	Si	Si		
Uruguay	Si	Si		Si	Si	Si

* Tomado de “Mecanismos Restaurativos en las nuevas Legislaciones Penales Juveniles: Latinoamérica y España”, elaborado por la doctora RITA MAXERA.

Dentro de las principales reglas de conducta u orientación y apoyo sociofamiliar tenemos:

- Instalarse en un lugar de residencia
- Abandonar el trato con determinadas personas
- Prohibir la visita a bares, discotecas
- Matricularse en un centro educativo formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio
- La inclusión en programas ocupacionales
- Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o hábito
- Ordenar el internamiento del adolescente o tratamiento ambulatorio en programas de salud, público o privado, para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas.

País	Internación Medio Semicerrado	Privación de libertad en centro de atención especializado	Domiciliaria
Colombia	Si	Si	No
Nicaragua	Si	Si *	Si
Uruguay	Si (Semilibertad)	Si	No
Costa Rica	Si	Si (Máximo 15 Años)	Si
Panamá	Si (Semilibertad)	Si **	Si

* Hay tres (3) clases de privación de libertad: 1. Domiciliaria; 2. Durante tiempo libre; y 3. En centro especializado.

En Nicaragua la privación de libertad se aplica en los siguientes delitos:

Asesinato atroz	Asesinato	Homicidio Doloso	Infanticidio
Parricidio	Lesiones Graves	Violación	Abusos deshonestos
Rapto	Robo	Tráfico de drogas	Incendio y otros
Envenenamiento de agua potable u otros			
Cuando haya incumplido otras medidas			

** Procede por los delitos de homicidio doloso, violación, secuestro, robo, tráfico de drogas y terrorismo, o por el incumplimiento de sanciones.

Seguimiento de las Sanciones

El equipo de asistentes sociales del Centro de Servicios Judiciales para Adolescentes, en el seguimiento de las sanciones impuestas por los Jueces de Conocimiento, se encarga de verificar la asistencia y compromiso del adolescente al curso educativo sobre Respeto a los Derechos Humanos y Convivencia Ciudadana a cargo del Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Verifica el cumplimiento de la sanción de reglas de conducta por parte del adolescente, mediante requerimiento del mismo y su representante legal y, en caso de encontrarse institucionalizado con medida de protección, a través de la coordinación con la institución que lo tenga a su cargo.

Comprueba que las tareas de Servicios Sociales a la Comunidad estén siendo ejecutadas adecuadamente por el adolescente, sin que se ponga en riesgo su integridad, desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social y, sin entorpecer el proceso educativo del mismo (párrafo único del art. 184 ibídem).

Verifica que mediante la sanción de libertad vigilada el adolescente fortalezca su capacidad de actuar en el reconocimiento de la responsabilidad por sus actos, el respeto por los derechos de los demás, la reparación a las personas afectadas como consecuencia de la infracción y la búsqueda de su desarrollo humano integral.

Verifica que mediante la sanción de Medio Semicerrado el adolescente se le restablezca su derecho a la educación, ya sea en aulas regulares o no regulares, y si el adolescente cuenta o no con el apoyo familiar, y las redes de apoyo con que cuenta el grupo familiar.

Vigila que el modelo restaurativo aplicado al adolescente mediante la sanción de Privación de la libertad, genere un cambio en él, y represente un aporte constructivo y positivo a su vida; generando la reflexión acerca de las normas sociales, los derechos y deberes de las personas y la importancia de asumir la responsabilidad por los actos y encontrar formas de relacionarse a través del respeto; teniendo en cuenta los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política y aquellos enunciados para los adolescentes privados de la libertad en la presente ley. (Artículo 188 *ibidem*);

Casos

1. Caso No. 1001600002820070116701

Delito: Homicidio Agravado

El 19 de abril de 2007, el adolescente ..., de 15 años de edad, estudiante del grado once, a raíz de las llamadas de atención que el señor JOSÉ JAIME ROJAS, rector del establecimiento educativo, le hacía por diversos comportamientos contra la disciplina en el plantel, entró a la rectoría armado de un cuchillo y le propinó tres puñaladas en la región dorsal superior que le causaron la muerte.

En diligencia de formulación de la imputación por homicidio agravado, el adolescente se allanó a los cargos. La Fiscalía solicitó internamiento preventivo, la cual fue decretada por el Juez de Control de Garantías, a cumplir en la Escuela de Trabajo El Redentor. El defensor interpuso recurso de apelación, empero, la decisión fue confirmada.

El Juzgado de Conocimiento, en audiencia de individualización de sanción impuso al adolescente..., treinta (30) meses de privación de libertad en centro de atención especializada, habiendo dispuesto oficiar al ICBF para que “tome cartas en la adecuación del programa educativo en la que se ejecutara la privación de la libertad”. Consideró que resultaba idóneo, razonable, ponderado, necesario y útil la privación de la libertad, pues la rehabilitación del sancionado no puede lograrse con sanción distinta de la prevista en el canon 177 del CIA, dada la gravedad del hecho cometido.

En segunda instancia, que confirmó la decisión del Juzgado de Conocimiento, se consideró que de conformidad con las reglas de Beijing, adoptadas por la Asamblea de la Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, la privación de la libertad debe contribuir a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad y tiene como objetivo el

bienestar de los menores y que la sanción sea proporcionada al delincuente y al delito; que el artículo 178 del CIA consagra como finalidad de las sanciones para adolescentes, la protección, educación y restauración que deben conseguirse con el apoyo de la familia y de especialistas.

Consideró que el juez, no solo al estudiar la clase de sanción a imponer, sino cuando se impetra la sustitución de la medida, “debe considerar tales aspectos (criterios del artículo 179) y solo si el balance es favorable a la solicitud podrá concederla a cambio de presentaciones periódicas, servicios a la comunidad, compromiso de no volver a delinquir y guardar buen comportamiento por el tiempo que fije el juez, bajo la amenaza de que su incumplimiento causara la pérdida del beneficio o beneficios concedidos y la satisfacción del resto de la sanción privativa de la libertad (inciso 4º art.187 *ibídem*)” (H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Asuntos Penales para Adolescentes, sentencia de segunda instancia de septiembre 10 de 2007, M. P. Dr. Alberto González Gómez).

También precisó el H. Tribunal, que aunque las sanciones tienen carácter pedagógico, no puede ignorarse la gravedad y modalidad de la conducta delictiva. Resaltó que por las llamadas de atención motivadas por infracciones disciplinarias, se privó de la vida al rector del Colegio que estaba contribuyendo con su formación y educación, lo cual significa que los principios y valores que se procuraba fomentar no fueron suficientes para contener los impulsos delictivos del adolescente. Por ende, consideró que la sanción penal se hacía necesaria para que en el centro especializado, y con la colaboración del ICBF, se le infundiera el respeto a la vida y demás bienes jurídicos protegidos de las personas, la sociedad y el Estado, para que una vez educado en tales valores, pueda regresar al seno de la familia y de la sociedad.

Además, “porque si bien se afirma la existencia de los derechos de los niños de forma preferente sobre los demás, no es menos cierto que también deben sopesarse los derechos de los otros y de la misma sociedad que no podía aceptar un mensaje negativo en esta materia, pues, no entendería que un delito de tanta gravedad resultara sancionado con un mínimo de privación de la libertad, como el que hasta ahora lleva este adolescente. Y menos aun cuando, según el estudio de la defensora de familia, la conformada por los padres del menor, no está en condiciones de contribuir a su recta formación porque no tiene normas de conducta, y no ofrece la orientación adecuada a sus integrantes. Entonces el derecho de los adolescentes de ser mantenido durante la ejecución de la sanción, preferentemente, en su medio familiar, no puede otorgarse porque su entorno familiar no reúne las condiciones requeridas para su desarrollo integral (art.180-1 de la CIA)” (*Ibídem*).

En conclusión, señaló que el confinamiento en centro especializado resulta necesario, como último recurso en aras no solo de la protección de los derechos del adolescente sino también del interés del Estado y de la sociedad para que los niños, esperanza de un futuro mejor, sean sustraídos de estas actividades delictivas mediante el ejercicio de una educación que refuerce los principios y valores que aparecen inexistentes o debilitados con la realización de delitos como el ejecutado por este adolescente.

2. Caso: 110016101657200780040

Delito: Hurto agravado

El 21 de marzo de 2007, el joven ... despojó del teléfono celular a NELSON ENRIQUE CENTENO DÍAZ, en momentos en que este último se encontraba utilizándolo. Momentos más tarde fue capturado por el dueño del teléfono y por varios ciudadanos. El adolescente opuso resistencia y agredió en el rostro a CENTENO DÍAZ. El artefacto fue avaluado en ochocientos mil pesos, y no fue recuperado.

En la diligencia de formulación de la imputación por el delito de hurto agravado, el adolescente aceptó los cargos formulados en su contra.

El Juzgado de Conocimiento impuso la sanción de internación en medio semicerrado, durante nueve meses, a cumplir en el “Centro de Orientación Juvenil Luis Amigó de Cajicá, Cundinamarca, con vinculación a la Comunidad Terapéutica, a fin de que se le brinde asistencia para superar problema (sic) de drogadicción que padece; así como a programa de atención especializado y al servicio de seminternado no privativo de libertad para adolescente desescolarizado, con la claridad que una vez se realice la vinculación al sistema educativo, el adolescente pasará al servicio de externado para continuar con la medida; debiéndose tener en cuenta lo establecido en arts... 178 y 180 del Código de Infancia y la Adolescencia”. Lo anterior, en razón del peligro físico y moral en que se encuentra debido a la desvinculación de sus actividades académicas y en razón de su experiencia con sustancias psicoactivas, su vinculación a pares negativos y el mal manejo del tiempo libre.

En segunda instancia, se consideró que por las circunstancias señaladas para el cumplimiento de la sanción, se desnaturalizó la misma, al punto que la sanción se convirtió, de hecho, en una privación de la libertad, toda vez que el adolescente reside en Bogotá y el cumplimiento de la sanción debe cumplirse en un centro localizado en Cajicá - Cundinamarca, sin que aquel diariamente pueda trasladarse desde su domicilio hasta dicha Institución, debido a la falta de

recursos económicos, lo cual desconoce el principio de legalidad de la sanción. Dicha circunstancia fue objeto de modificación.

Si la internación en medio semicerrado consiste en la vinculación del adolescente a un programa de atención especializado al cual deberá asistir obligatoriamente durante horario no escolar o en los fines de semana, el juez no se encuentra legitimado para desconocer esa regla de derecho.

Para la dosificación de la sanción, el Juzgado de Conocimiento tuvo en cuenta los criterios para la definición de las sanciones consagrados en el artículo 179 de la Ley 1098, y tomó en consideración el sistema de cuartos consagrado en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000.

Para la determinación del cuarto punitivo a aplicar, mencionó el Tribunal, deben tenerse en cuenta las circunstancias de mayor o menor punibilidad consagradas en la Ley 599 de 2000 y, como quiera que ni en la audiencia de formulación de imputación, ni en el escrito de acusación, al adolescente se le pusieron de presente circunstancias de mayor punibilidad, no era factible fijar la pena en los cuartos medios. Tampoco podía valorarse negativamente la existencia de un registro en contra del menor en otro proceso, toda vez que los antecedentes penales no constituyen circunstancias de mayor punibilidad. Por ende, ante la ausencia de circunstancias de mayor punibilidad, la sanción solo podía fijarse en el cuarto mínimo, es decir, desde un día hasta nueve meses de internación en establecimiento semicerrado.

Consideró la segunda instancia, que al tratarse del hurto de un celular avaluado en ochocientos mil pesos, “teniendo en cuenta el daño causado a la víctima, considerando la intensidad del dolo con que actuó el adolescente dado que agredió a aquella cuando intentaba darle captura y teniendo en cuenta la consecuente necesidad de la medida, el Tribunal estima procedente una sanción de nueve meses. Sin embargo, como el menor aceptó cargos en la audiencia de formulación de la imputación, evitando con ello un innecesario desgaste de la administración de justicia y permitiendo la eficacia de esta, se concederá una rebaja del 50%, con lo que la sanción, en definitiva, queda en cuatro meses y quince días”. (H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Asuntos Penales para Adolescentes, sentencia de segunda instancia de junio 8 del 2007, M. P. Dr. José Joaquín Urbano Martínez).

En torno a la intervención del defensor de familia en el proceso penal, el Tribunal precisó que el defensor de familia intervenga en las actuaciones cumplidas ante los jueces penales para adolescentes, con el propósito de asumir la asistencia y protección del menor (Artículo 81.6) y su tarea se concreta en la verificación

de la garantía de los derechos de aquel (Artículo 146). En tal sentido, señaló el Tribunal, es completamente legítimo que tal servidor, en cumplimiento de sus funciones, le sugiera al juez de conocimiento las medidas a imponer al menor pues si estas se orientan, entre otras cosas, a la protección de este (Artículo 178), su concurso resulta muy valioso. Mucho más si con ello no desplaza a la Fiscalía en su función acusadora y si sus criterios tampoco resultan vinculantes para el juez que conoce del proceso.

Caso No. 110016101657200780052-01

Delito: Homicidio Agravado y Fabricación, Tráfico y Porte de Armas de Fuego o Municiones.

El 22 de marzo de 2007, a las 00:20 horas de la madrugada fue ultimado DARWIN FRANCISCO LÓPEZ LÓPEZ, quien recibió un disparo en la región cervical cuando conducía el vehículo de placas WAC 101. La adolescente ... fue capturada junto con otro sujeto, cuando emprendía la huida del lugar de los hechos, llevando consigo un arma de fuego.

En audiencia preliminar de formulación de la imputación por los delitos de Homicidio Agravado en concurso heterogéneo con Fabricación, Tráfico y Porte de Armas de Fuego o Municiones, la adolescente no aceptó su responsabilidad. De otro lado, se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad, consistente en internamiento preventivo en el establecimiento femenino de reclusión “Luis Amigó”.

Durante la audiencia de acusación, la imputada se allanó a los cargos.

El Juzgado de Conocimiento declaró a ... coautora material responsable del delito de Homicidio Agravado en concurso con Fabricación, Tráfico y Porte de Armas de Fuego o Municiones, y le aplicó la sanción de privación de la libertad por 40 meses en Centro de Atención Especializada, a cumplir en el Centro Educativo “Luis Amigó”, para lo cual tuvo en cuenta los criterios previstos en el artículo 179 de la Ley 1098 de 2006, sobre los cuales estableció el criterio para escoger la sanción, especialmente, los referidos a la naturaleza y gravedad de los hechos y la proporcionalidad e idoneidad de la sanción, atendidas las circunstancias y gravedad de los hechos; las circunstancias y necesidades del adolescente y las necesidades de las sociedad.

El a quo indicó que la sanción privativa de la libertad en Centro de Atención Especializado era viable en el presente caso, para buscar la plena formación de la adolescente, así como su normal integración a la familia y la comunidad, dada su problemática anunciada en el informe biopsicosocial rendido por el Defensor

de Familia, relacionado con la falta de atención de la familia de la sentenciada, falta de exigencia y control sobre sus actividades, además que la joven presenta influenciabilidad negativa con sus pares y, no tiene manejo de sus impulsos.

En segunda instancia, el H. Tribunal Superior de Bogotá consideró que no debe desatenderse que la finalidad del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes es buscar establecer medidas de carácter pedagógico, privilegiando el interés superior del niño y garantizando la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño, como así lo efectuó el Juzgado de Instancia, razón por la cual confirmó la decisión.

De otro lado, en cuanto al quantum de la sanción, adujo que el ejercicio valorativo del mismo para el presente caso, se ajusta a los postulados que rigen el proceso de individualización de la pena y surge debidamente soportado en la norma, según la cual, establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse, el sentenciador la impondrá ponderando diferentes aspectos, en los que se incluye la gravedad de la conducta, el daño causado y la intensidad del dolo, entre otros más.

Señaló que “juzgado fijó la pena impuesta amparado en la facultad que le confiere la ley para que en cada caso valore las eventualidades concretas que rodean el hecho específico, atendiendo, como en este caso, la gravedad del delito del homicidio agravado acepado por ..., que bien puede medirse por las circunstancias en que se perpetró la conducta que se reprime y, que para el caso toman mayor relevancia en cuanto se debe ser más drástico en la sanción penal para la imputada, por aliarse con otros dos individuos y aprovechando que la víctima conducía el vehículo, pasó el arma a uno de sus acompañantes, quien impactó en la nuca a Darwin Francisco López, sin importar que era acompañado por el adolescente ...”. (H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Asuntos Penales para Adolescentes, sentencia de segunda instancia de agosto 15 del 2007, M. P. Dra. AÍDA RANGEL QUINTERO).

Así mismo, puntualizó que no debe olvidarse que la regulación judicial de la pena si bien involucra factores objetivos, que pueden ser idénticos respecto a la totalidad de quienes concurran a la comisión de un determinado delito, como el homicidio, también contempla otros de carácter subjetivo que permiten individualizar la sanción de manera dispar dada la particular situación de hecho de cada caso, de conformidad con los aspectos indicados en el inciso tercero del artículo 61 del C.P. y, que para el caso fue lo que no impulsó al juzgado de instancia partir de 60 meses de prisión, que los redujo en la tercera parte (20 meses), por el allanamiento a cargos.

INTERNAMIENTO PREVENTIVO COMO ÚNICA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES

Luz Marina Zamora Buitrago

Jueza 2 Penal de Adolescentes con funciones de control de garantías

137

1. Aspectos generales

El texto de la Ley 1098 de 2006 concibe la figura del internamiento preventivo como única medida de aseguramiento procedente frente a la judicialización de los adolescentes y le reserva la misma finalidad prevista por el legislador en la Ley 906 de 2004 a las medidas de aseguramiento, es decir, como de naturaleza esencialmente procesal, sin que tenga carácter punitivo, destinada a conseguir la intangibilidad de la prueba, la protección de la comunidad, en especial de las víctimas y la comparecencia del imputado o acusado al proceso; sin embargo, en oposición a la situación de judicialización de los mayores de edad, donde no se establece para estas otro objetivo, el legislador de infancia expresamente señala que la imposición de esa medida debe estar gobernada por un carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral y que las autoridades judiciales deberá siempre privilegiar el interés superior del niño¹.

La Corte Constitucional, en sentencia T-115 de 2001, establece que el principio del interés superior del niño surge como desarrollo constitucional de decisiones políticas fundamentales respecto del valor que el menor ocupa en sociedades contemporáneas y señala que para que una decisión judicial esté fundamentada en el referido principio debe reunir al menos cuatro condiciones básicas, a saber: “(1) en primer lugar, el interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir, debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) en segundo término, debe ser dependiente del criterio arbitrario

¹ Artículo 104 de la Ley 1098 de 2006.

de los demás y, por tanto su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo; (3) en tercer lugar, se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado a la protección de este principio; (4) por último debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor”.

Como corolario, tenemos que la labor del Juez de Control de Garantías en esta jurisdicción especial, al momento de decidir sobre la pertinencia de la medida de internamiento preventivo con arreglo al imperativo del interés superior, implica no solo la valoración de la sustentación que hace la Fiscalía General de la Nación, fundamentada en la concurrencia de los presupuestos objetivos y subjetivos establecidos en el Código de la Infancia y la Adolescencia, sino una especial atención al estudio psicosocial del adolescente, que debe contener: situación familiar, económica, social, psicológica y cultural, en este orden de ideas, es básico que se haga en todas y cada una de las decisiones un test de proporcionalidad y ponderación, que incluya la valoración integral de los elementos de juicio mencionados².

Adicionalmente, cabe precisar, que de acceder a tal pretensión, el Juez de control de garantías deberá adoptar todas las decisiones que garanticen el cumplimiento a lo dispuesto en el inciso final del parágrafo 2º del artículo 181 del Código de la Infancia y la Adolescencia, donde se dispone que “mientras se encuentren bajo custodia los adolescentes recibirán cuidados, protección y toda la asistencia social, educacional, profesional, psicológica, médica y física que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales”, verbigracia imponer al Defensor de Familia la obligación de adelantar la actuación administrativa de que trata el artículo 99 *Ibíd*, cuya finalidad es el restablecimiento de los derechos de que son titulares los adolescentes Colombianos.

2. Requisitos constitucionales y legales para imponer una medida de aseguramiento de internamiento preventivo en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes

El Legislador de infancia y adolescencia en el artículo 141 de la Ley 1098 de 2006 señaló que: “Los principios y definiciones consagrados en la Constitución Política, en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la presente Ley se aplicarán en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes”, de

² Ver sentencia T-510 de 2003.

conformidad con este mandato legal, la medida de internamiento preventivo para los adolescentes deberá satisfacer requerimientos de orden internacional: Convención Internacional de los Derechos del Niño, Reglas de Bijing, Directrices de Riad, Constitución Política Colombiana, Código de la Infancia y la Adolescencia, así como ajustarse a las normas que no sean contrarias a la última normatividad citada previstas en la Ley 906 de 2004.

Esta articulación hermenéutica aplicada a cada caso en particular resulta el mayor reto para el Juez de Control de Garantías de esta especial jurisdicción, porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40-3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño “Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se aleguen que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare de haber infringido esas leyes...”

La anterior preceptiva ha de leerse en concordancia con lo dispuesto en las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores “Reglas de Beijing” y en especial con la regla 13.1, que señala que: “Solo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible”.

En cuanto hace a la normatividad constitucional, en el ejercicio hermenéutico al que nos estamos refiriendo tendrán que considerarse los principios fundamentales de la Carta Política, en especial los referidos en los artículos 1, 2, 28 y 29.

El Legislador del Código de la Infancia y la Adolescencia, atendiendo los presupuestos Nacionales y Supranacionales, en el Libro Segundo que trata del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en el artículo 144, expresamente dispone que salvo las reglas especiales de procedimiento definidas, el procedimiento se regirá por las normas consagradas en la Ley 906 de 2004 (Sistema Penal Acusatorio), exceptuando aquellas que sean contrarias al interés superior del adolescente.

Por lo anterior, se deduce que para que se decrete una medida de aseguramiento por parte del Juez de Control de Garantías en esta jurisdicción, deben presentarse elementos materiales probatorios, evidencia física o informes legalmente obtenidos, que permitan hacer una inferencia razonable de autoría o participación en un hecho punible por parte de un adolescente mayor de dieciséis (16) y menor de dieciocho (18) años, al que se le impute la presunta comisión de un delito cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de seis (6) años de prisión o que se trate de un adolescente de catorce (14) y menor de dieciocho (18) años, al que le impute la presunta comisión de un delito de homicidio doloso, secuestro o extorsión, en todas sus modalidades, requisitos de carácter objetivo que están contenidos en el artículo 187 *ibíd.*

Adicionalmente, en el artículo 181 de la Ley 1098 de 2006 se plasmaron los requisitos para que el internamiento preventivo sea procedente, los cuales como ya dijo al igual que en el sistema de adultos están encaminados a conseguir la intangibilidad de la prueba, la protección de la comunidad, en especial de las víctimas y la comparecencia del imputado o acusado al proceso, debiéndose reiterar que en desarrollo del principio del interés superior del niño se hace necesario, que con base en el estudio psicosocial del adolescente presentado por la Defensoría de Familia, el Juez de control de garantías, como Juez Constitucional que es, efectúe una ponderación final que se haga entre los derechos fundamentales del judicializado y la necesidad, adecuación, razonabilidad, proporcionalidad de la medida de cara a los postulados constitucionales y del bloque de constitucionalidad.

Sobre el denominado “interés superior”, que es un principio de suma importancia en la adopción de las decisiones judiciales en esta jurisdicción, se hace necesario para su mayor comprensión traer a colación el desarrollo que sobre su aplicación se plasmó por la Corte Constitucional en la sentencia T-510 de 2003 y se reitera en otros pronunciamientos³, así:

“En resumen: las decisiones adoptadas por las autoridades que conocen de casos en los que esté de por medio un menor –incluyendo a las autoridades administrativas de Bienestar Familiar y a las autoridades judiciales, en especial los jueces de tutela– deben propender, en ejercicio de la discrecionalidad que les compete y en atención a sus deberes constitucionales y legales, a la materialización plena del interés superior de cada niño en particular, en atención a (i) los criterios jurídicos relevantes, y (ii) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado. Para ello, las autoridades deben prestar la debida atención a las valoraciones profesionales que se hayan realizado en relación con dicho menor, y deberán aplicar los conocimientos y métodos científicos y técnicos que estén a su disposición para garantizar que la decisión adoptada sea la que mejor satisface el interés prevaleciente en cuestión”.

Casos

Nota aclaratoria

Los casos propuestos para el estudio de la mesa de trabajo han sido judicializados durante la vigencia del Código de la Infancia y la Adolescencia. (Ley 1098 de 2006).

³ Sentencia T-292 de 2004.

Caso 1.

Distrito Judicial de Bogotá

Audiencia de Imposición de Medida de Internamiento Preventivo

Fecha: 21 de agosto de 2007

Hechos del caso

El día 20 de agosto de 2007, a la altura de la carrera 22 sur con 62, en la ciudad de Bogotá, agentes de la Policía Nacional fueron informados por un ciudadano que dos (2) individuos lo abordaron, una mujer y un hombre, portando un (1) arma cortopunzante, con la que lo intimidaron para despojarlo de su teléfono celular (bien avaluado por la víctima en la suma de \$100.000), procediendo a huir. Posteriormente, es capturada a unas cuadras del lugar de los hechos la adolescente aquí indiciada en compañía de un mayor de edad y al momento de la captura la adolescente sacó de su blusa el teléfono celular de propiedad de la víctima.

La imputación formulada por estos hechos a la adolescente es: Hurto Calificado y Agravado Atenuado.

Concepto psicosocial

Joven de 17 años de edad, desescolarizada, con núcleo familiar compuesto por la unión de hecho de sus padres, con seis hijas, en donde ella es la menor, víctima de la violencia intrafamiliar por parte de su progenitor, quien consume alcohol habitualmente y luego llega a golpear a su esposa e hijas; víctima de abuso sexual a los 7 años de edad, siendo agresor un amigo del padre que vivía en la misma casa. A la edad de 15 años mantuvo una relación con pareja significativa, quien luego de dos años de convivencia es asesinado dejándola sola; desde los 12 años consume sustancias estupefacientes (basuco, marihuana y pegante), reporta ejercer la prostitución para proveerse para el consumo, en su vida en calle ha sido objeto de abusos sexuales, algunas de sus hermanas presentan la misma problemática; relaciones conflictivas con su padre debido a los constantes intentos de abuso sexual por parte de éste, manifestando que su progenitora mantiene una actitud indiferente razón por la cual refiere sentimientos de ira y rencor; físicamente tiene varias cicatrices en su cuerpo, entre ellas una con arma cortopunzante causada por maltrato de su progenitor y por otros, en las vivencias la calle.

Decisión

Luego de verificar que se actualizan los presupuestos objetivos de que trata el inciso 1° del artículo 187 del CIA, pues para el momento de los hechos la

imputada contaba con 17 años de edad y el delito por el que se procede es Hurto Calificado y Agravado Atenuado y subjetivos previstos en los numerales 1° y 3° del artículo 181 del C.I.A., porque las conductas llevadas a cabo permiten inferir que la libertad de la adolescente imputada representa un peligro para la comunidad, así como la falta de arraigo, se le impuso a la imputada, medida de aseguramiento de internamiento preventivo.

De otro lado, luego de una valoración de la particular situación de la adolescente el Juzgado ordenó al Defensor de Familia el inicio y adelantamiento de la actuación administrativa de que trata el artículo 99 del C.I.A., encaminada a adoptar las medidas necesarias a fin de la protección de los derechos de la judicializada, los cuales al parecer vienen siendo vulnerados por sus representantes legales, precisando que si los resultados de la misma dan lugar a ello, deberá instaurarse la correspondiente denuncia penal contra éstos ante la Unidad de Asignaciones de la Fiscalía General correspondiente, para que se les investigue por la comisión de un presunto delito contra su libertad sexual y/o violencia intrafamiliar del que al parecer viene siendo víctima la adolescente.

Adicionalmente, se le impuso al Defensor de Familia la obligación de velar porque durante el término de la duración de la medida de internamiento preventivo se le brinde a la adolescente el tratamiento especializado que conjure los factores de riesgo que fueron ampliamente descritos en el informe biopsicosocial y se dispuso que quincenalmente se allegue a la carpeta de este diligenciamiento un informe sobre el seguimiento que se le haga al diagnóstico y tratamiento que se le brinde a la joven para que al momento de la imposición de la sanción el Juez de Conocimiento cuente con los elementos de juicio necesarios para determinar del catalogo legal cuál es la sanción que atiende el interés superior de N.N.

Caso 2.

Distrito Judicial de Bogotá

Audiencia de Imposición de Medida de Internamiento Preventivo

Fecha: 15 de noviembre de 2007

Hechos del caso

El día 14 de noviembre de 2007, cuando miembros de la Policía Nacional son informados por la central de radio que en la Carrera 6 con calle 1 D de la ciudad de Bogotá, se encontraban dos adolescentes en actitud sospechosa y al

momento de ser requeridos por los uniformados arrojan un maletín al suelo y emprenden la huida; lográndose la captura de los dos (2) menores de edad y que posteriormente un ciudadano se acerca a los policías y refiere que los dos adolescentes capturados, en compañía de un tercero que logró la huida, lo habían abordado e intimidado con un (1) arma corto punzante para despojarlo de un maletín que llevaba consigo y demás pertenencias que llevaba dentro (bienes avaluados por la víctima en la suma de \$200.000).

La imputación fórmulada por estos hechos a la adolescente es: Hurto Calificado y Agravado Atenuado.

Concepto psicosocial

El adolescente convive con su progenitora y el padrastro, proviene de un núcleo familiar recompuesto en segunda ocasión por la progenitora debido a la separación de su pareja anterior a causa de violencia intrafamiliar, siendo víctima actualmente de violencia intrafamiliar derivada de la conducta de su padrastro, habiendo sido sentenciado el progenitor a siete años de prisión por el delito de inducción a la prostitución; reporta consumo de SPA (marihuana...); adolescente que es reincidente a la luz de la antigua y nueva ley de adolescencia; se percibe no elaboración de duelo sobre incidentes críticos, hay presencia de factores de riesgo latentes; se percibe manejo de agendas ocultas en el suministro de la información.

Decisión

Luego de verificar que se actualizan los presupuestos objetivos de que trata el inciso 1º del artículo 187 del CIA, pues en la actualidad, el adolescente cuenta con 17 años de edad y el delito por el que se procede es Hurto Calificado y Agravado Atenuado; y el numeral 3º del artículo 181 de la misma codificación, porque las conductas llevadas a cabo permiten inferir que la libertad del adolescente aquí imputado representa un peligro para la comunidad, la Juez impuso al imputado medida de internamiento preventivo.

De otro lado, se le hizo saber al Defensor de Familia que al joven deberá realizársele valoración psiquiátrica por parte del Instituto de Medicina Legal con la finalidad de establecer si existe daño en la salud del joven debido a los graves antecedentes personales que registra y si este requiere de un tratamiento médico especial para superar tal afección; precisando que el Juzgado librará el oficio correspondiente una vez el Defensor de Familia allegue toda la documentación que repose en

la Defensoría de Familia relacionada con las diferentes judicializaciones que ha soportado el joven y de ser posible copia de la sentencia proferida en contra de su representante legal, quien al parecer fue condenado por un delito del que fue víctima el adolescente; habiéndose señalado que la anterior decisión se adopta con la finalidad que durante el internamiento preventivo se cumplan los fines de la medida de internamiento, señalados en el inciso 2° del parágrafo 2° del artículo 181, así como el derecho a la rehabilitación y resocialización de que trata el artículo 19 del CIA.

Finalmente, luego de una valoración de la particular situación de la adolescente el Juzgado ordenó al Defensor de Familia el inicio y adelantamiento de la actuación administrativa de que trata el artículo 99 del CIA, encaminada a adoptar las medidas necesarias a fin de la protección de los derechos del judicializado, los cuales al parecer vienen siendo vulnerados por sus representantes legales, precisando que si los resultados de la misma dan lugar a ello, deberá instaurarse la correspondiente denuncia penal contra estos ante la Unidad de Asignaciones de la Fiscalía General correspondiente, para que se les investigue por la comisión del delito a que haya lugar.

José Reyes Rodríguez Casas

Juez Penal de Circuito Especializado de Bogotá

145

En la arquitectura de un sistema acusatorio, que en sí mismo tiene por esencia la necesidad ineludible de que todo juicio sea precedido de una acusación, la congruencia está incrustada en el principio de contradicción y la prohibición de la indefensión; de ahí que el marco del juicio esté dado, precisamente, por los límites de la acusación, y que a menos de renunciadas a garantías procesales¹, nadie pueda ser condenado por hechos que no haya podido controvertir en el suceso del juicio, cuya razón de existir es, precisamente, probarlos y someterlos a escrutinio jurídico.

Los derechos a conocer la acusación formulada, a controvertirla y defenderse, como a obtener decisión congruente y justa por un juez imparcial, no solo están integradas al orden jurídico como normas rectoras en la parte axiológica de la Ley 906/04 –art. 15–, sino desde dimensión constitucional, directamente según la norma 29 de la Carta, englobados en el concepto de debido proceso, e integradas dentro del bloque de constitucionalidad, según los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos² y 8 del Convenio Americano Sobre Derechos Humanos³, como que son garantías fundamentales, reconocidas

¹ El imputado puede renunciar a garantías procesales como guardar silencio y el juicio oral, dando paso a los acuerdos, sea por el modo de los allanamientos o los preacuerdos.

² Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor, de modo general y también para Colombia, el 23 de marzo de 1976, en virtud de la Ley 74 de 1968.

³ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor, de modo general y también para Colombia, el 18 de julio de 1978, en virtud de la Ley 16 de 1972.

en tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia; de ahí, también, su trascendencia superlativa.

Ese pues el norte axiológico del imperativo de correlación que con referente en la acusación, se constituye en gobierno de juicios y sentencias. La institución procesal de la congruencia, ciertamente es imprescindible, pero tiene medida, a tono con su razón de ser; no es un valor que se explique a sí mismo, dogma de fe, ajeno a toda discusión, sino que sirve u obedece a un propósito de rango Constitucional. Su finalidad, razón de existir, es asegurar la garantía de contradicción, en cuanto solo conociendo los límites de la acusación, es posible adecuada controversia, oposición o defensa, vinculados con el principio acusatorio.

La congruencia es vista a partir de una doble dimensión; formal y sustancial. La primera tiene que ver con los actos o momentos procesales sometidos al contraste, respondiendo a la inquietud acerca de sus extremos, dentro de la estructura del proceso penal. La segunda, con lo que es la materia misma de la comparación; por lo primero, se dice, que se sustenta en un trípode, que integran, la acusación como acto complejo, la petición de condena o absolucón que debe hacer la Fiscalía al término de la audiencia de juicio oral, y por supuesto la sentencia. En lo relativo con la congruencia material, tiene como basamento, componentes del orden personal, fáctico y jurídico.

Se dice, por lo que respecta con la congruencia y su basamento formal, de una parte, que como la acusación es un acto complejo, constituido por la presentación del respectivo escrito y la acusación propiamente dicha, dada en la audiencia respectiva, la conjunción de esos dos momentos constituye el marco del juicio, impone los límites del debate y por lo tanto de las decisiones de sentencia; hay quienes aseguran, además, que a esa dupla de actos se suman, uno precedente, que es el de fórmula de la imputación, y otro posterior, el alegato de conclusivo dentro del juicio oral y público, incluyendo la petición final del acusador.

Por lo segundo, o sea, por lo que corresponde con la correlación desde su ángulo sustancial, es vista, como antes se dijo, en tres dimensiones: personal, fáctica y jurídica. La congruencia personal tiene que ver con el individuo objeto de acusación, en cuanto no es dable, sin contrariar el principio acusatorio, condenar a persona distinta del acusado; por congruencia fáctica, la relativa con los hechos, que en términos de la norma 448 del Código de Procedimiento Penal significa, que "... el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación ..."; y la congruencia jurídica, que atañe, primero con el o los delitos atribuidos, y luego con las peticiones que haga el Fiscal, de absolucón o condena.

Por lo relativo con la congruencia en sus dimensiones personal y fáctica no hay controversias mayores; se acepta, de manera más o menos unánime, casi sin discusión, que solo es posible sentenciar a la persona acusada y exclusivamente por los hechos que consten en la acusación; de tiempo atrás, inclusive, se dice que eso incluye, irredimiblemente, a los eventos modificadores de las penas. Por contraste, la correlación en su dimensión jurídica tiene varios entendimientos contradictorios, razonablemente correctos, por lo que ciertamente se plantean problemas jurídicos difíciles de resolver, dados al nombre de casos difíciles; desde quienes aseguran que es rígida, atada al nombre jurídico que el fiscal haya puesto a la conducta durante la acusación, u otras veces en sus alegaciones finales, sin posibilidad de mutaciones por parte del juez, hasta quienes propugnan porque de ella se prescindan, pasando por los moderados que admiten modificaciones en la sentencia, a condición de que ocurran entre delitos homogéneos, y quienes dicen que si al ocaso de la audiencia de juicio oral y público la Fiscalía pide absolución, no es dable al Juez emitir condena.

Sin ánimo exhaustivo, para la modestia de este estudio, se plantean algunos de los problemas jurídicos más frecuentes, en la práctica forense.

1. ¿Puede la Fiscalía, durante el juicio, modificar la acusación, incrementando su gravedad?

La Corte Suprema de Justicia responde que, en principio, no. Partiendo de que "... la Dinámica que es inherente al trámite acusatorio, rechazaría una variación de la calificación en desarrollo de la intervención del juicio oral por parte de la Fiscalía **con desmedro para el imputado** ..." (negrilla ajena al texto), llega a la conclusión de que la Fiscalía, durante el juicio, no puede modificar la imputación jurídica, por una que resulte de mayor gravedad, "... toda vez que ello implicaría en principio una indebida restricción defensiva, como que ya efectuado el descubrimiento de los elementos probatorios por la Fiscalía y la defensa, así como enunciadas la totalidad de pruebas que se van a hacer valer, por ministerio de la ley, el juez solamente ha de decretar la práctica de aquellas que se refieran a los "hechos de la acusación", en forma tal que cualquier variación de los cargos que implique la presencia de un agravante no imputado, o un nuevo delito, sorprendería a la defensa haciendo inoperante el ejercicio real del contradictorio"⁴.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de julio del 2007, proceso No. 26.468. M. P. Dr. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

De modo pues que, agrega la Corte, "... propiciar la posibilidad de que la Fiscalía modifique los cargos en pleno juicio oral podría ver avocado al procesado a ser sorprendido con conductas punibles de mayor gravedad y en relación con las cuales, desde luego, dada la oportunidad en que se produce la variación, ya no podría ejercer el contradictorio, lo que sucede por antonomasia en el sistema acusatorio en el juicio a través de las pruebas en que se sustenta la defensa"; y continúa diciendo, que si se acogiera la imputación desde su forma puramente factual, "... con pleno acogimiento del núcleo básico delitos de lesiones personales podrían mutarse por homicidio en grado de tentativa, o hurto en peculado, falsedad documental privada en pública, acceso carnal violento en este delito concursando con incesto, homicidio por piedad en homicidio agravado, secuestro simple a secuestro agravado, constreñimiento legal a extorsión, etc.⁵⁷".

Recuerda la alta Corporación que inclusive, "... no obstante tratarse de delitos pertenecientes a un mismo capítulo, existir identidad en el bien jurídicamente tutelado y de la sanción punitiva, ... una variación de ella que suponga la existencia de elementos delictivos diversos, de contenido jurídico, o extrajurídico y en relación con los cuales, en todo caso, no se habría ocupado de ser desvirtuados a través de las pruebas con dicho cometido solicitadas en el juicio, dado que no hacían parte de la acusación, es incuestionable la vulneración del derecho de defensa ..."⁶. Sin embargo, dice la Corte, que la Fiscalía, durante su alegato al ocaso del juicio "... bien puede solicitar condena por un delito de igual género pero diverso a aquel formulado en la acusación –siempre, claro está, de menor entidad–, o pedir que se excluyan circunstancias de agravación, siempre y cuando –en ello la apertura no implica una regresión a métodos de juzgamiento anteriores–, la nueva tipicidad imputada guarde identidad con el núcleo básico de la imputación, esto es, con el fundamento fáctico de la misma, pero además, que no implique desmedro para los derechos de todos los sujetos intervinientes⁷. Eso hace, entonces, que tanto la imputación fáctica como la jurídica devengan inamovibles y la congruencia en ese sentido irrefragable, a menos que sea decreciente, es decir, desagregando, ya sea proposiciones fácticas, o elementos jurídicos.

De modo pues que **en conclusión**, según la tesis de la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal, en principio, no puede modificar su imputación durante el juicio; sin

⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de julio del 2007, proceso No. 26.468. M. P. Dr. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de julio del 2007, proceso No. 26.468. M. P. Dr. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, que cita el proceso No. 19.628.

⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de julio del 2007, proceso No. 26.468. M. P. Dr. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

embargo, sí puede mudarla, solo desde el punto de vista jurídico, durante el alegato conclusivo del juicio oral, pudiendo condenar por delito distinto al que incluyó en la acusación, bajo dos condiciones: que se conserve el núcleo básico del comportamiento, y que esa mutación signifique degradación del delito imputado, benéfica para el acusado. Puede entonces durante la audiencia de juicio oral y público, según lo probado, retirar agravantes, predicar complicidad, tentativa, cambiar un secuestro extorsivo por simple extorsión, etc.; que nunca, pero jamás, adicionarlos.

2. ¿Puede adelantarse el juicio a partir de una acusación puramente fáctica?

La Corte Suprema de Justicia, en su Sala Penal, responde con un rotundo no. Explica que "... la imputación contenida en el escrito de acusación debe ser mixta, esto es, fáctica y jurídica, no obstante que bien podría sugerirse o plantearse con apoyo en la exégesis del artículo 337, numeral 2, de la Ley 906 de 2004, que esta fuera exclusivamente fáctica, en tanto que como allí tan solo se hace referencia a los hechos "jurídicamente revelantes" quedaría excluido en relación con los mismos cualquier proceso de adecuación típica. Sin embargo, a la anunciada conclusión sobre la necesidad de que el escrito de acusación contenga una imputación mixta llega la Sala con el sólido argumento según el cual solo de ese modo podría garantizarse plenamente el derecho de defensa y en especial el principio acusatorio⁸, en tanto, como se dijo, este último tiene entre sus proyecciones fundamentales la comunicación de la acusación al procesado⁹, para lo cual no basta con notificar la existencia del pliego formal en su contra, sino que es imprescindible informar igualmente sobre las conductas (nomen iuris) en forma tal que se le permita así la plena comprensión sobre sus alcances y consecuencias jurídicas, lo que no se logra, ciertamente, sino a través de la conjugación de las imputaciones fáctica y jurídica"¹⁰.

Sobre el particular, agrega la Corte, que esa exigencia, la de imputación jurídica, a más de fáctica, "... es razonable predicarla también desde la óptica del régimen probatorio, porque en el análisis de pertinencia de las pruebas solicitadas en la audiencia preparatoria por las partes, de conformidad con el artículo 375 ejusdem, el funcionario de conocimiento debe ponderar si las solicitadas guardan relación

⁸ Armenta Deu, Teresa. Principio Acusatorio y Derecho Penal. J.M. Bosch Editor, 2003 y Gimeno Sendra, Vicente. Derecho Procesal Penal. Ed. Colex, 1996.

⁹ Planchadell Gargallo, A. El derecho fundamental a ser informado de la acusación, Valencia, 1999, passim.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de febrero de 2007, proceso No. 26.087. M. P. Dra. MARINA PULIDO DE BARÓN.

directa o indirecta con los hechos o circunstancias “relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias”, lo cual solo resulta posible si la Fiscalía precisa la adecuación típica de aquellos que serán objeto de debate en el juicio oral”¹¹, y que es “... presupuesto indispensable o, requisito sine qua non si se quiere, para precisar la competencia para adelantar el juicio oral por el factor objetivo y, consecuentemente, con el fin de posibilitar de manera real y efectiva el derecho a controvertirla durante la audiencia de fórmula de la acusación, conforme lo dispone el artículo 339 de la Ley 906 de 2004 ...”¹².

Sobre lo imprescindible de la imputación jurídica en la acusación, también predica la Corte, que restringir la imputación al plano fáctico “... implicaría plantear sin ningún sustento racional o lógico que la que se exige durante la audiencia de fórmula de la imputación, no obstante corresponder al estadio inicial del proceso penal, resultaría más exigente que la contenida en la acusación a pesar, incluso, de que esta última surge como delimitadora de los extremos de la relación jurídica objeto de debate en el juicio oral y de definición en el respectivo fallo”¹³, agregando, eso sí, que la imputación reclamada del acto de acusación ostenta un carácter provisorio, “hechos y circunstancias que al igual que su consecuente valoración jurídica dependerá, en últimas, de lo efectivamente demostrado con la prueba practicada e introducida en el juicio oral, público, concentrado, que se lleva a cabo con respeto a los también principios de inmediación y contradicción probatoria”¹⁴.

En conclusión, según la Corte Suprema de Justicia, en lo que no parece tener oposición mayor, la imputación contenida en la acusación, como acto complejo, debe ser mixta; eso significa, que tiene un componente fáctico y otro jurídico, ambos imprescindibles, aunque este pueda ser provisorio, siguiendo las reglas vistas al responder el cuestionamiento precedente, claro está, a excepción hecha de los acuerdos.

3. ¿Puede el Juez modificar la imputación de la Fiscalía en trámites surgidos de acuerdos, ya por allanamientos, ora por negociaciones?

¹¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de febrero de 2007, proceso No. 26.087. M. P. Dra. MARINA PULIDO DE BARÓN.

¹² Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de febrero de 2007, proceso No. 26.087. M. P. Dra. MARINA PULIDO DE BARÓN.

¹³ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de febrero de 2007, proceso No. 26.087. M. P. Dra. MARINA PULIDO DE BARÓN.

¹⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de febrero de 2007, proceso No. 26.087. M. P. Dra. MARINA PULIDO DE BARÓN.

La Corte Suprema de Justicia considera que no. Explica que, según la hermenéutica de la Ley 906 de 2004, “... el análisis del principio de congruencia, o correlación, como se le denomina en otras legislaciones, debe emprenderse a partir del tipo de proceso de que se trate, como ya lo ha señalado a través de jurisprudencia anterior¹⁵, pues opera en forma diversa cuando se trata del procedimiento abreviado, que se sigue cuando el imputado, investigado o acusado, según el estadio procesal donde se haga la respectiva manifestación, acude a una de las formas de terminación anormal del proceso previstas en el capítulo único del Título II del nuevo estatuto adjetivo; esto es, por virtud del allanamiento a los cargos o en los eventos de preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el inculcado, y cuando se surte el trámite del procedimiento ordinario”¹⁶; que, agrega, “... cuando se está en frente de las formas extraordinarias o anticipadas de terminación del proceso, conviene la Sala en reiterar que excluido el desconocimiento o quebranto de las garantías fundamentales, **el principio de congruencia opera de manera absoluta y rígida, es decir, el funcionario judicial inexorablemente debe condenar de acuerdo con los cargos contenidos en el acta respectiva, bien sea la que contiene el allanamiento unilateral por parte del procesado, o la que señala los términos del acuerdo o de la negociación concertada entre Este y la Fiscalía** en cuanto permita el proferimiento del fallo (art. 351, num. 4º de la Ley 906)¹⁷ —negrilla ajena al texto—.

Señala la Corte sobre ese particular, también, que “si la aceptación de los cargos corresponde a un acto libre, voluntario y espontáneo del imputado, que se produce dentro del respeto a sus derechos fundamentales y que como tal suple toda actividad probatoria que permite concluir más allá de toda duda razonable que el procesado es responsable de la conducta, el juez no tiene otra opción que dictar sentencia siendo fiel al marco fáctico y jurídico fijado en la audiencia de imputación” (subrayas fuera de texto)¹⁸; que en esta materia, la congruencia opera, al igual que en la Ley 600 de 2000, diferenciando dos situaciones, a saber: “en primer lugar, de encontrarse que el fallo resultaba inconsonante con los cargos contenidos en el acta de formulación de cargos para sentencia anticipada,

¹⁵ Entre otras, sentencia de fecha octubre 20 de 2005, Rad. 24026.

¹⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de febrero de 2007, proceso No. 26.087. M. P. Dra. MARINA PULIDO DE BARÓN.

¹⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de febrero de 2007, proceso No. 26.087. M. P. Dra. MARINA PULIDO DE BARÓN.

¹⁸ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de febrero de 2007, proceso No. 26.087. M. P. Dra. MARINA PULIDO DE BARÓN. Cita antecedente de 20 de octubre de 2005.

correspondía ajustarla a los términos de lo aceptado por el procesado y, en segundo término, si lo que se hallaba era que en el momento de la aceptación se verificaba violación de sus garantías fundamentales, como cuando el procesado no contó con defensor o no dio su asentimiento de manera libre y espontánea, procedía la declaratoria de nulidad de la actuación procesal desde la celebración de la diligencia respectiva, a fin de restablecer la garantía vulnerada”¹⁹.

El Tribunal Superior de Bogotá, en su Sala Penal, por su parte, a esta discusión agrega un matiz. Expone que si bien es verdad, “... el pacto adelantado entre la Fiscalía y el imputado genera en el juez de conocimiento el deber de respetar el acuerdo, lo que es lo mismo, en caso de darse el convenio, el juez debe emitir sentencia teniendo como presupuesto lo acordado”, esa, que es la regla general, “... se rompe cuando, según lo indica la norma, el operador judicial encuentra quebrantamiento de garantías fundamentales; evento en el cual, aunque no está dicho de forma expresa, omitirá la sentencia sobre lo acordado irregularmente”; lo anterior, porque “... el juez como garante del debido proceso y de los derechos y garantías que cubren a los sujetos procesales, deberá procurar el saneamiento de actuación irregular a efectos de que, finalmente, la sentencia penal sea emitida en tramitación del todo válida”, y por consiguiente “... si la juez advirtió inexistencia de la causal de agravación aducida y presencia de otra diferente, ahí debió hacerlo notar para que, conjurando la falla, si era del caso, se tomara la decisión garantizando el derecho a la defensa, pero lo que no podía, ante la presencia de la situación irregular, era pretender conjurarla en la sentencia puesto que el homicidio agravado por el cual finalmente condenó no era el mismo aceptado por el procesado”²⁰.

Se tiene entonces, por conclusión, que en casos de acuerdos, sea por el modo de los allanamientos o de las negociaciones, el principio de congruencia opera de manera **absoluta y rígida**; eso significa que una sentencia, jamás podrá superar, ni por exceso ni por defecto, el consenso logrado entre las partes. El juez beberá, irredimiblemente, emitir sentencia en todo congruente con el acuerdo, o en su defecto, verificado quebranto de garantías superiores en su elaboración, declararlo nulo. Sin embargo, nada obsta para que, previo a la emisión de sentencia, procure que un acuerdo, que verifica lesivo de derechos fundamentales, se readeque o componga, de tal manera que respete el orden de tales garantías, para finalmente

¹⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de febrero de 2007, proceso No. 26.087. M. P. Dra. MARINA PULIDO DE BARÓN.

²⁰ Tribunal Superior de Bogotá. Sala Penal. Proceso No. 2005-02032-01. Sentencia del 2 de noviembre de 2005. M. P. Dra. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS.

emitir sentencia, que no solo guarde esos derechos, sino que a la vez esté con el acuerdo y por lo mismo, sea congruente.

4. ¿Es posible que un juez, agotado el juicio oral, público y concentrado, emita sentencia por una conducta, con *nomen iuris* diferente al que la Fiscalía le dio en la acusación?

La Corte Suprema de justicia, con algunos votos disidentes, responde que no. Expone que en tratándose de una sentencia que se da, no por el trámite abreviado, sino siguiendo todas sus fases, en principio, "... la congruencia entre acusación y sentencia no puede tener el mismo rigor ...", porque finalmente todo depende de lo que se pruebe en el juicio; o sea que en esos casos, la imputación, dada en el acto complejo de acusación, siempre será provisoria, y por consecuencia, la congruencia no es absoluta ni rígida²¹; pero que, sin embargo, tales mutaciones a cargo del juez, que se toleran siempre que se sean para favor del acusado y respeten el núcleo del delito, nunca, pero jamás, pueden comprender el *nomen iuris* dado por el Fiscal a la conducta, en su pedido de condena que le es del rigor, al final de la audiencia de juicio oral. Es lo que ha llamado **consonancia estricta**. De modo que, por vía de ejemplo, si la acusación en sus dos momentos, el escrito y su presentación en audiencia, fue por el delito de tentativa de homicidio, pero el juez estimó probado, apenas, unas lesiones personales, no le es dable condenar por estas; solo le sería posible, si es el propio Fiscal, quien alegando de conclusión, pide la condena por lesiones personales. La condena tendría que ser por homicidio necesariamente; o de lo contrario la absolución²².

Para arribar a la citada conclusión, o sea, que debe existir consonancia estricta entre las alegaciones finales del fiscal, al ocaso del juicio oral, y la sentencia, se argumenta que en esa oportunidad, compete al fiscal "... realizar la tipificación "de manera circunstanciada", no de cualquier conducta sino únicamente de aquella por razón de la cual presentó la acusación para solicitar, entonces, la consecuente condena por las conductas cuya calificación jurídica le corresponda en el grado de participación específico; exigencia que surge de la interpretación armónica de los artículos 443 y 448 de la Ley 906 de 2004, norma esta que por primera vez define el concepto de congruencia, en los siguientes términos:

²¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso No. 26.087. Sentencia del 28 de febrero de 2007. M. P. Dra. MARINA PULIDO DE BARÓN.

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso No. 26.468. Sentencia del 27 de julio de 2007. M. P. Dr. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO; en este aspecto sÁlvaron voto los magistrados SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ y MAURO SOLARTE PORTILLA.

“el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”²³.

Agrega la Corte que “... de las normas invocadas impera colegir una doble consonancia que vincula no solo al Juez sino también al Fiscal. En primer lugar, en el plano fáctico, esto es, frente a los “hechos”, porque ni en las alegaciones finales y tampoco en el fallo pueden figurar alguno o algunos distintos de los contenidos en la acusación, en tanto que ellos se tornan inmodificables incluso con independencia del resultado de la práctica o introducción de las pruebas durante el juicio oral, al menos no sin menoscabo del debido proceso y del derecho a la defensa. Y, en segundo término, en el plano jurídico, congruencia esta que se predica ya no en relación con la calificación jurídica de carácter provisional efectuada en la acusación, sino con la propuesta en esos alegatos finales, acompañada de la solicitud de condena, labor que atañe al delegado de la Fiscalía, en quien reside de manera exclusiva y excluyente, en virtud del mencionado principio acusatorio, la facultad de acusar, y, por ende, de solicitar condena, al tenor, así mismo, de las facultades asignadas a dicho interviniente procesal en el artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el acto legislativo 03 de 2002 y en el numeral 9º del artículo 114 de la Ley 906 de 2004”²⁴.

La Corte Suprema, mayoritariamente, luego explicó que “... no sería jurídicamente válido que se exacerbara su rol –el del juez– y que al propio tiempo quedara desligado de los términos de la acusación –aún dentro de la fluctuación o variabilidad reconocida por parte de la Fiscalía– para entrar a declarar la culpabilidad del imputado por hechos que no consten en la acusación o, con el alcance fijado, **por delitos por los cuales no se ha solicitado condena**, pues existe un limitante estricta en la regulación que sobre el particular previó el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal, estableciendo un concepto de consonancia estricta –apenas consecuente con el sistema de juzgamiento adoptado–, en forma tal que, desde luego, está dentro de las facultades del juez, por ejemplo, reconocer cualquier clase de atenuante, genérica o específica, el delito complejo en lugar de un concurso delictivo, la tentativa, la ira o intenso dolor, etc., entre tanto respete la intangibilidad límite de la acusación, con la variación a que se ha hecho referencia, estando vedado, desde luego, suprimir

²³ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, proceso No. 26.087, sentencia del 28 de febrero de 2007. M. P. Dra. MARINA PULIDO DE BARÓN.

²⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, proceso No. 26.087, sentencia del 28 de febrero de 2007. M. P. Dra. MARINA PULIDO DE BARÓN.

atenuantes reconocidos al procesado, adicionar agravantes y en general, hacer más gravosa su situación”²⁵(negrilla no original).

Cuando sucede que el juez disiente del “*nomen juris*” del comportamiento por el cual la Fiscalía decidió pedir condena, fuera porque este, está convencida de que probó su tesis originaria contenida en la acusación, ora porque lo probado en el juicio le motivó a cambiar sus matices, el remedio que se propone es la nulidad procesal, a partir del momento en que tuvo el turno para alegar, con el objeto que vuelva a argumentar, y el pedido se aplane a tono con lo que el juzgador consideró probado²⁶. En igual sentido, sosteniendo que el principio de congruencia se predica del escrito de acusación y de la sentencia, se ha allegado a la conclusión de que, aun si la Fiscalía pide absolución, no puede repararse si el juez, a la postre, contra esa solicitud, decide condenar; que así puede ser²⁷.

Hay una segunda tesis, que otorga un entendimiento diverso al instituto de la congruencia; no comulga con la consonancia estricta, surgida del alegato de conclusión del Fiscal. Considera que los extremos de la congruencia son, de una parte, la acusación como acto complejo, o sea, integrado por el respectivo escrito y la acusación propiamente, dada en audiencia, y de otra, la sentencia, considerando, no obstante, que existe una tercera base, consistente en que si el Fiscal, durante el juicio, pide absolución, el Juez no puede proferir condena; que éste último, es el único vínculo de consonancia que liga las solicitudes de la Fiscalía con la sentencia, sosteniendo que dentro de ese marco, el juez es depositario de soberanía jurisdiccional de cierre, afín al principio acusatorio, que le demanda la calificación jurídica más correcta o ajustada a los hechos probados, devenida de su imparcialidad; que “... el contenido del artículo 448 en cita, del C. de P.P., va más allá de plantear algún tipo de camisa de fuerza o límite a la decisión del juez, a la manera de entender, como se hace en el proyecto de la mayoría, que cuando se habla de delitos se alude a su connotación jurídica, la cual, presuntamente, no puede ser variada por el juez”, insistiendo en que eso no es así, y que “... lo que busca la norma es evitar que en los casos en los cuales el

²⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso No. 26.468. Sentencia del 27 de julio de 2007. M. P. Dr. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO; en este aspecto sÁlvaron voto los magistrados SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ y MAURO SOLARTE PORTILLA.

²⁶ Tribunal Superior de Bogotá. Sala Penal. Proceso No. 2006-00135 02. Providencia del 30 de agosto de 2007. M. P. Dr. ALBERTO GONZÁLEZ GÓMEZ;

²⁷ Tribunal Superior de Bogotá. Sala Penal. Proceso No. 2005-00956 02. Providencia del 18 de julio de 2006. M. P. Dra. AÍDA RANGEL QUINTERO;

fiscal pide absolución, como es de su facultad, por uno o varios delitos, el juez pueda condenar²⁸.

Como sostén de esta segunda tesis, coincidiendo en su base con lo que aduce la postura mayoritaria, se dice por ejemplo, que el principio de correlación, "... no es, no tiene porque ser, exactitud milimétrica; porque entonces, la propia noción de proceso, como sucesión progresiva de actos, en cadena funcional, en pos de verdad y de justicia, estaría en entredicho. La imputación, tanto jurídica como fáctica, propia de la acusación, en procesos del contencioso penal, reviste carácter provisorio; se sustenta en la probabilidad de verdad, que advierta el Fiscal en su examen jurídico del conocimiento, otorgado por los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, recogidos por la Policía Judicial, suficiente para constituir una tesis seria. La síntesis, concreción jurídica definitiva, es rol del juez y estará al baremo de lo que finalmente, con todas las garantías, se prueba en el juicio", agregando, sin abandonar todavía la precedente postura, "... que contrario a lo ocurrido con los mecanismos de terminación abreviada del proceso, allanamientos y preacuerdos, donde la congruencia tiene que ser estricta o rígida, en los procesos ordinarios emergidos del ejercicio pleno y activo de todos los derechos procesales, consolidación genuina del principio acusatorio, no puede tenerse el mismo rigor, "por la elemental razón de que la calificación jurídica propuesta en aquella con fundamento en los medios cognoscitivos puede variar como consecuencia del debate probatorio inherente al juicio oral"²⁹, dándose cabida, en armonía estricta con tales garantías, al principio de soberanía del órgano jurisdiccional sobre la valuación jurídica definitiva³⁰.

Se añade en complemento, que la congruencia, desde el punto de vista sustantivo, tiene una triple dimensión: personal, fáctica y jurídica. Que se entiende por "... congruencia personal, la que tiene que ver con el individuo objeto de acusación, en cuanto no es dable, sin contrariar el principio acusatorio, condenar a persona distinta del acusado; por congruencia fáctica, la relativa con los hechos, que en términos de la norma 448 del Código de Procedimiento Penal significa, que "... el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que

²⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 26.468. Sentencia de 27 de julio de 2007. Salvamento de voto, magistrados SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ y MAURO SOLARTE PORTILLA.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 7 de febrero de 2007. M. P. Dra. MARINA PULIDO DE BARÓN.

³⁰ Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Bogotá. Proceso No. 2006-0082. Sentencia del 9 de julio de 2007.

no consten en la acusación ...”; y la congruencia jurídica, que tiene que ver con la valuación que, contrastado con la ley penal, merezca el comportamiento, no necesariamente atada a un nombre jurídico, que sí, siempre, a su significado, configuración o estructura dogmática, recogida en la ley, entendiendo también. Y agrega: “Deviene entonces necesario establecer, el límite de las facultades jurisdiccionales, para calificar jurídicamente la conducta, sin afectar las garantías de la defensa y contradicción, en el marco del principio acusatorio, pudiéndose decir, con la jurisprudencia española, que “... la posibilidad de condenar por un delito distinto del que consta en los escritos de calificación se reduce a los casos en que la condena es por delito de igual o menor gravedad y, no variando los hechos objeto de la acusación, los delitos son homogéneos”³¹, entendiendo que, “la homogeneidad debe resultar de que todos los elementos del tipo por el que se condena estén incluidos en el de la acusación”³², o como “identidad del bien o interés protegido, en cuanto haya una porción del acaecer concreto o histórico común en la calificación de la acusación y en la sentencia”³³³⁴.

Se recuerda como, “... la jurisprudencia española, sobre el mismo pilar de valores superiores tenidos en cuenta por la Constitución Política y la legislación procesal patria, señala que “En estos casos en que hay acusación por un delito y condena por otro distinto, a veces no se produce indefensión, porque la primera (la de las partes acusadora), formalizada por una determinada figura penal implica aquella otra por la que luego se condena, y ello ocurre así cuando la primera comprende los elementos fácticos que configuran todos aquellos datos que son necesarios en aquel otro delito por el que se sanciona, siempre que, además, exista semejanza suficiente en el bien jurídico atacado. Se dice entonces que hay homogeneidad (...), y en tales supuestos, si no procede imponer pena mayor (...), la condena por un delito diferente no viola el principio acusatorio”³⁵; llegándose a sostener, inclusive, que lo decisivo no es tanto la existencia de homogeneidad delictiva cuando la posibilidad de defensa eficaz³⁶³⁷. Se coloca en evidencia que, inclusive, en esa jurisprudencia extranjera, sustentada en la axiología de un

³¹ SSTC, 12/1981; 23 nov. 1983; 16 feb. 1998; y 14 dic. 1989, citada por Teresa Armenta Deu, en Principio Acusatorio y Derecho Penal, p. 99.

³² SSTC, 17 de julio de 1989 y 21 de mayo de 1992, citada en nota al pie por Teresa Armenta Deu, ib p. 109.

³³ SSTC 134/1986, citada por Teresa Armenta Deu, ib p. 99.

³⁴ Cfr. Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Bogotá.

³⁵ SSTC 4 de diciembre de 1990, citada en nota al pie por Teresa Armenta Deu, ib p. 109

³⁶ SSTC 20 de julio de 1987, citada por Teresa Armenta Deu, ib p. 99.

³⁷ Cfr. Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Bogotá.

sistema acusatorio de tipo continental, menos que anglosajón, “llega a concluirse que, se garantizan los derechos procesales de los sentenciados, manteniéndose la congruencia, si: “a) las Audiencias (léase el órgano competente) no pueden penar un delito más grave que el que ha sido objeto de acusación; b) dicho organismo no puede castigar infracciones que no han sido objeto de acusación; c) tampoco puede penar un delito distinto al que ha sido objeto de acusación aunque la pena de una u otra infracción sean iguales, o incluso la correspondiente al derecho invocado sea inferior a la del delito objeto de la acusación, a menos que reine entre ellos una patente y acusada homogeneidad; d) las Audiencias no pueden apreciar circunstancias agravantes o subtipos agravados que no hayan sido invocados por la acusación³⁸. Agregándose finalmente, que la vinculación es absoluta en cuanto a los hechos y relativa respecto de la calificación”³⁹.

Se dice además, para su caso, que puede existir “... **homogeneidad valorativa**, con carácter **decreciente**, entre delitos de secuestro extorsivo cometido por servidor público asido al cargo (Arts. 168 y 170-5 C.P.), concusión (Art. 404 ib) y extorsión (244 ib), porque como acaba de verificarse, más allá que el capricho legislativo los halla puesto en una u otra parte, Título o Capítulo, del Código Penal, o bautizado con uno u otro nombre, lo cierto es que todos son pluriofensivos, coinciden en categorías de protección, y el desagregado progresivo de elementos jurídicos correspondientes al más complejo y grave, a la manera de absolucón parcial, conlleva su degradación a uno de menor entidad, más sencillo, emergido necesariamente de aquel”, poniendo en evidencia, según ello, que “...si los ejercicios de contradicción y defensa, en el marco del principio acusatorio, se dieron en perspectiva del delito más grave, de mayor complejidad por su más denso objeto de protección y configuración normativa, por fuerza se sumergieron en el de menor amparo, más simple, o con inferior número de elementos de valor, de modo que si el juez, por virtud del principio “*iura novit curia*”, rol de cierre, otorga a los hecho probados, dentro de esos límites, la nominación delictiva definitiva, está a salvo fuera de discusión, la congruencia necesaria, según la norma 448 del Estatuto Ritual, entre la acusación, las peticiones dentro de la audiencia de juicio oral y la sentencia”⁴⁰.

Insiste esta postura, en que la congruencia que debe atender el juez, “...se deriva de la acusación, como acto complejo, anterior al juicio en todo caso, menos que del alegato de conclusión y el pedido que en el mismo pueda hacer la Fiscalía

³⁸ Teresa Armenta deu, ib p. 110.

³⁹ Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Bogotá, ib.

⁴⁰ Cfr. Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Bogotá.

al ocaso de este, porque es precisamente en el ofrecimiento, la aceptación, la práctica y la discusión de las pruebas, donde se sitúa el núcleo del contradictorio; al filo de tal agotamiento, una exigencia estricta de correlación, fundada solamente en el nombre del delito, pierde su mayor contenido de valor, anejo a sus fines, pues ya ¿para qué?; recabando en que, con los votos disidentes de la Corte, "... cuando la norma 448 de la Ley 906 de 2004, que regula el instituto de la congruencia, reza que "El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, **ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena**" (la negrilla es propia), en este último apartado, no se está dando cuenta de ninguna connotación jurídica, que no pueda ser variada por el juez, sino que lo que se ha pretendido, como al fin y al cabo reza la ley, es que si el Fiscal ha solicitado absolución, por uno o por varios delitos, que bien puede hacerlo, el juez no puede decidir condenando, contra ese requerimiento, de quien es el depositario de la acción penal; y en efecto, "... cosa distinta, desde luego, a que se pida la consecuente condena, pero la prueba determine que el delito no es, en su denominación jurídica, el propio de la acusación"⁴¹.

Esta tesis, que se opone a que la base de la congruencia esté en el alegato de conclusión del Fiscal, sostiene además: "creemos que en la nueva preceptiva acusatoria, al igual que en la normativa anterior, el juez sí conserva la potestad de condenar por una denominación jurídica diferente a la planteada por el fiscal en su alegato de cierre, cuando ello, como ocurre aquí, lejos de ir en detrimento del procesado, termina por beneficiarlo, al tratarse de una tipificación más leve"; porque, "... de lo contrario, ... –por vía de ejemplo– ¿Si el Juez, examinada la prueba, advierte tratarse de un delito de lesiones personales y no de tentativa de homicidio, debe condenar por este último, solo en razón a que fue lo deprecado por el Fiscal en el alegato de cierre, así se atente flagrantemente contra el principio de legalidad? o, conforme lo determinado en la tesis mayoritaria, ante la imposibilidad de modificar la denominación jurídica, debe absolverse?"⁴².

Se insiste en que la hermenéutica que provoca el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal, al contemplar que el acusado no podrá ser declarado culpable, "... por delitos por los cuales no se ha solicitado condena", apunta a que si la Fiscalía pide absolución por uno o varios delitos, por esos mismos delitos el juez no puede condenar; que definitivamente, no puede interpretarse, que la

⁴¹ Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Bogotá, proceso 2007-0056, sentencia del 7 de noviembre de 2007.

⁴² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 26.468. Sentencia de 27 de julio de 2007. Salvamento de voto, magistrados SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ y MAURO SOLARTE PORTILLA.

congruencia estriba, en el nombre del delito que la Fiscalía decidió, al momento de hacer sus pedidos de condena; que "... cuando el fiscal abandona su rol de acusador para demandar absolución, sí puede entenderse tal actitud como un verdadero retiro de cargos, como que al fin y al cabo es el titular de la acción penal, siendo ello tan cierto que el juez en ningún caso puede condenar por delitos por los que no se haya solicitado condena por el fiscal (independientemente de lo que el Ministerio Público y el defensor soliciten), tal como paladinamente lo señala el artículo 448 de la Ley 906 al establecer que (entre otras cosas) la congruencia se establece sobre el trípede acusación-petición de condena-sentencia. Así, una gran diferencia se encuentra en este campo respecto de la Ley 600 y el Decreto 2700 en la medida en que –en contra de lo que ocurre en la Ley 906– un juez de conocimiento puede condenar a un acusado, aun mediando petición expresa de absolución por parte del fiscal, Ministerio Público, sindicado y defensor”⁴³.

Y se oponen al remedio de la nulidad procesal, frente a la disparidad de criterios, entre la Fiscalía, sea en su acusación o en su petición de condena, y el juez en su sentencia. Al respecto explican: “En este mismo sentido, si se entiende que la acusación es un acto de parte en el cual no puede injerir de fondo el juez y, además, se verifica que el cambio necesario en la denominación jurídica deviene consecuencia de las pruebas practicadas en el juicio, es posible recurrir al remedio de la nulidad?” Y agregan: “Desde luego, la solución absolutoria representa una medida extrema con claros efectos de impunidad que, además, no puede señalarse deriva de algún tipo de yerro de la fiscalía, cuando se determina que la variación opera necesaria por ocasión de lo que probatoriamente se practicó en el juicio y no consecuencia de errada interpretación o carencia de fundamentación jurídica del funcionario”; “Observamos, dentro de nuestro respetuoso disenso, que si lo pretendido es apuntalar las garantías de las partes, el principio de legalidad y la justicia material, lo adecuado no puede ser dejar vigente una sentencia que afecta sobremanera al acusado, condenándolo por un delito sumamente gravoso, cuando el yerro fue corregido adecuadamente en la segunda instancia, solo porque así no se entiende debidamente cubierto el principio de congruencia”⁴⁴.

Se recaba en que la solución es aceptar esa medida de congruencia, antes que la nulidad, "... sobre la base del saber, que la nulidad supone un yerro procesal precedente, afecto de derechos fundamentales, que como viene explicándose no

⁴³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 15.843. Sentencia del 13 de julio de 2006. M. P. Dr. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 26.468. Sentencia de 27 de julio de 2007. Salvamento de voto, magistrados SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ y MAURO SOLARTE PORTILLA.

ha tenido lugar ...”, verificándose que “... aunque la Fiscalía dio muestra de muchas falencias en la dirección de su caso, es lo cierto que ninguna observación puntual puede hacerse con respecto a su escrito de acusación, su acusación propiamente dicha en la audiencia del mismo nombre, ni a sus pedidos en la audiencia de juicio oral y público, con capacidad para que se tornen irritos esos momentos. El problema radica, exclusivamente, en la convicción, porque dadas sus precarias habilidades para desarrollar el curso probatorio, no logró convencer al juez, como tampoco al Procurador, acerca de que su teoría del caso estuviera probada, lo que en sí mismo no es error procesal”. Y se agrega: es “... inadmisibles considerar equivocación procesal de la Fiscalía, el hecho que haya sobreestimado su capacidad probatoria, porque para acusar como lo hizo, tuvo y le bastaba conocimiento de probabilidad de verdad, acerca de la existencia de los delitos que imputó; al punto que su degradación se estructuró, a la manera de una absolución parcial, sobre la base de la incertidumbre, que no de inexistencia del factor echado de menos –la ilegalidad en la privación de libertad–, a partir de circunstancias evidenciadas, asidos a la valuación de las pruebas y necesidad de razones, adecuadas y suficientes para superar el umbral del cocimiento, más allá de duda?”; que “El Fiscal de este caso alegó bien, como en su leal saber y entender lo consideró, y el hecho que el Procurador, al igual que el Juez, disientan de su postura acerca de lo probado, no significa que su exposición sea un yerro, afecto de garantías superiores, pasible a la nulidad. De modo que sin error, y no cualquier error sino aquel capaz de afectar derechos superiores, no puede haber nulidad procesal; menos de un acto que en su esencia jurídico-procesal, en la dinámica de un sistema acusatorio, o al menos con esa tendencia, es de parte, como lo es el alegato de conclusión del Fiscal, que en esas condiciones, ninguna diferencia se hace con respecto al de la defensa”⁴⁵.

Se pone de presente que abogar por la nulidad del alegato efectuado por la Fiscalía durante la audiencia de juicio oral y público “... pretendiendo que desde entonces, inclusive antes de saber que pensará el juez sobre el caso, se ciña al curso que en ese momento lleva la convicción interna de este, ... desconocería, no solo la dialéctica comprensiva del proceso penal, dada por una tesis previa a cargo del Fiscal, su antítesis posterior devenida en la Defensa y una síntesis final que es rol juez, sino además, la base fundante del principio acusatorio, de arraigo constitucional, fincado en la separación o independencia de funciones”; que “exigir del Fiscal, que de antemano, desde cuando alega de conclusión, se aplane al parecer del Juez, que aún desconoce, lo decimos con respeto y consideración,

⁴⁵ Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Bogotá, proceso 2007-0056, sentencia del 7 de noviembre de 2007.

hallándonos en permanente construcción del conocimiento, lo que no nos margina del error, exigiría de él un don esotérico que no es dable requerirle”. Y se cuestiona: “¿cómo sabe el Fiscal desde cuando alega de conclusión, qué piensa el Procurador o el Juez sobre el caso, si es que la intervención de aquel o el anuncio de sentido por parte de este será siempre posterior?; ¿acaso la simple disidencia razonable sobre la apreciación de las pruebas en un trámite contencioso, que no error alguno, puede significar mácula procesal capaz de invalidar un acto de parte?”⁴⁶.

Agrega que “el juez bien puede absolver o condenar, total o parcialmente, como sucedió en este caso, devenida condena por conducta degradada, subsumida en otra de mayor dimensión, contemplada en la acusación, pero jamás imponerle al Fiscal el sentido de su alegato, como si fuera su superior jerárquico o funcional, o no tuviera capacidad e independencia, también en las facultades de raciocinio. Vendrían cuestionamientos acerca de ¿qué pasa, si rehecha la actuación, el Fiscal sigue pensando lo mismo?; ¿qué ocurriría si decidiera de nuevo, solicitar condena por el mismo delito?; ¿qué tendría que hacer el juez?; ¿acaso volver a anular su alegato?; ¿acaso superarlo y pedirse el mismo la decisión de su parecer?; ¿o de pronto obligarlo?. Ninguna de éstas opciones se corresponden con un sistema procesal de partes, delimitadas en sus funciones, de esos dados al nombre de acusatorios, como se precia el nuestro”⁴⁷. Se argumenta también, que “la dialéctica aneja al contencioso penal supone, que una parte propone una tesis, la otra se opone con una antítesis y solo después el Juez hace síntesis; accede o niega, absuelve o condena, sin que eso obste para que pueda acceder, y de contera para con la oposición, negar, solo parcialmente; condenar o absolver por una porción del caso, estructurada, de una parte sobre las proposiciones fácticas jurídicamente relevantes, y de otra, a partir de los componentes dogmáticos que la ley contempla para con el respectivo hecho punible, por encima de su simple nombre, que en últimas no deja de ser capricho semántico de la práctica legislativa, ajeno a toda ciencia”⁴⁸.

En conclusión, según esta tesis, la congruencia necesaria no depende del *nomen iuris* que la Fiscalía dé a la conducta en el alegato de conclusión, durante la audiencia del juicio oral; que la correlación debe darse entre, de una parte la

⁴⁶ Cfr. Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Bogotá, proceso 2007-0056, sentencia del 7 de noviembre de 2007.

⁴⁷ Cfr. Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Bogotá, proceso 2007-0056, sentencia del 7 de noviembre de 2007.

⁴⁸ Cfr. Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Bogotá, proceso 2007-0056, sentencia del 7 de noviembre de 2007.

acusación, como acto complejo, y de otra la sentencia; eso sí, que si la Fiscalía pide absolución, el juez no puede condenar, siendo esta la longitud del tercer pilar que compone el trípode de la congruencia; que el juez en la sentencia puede modificar el nombre del delito, separándose del otorgado por la Fiscalía en la acusación, pero a condición de que se conserve su núcleo básico, o sea, que se trate de delitos homogéneos, y que sea para favor del acusado, es decir, que puede degradar la imputación, pero jamás agravarla; que por consiguiente, en tales condiciones, no es posible la nulidad procesal, y menos de un alegato de parte, como lo es la Fiscalía General de la Nación.

5. ¿Si el juez, al final de la audiencia de juicio oral, anunció un sentido condenatorio de la sentencia, puede después, durante su emisión, concluir con absolución?; ¿o viceversa, si anunció absolución, puede luego condenarlo?

La Corte Suprema de Justicia sostiene que no; que no es posible tal mutación. Presenta entre muchos otros argumentos, que "... la regla conforme con la cual el juez debe anunciar el "sentido del fallo", una vez finalice el debate público oral, forma parte de la estructura de un proceso como es debido, esto es, de las formas propias del juicio"; que "... que el anuncio sobre el sentido del fallo comporta un acto sustancial, material, de fondo, tanto que marca el inicio del término de caducidad para que la víctima pueda ejercer su derecho a reclamar la reparación por los perjuicios causados"; que "la comunicación del juez sobre el sentido del fallo, acto con el que culmina el debate público oral, forma parte de la estructura básica del proceso como es debido y vincula al juzgador en la redacción de la sentencia"; que "... el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre el anuncio público y la sentencia finalmente escrita, debiendo por tanto, ser coincidentes sus alcances"; y, que, por tanto, como conclusión, siendo que "... el aviso público sobre condena o absolución hecho por el juez una vez finalizado el debate oral, constituye la resolución de mérito del conflicto, emitido el cual solamente resta redactar, a modo de sentencia, los aspectos que se deriven de ese aviso", la sentencia "... no puede desconocer el sentido pronunciado ...". La solución a ese entuerto, agrega, es la nulidad procesal, a "... partir del acto que hizo público el anuncio del "sentido del fallo", pues mantenerlo implicaría una injusticia material⁴⁹.

6. ¿Puede el Juez en la sentencia, al tasar la pena, desconocer atenuantes reconocidos por la Fiscalía en la acusación, o en la imputación que tras ser

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 27.336. Providencia del 17 de septiembre de 2007. M. P. Dres. AUGUSTO JOSÉ IBÁÑEZ GUZMÁN y JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

aceptada configuró un acuerdo?; y en el mismo sentido ¿puede, en ese acto, intensificar la pena, partiendo de agravantes, genéricos o específicos, no incluidos, fáctica y jurídicamente, en los cargos?

Aun desde la Ley 600 de 2000, la respuesta de la jurisprudencia nacional ha sido no; primero por mayoría de la Sala Penal, que con el curso del tiempo ha ido creciendo hasta la unanimidad actual, hecho el ejercicio, también sobre las nuevas reglas procesales (Ley 906/04). Bajo égida de la Ley 600, sobre el particular la Corte dijo que "... "b) Si bien tradicionalmente para la Sala bastaba con el planteamiento fáctico de la investidura para deducir el agravante, en decisión del 23 de septiembre del año en curso (M. P. Herman Galán Castellanos, radicado No. 16.320), amplió su criterio y a partir de allí comenzó a exigir que en la resolución de acusación tanto la imputación del delito o de los delitos, como toda causal de agravación –genérica o específica–, debía ser determinada diáfananamente desde el punto de vista fáctico y desde el punto de vista jurídico"⁵⁰. Y lo mismo consideró, bajo las normas de la Ley 906 de 2004, al sostener que se rompe la congruencia, por acción, "c) Cuando se condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación o en la acusación, según el caso, pero se deduce, además, circunstancia, genérica o específica, de mayor punibilidad" ..., y por omisión, "a) Cuando en el fallo se suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que se hubiese reconocido en las audiencias de formulación de la imputación o de la acusación, según el caso"⁵¹.

Existiendo voces disidentes, según las cuales, los agravantes y atenuantes jurídicos, en el régimen de la Ley 906 de 2004, podían plantearse y probarse una vez concluido el juicio oral y público, durante la audiencia del artículo 447, en el contexto del debate sobre las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable, la Corte precisó que "... el debate acerca de las causales de intensificación punitiva no puede ser tratado como una extensión del juicio oral", y que "... el traslado previsto en la audiencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004 no puede tenerse para la inclusión de circunstancias que gradúan el injusto, que dejarían al procesado sin oportunidad de alegación y de defensa", porque la dinámica de esa audiencia, la brevedad del tiempo previsto para ella, "... limitaría un aporte probatorio necesario para sustentas las otrora denominadas causales genéricas de agravación, máxime que

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Providencia del 29 de septiembre de 2003. M. P. Dr. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

⁵¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 24.668. Sentencia del 6 de abril de 2006. M. P. Dr. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS.

allí no hay consagración legal específica para la aducción y práctica probatoria ...”⁵², pudiéndose agregar que algunas de tales circunstancias, casi todas, no son simples motivos para agravar la pena, sino que constituyen elementos del delito, auténticos componentes de la tipicidad, sea objetiva o valorativa.

Es preciso, inclusive, según la jurisprudencia, que la acusación de cuenta, expresamente, no solo del evento significativo de mayor o menor punición, sino de la norma legal que da cuenta del mismo, al decirse que “... (ii) la acusación debe ser completa desde el punto de vista jurídico (la que, en aras de la precisión, se extiende hasta el alegato final en el juicio oral), con lo cual se quiere significar que ella debe contener de manera expresa las normas que ameritan la comparecencia ante la justicia de una persona, bien en la audiencia de imputación o bien en los momentos de la acusación, de modo que en tales momentos la Fiscalía debe precisar los artículos del Código Penal en los que encajan los hechos narrados, tarea que debe hacerse con el debido cuidado para que de manera expresa se indiquen el o los delitos cometidos y las circunstancias específicas y genéricas que inciden en la punibilidad”, porque “el incumplimiento de tal obligación por parte de los delegados fiscales implica desatender de manera grave una carga procesal, y, en virtud de las reglas propias del garantismo penal, dejar a los jueces sin herramientas para proferir un fallo justo, pues en lugar de condenar por todos los delitos y con todas las agravantes, estos se verán obligados a proferir la sentencia en los precarios términos en los que aparezca elevada la acusación. Esto es así porque el principio acusatorio significa que sin acusación de parte no puede celebrarse el proceso penal (*nemo iudex sine actore*), pues la idea misma de la acusación se convierte en uno de los presupuestos para su existencia y ulterior desarrollo del proceso”⁵³.

Como conclusión, entonces, toda circunstancia legal, atenuante o agravante, general o específico, que pueda afectar negativamente la pena, debe pasar el baremo del contradictorio, la acusación y el juicio, para que pueda ser tenida en cuenta en la sentencia.

⁵² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 25.862. Providencia del 21 de marzo de 2007. M. P. Dr. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

⁵³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 26.309. Providencia del 25 de abril de 2007. M. P. Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

ANEXO JURISPRUDENCIAL¹

Nota: se hace especial llamado a considerar la Sentencia C- 879 del 10 de septiembre de 2008 que declaró inexecutable la Ley 1153 de 2007. Aspectos estos que deben cosndeirarse en relación con lo expuesto en las ponencias que tienen relación con esta norma.

¹ Las sentencias aquí transcritas han sido seleccionadas por los autores, como información relevante respecto a tesis expuestas en las ponencias, su incorporación al texto es de carácter puramente informativo y la pertinencia de las mismas ha sido evaluada y así asumida por los autores de las respectivas ponencias.

Proceso No. 30321
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Julio Enrique Socha Salamanca

Aprobado Acta No. 339

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil ocho (2008)

169

Vistos

Se pronuncia la Sala acerca de la admisibilidad de los fundamentos lógicos y de apropiada argumentación de la demanda de casación presentada por la Fiscal Seccional de la Responsabilidad Penal del Adolescente de Cali, contra la sentencia de 16 de mayo de 2008 mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali –Sala de Asuntos Penales para Adolescentes– confirmó la de carácter absolutorio emitida por el Juzgado Primero Penal para Adolescentes con funciones de Conocimiento del mismo Distrito Judicial, a favor de J.M.F¹ (adolescente de 16 años de edad), en relación con los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego que le fueran imputados.

¹ Se omite identificar al adolescente infractor por respeto a su dignidad y a su derecho a un nombre de conformidad con la **Declaración de los Derechos del Niño** y principalmente por lo dispuesto en las **Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)** Asamblea General de la ONU Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985, que establecen:

“8. Protección de la intimidad:

8.1 Para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad.

8.2 En principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente.”

Hechos y Actuación Procesal

El aspecto fáctico fue tomado por los juzgadores de la siguiente forma:

“...la presente investigación se inició el 12 de julio de 2007, en esta municipalidad [Cali] precisamente en la carrera 28-1 N° 72- 3 del Barrio Poblado II en plena vía pública, a eso de las 2:55 de la madrugada, sitio en donde fue herido con arma de fuego una persona que respondía al nombre de CRISTIAN RODRÍGUEZ ÁNGEL, razón por la cual fue trasladado al Hospital Carlos Holmes Trujillo, y por su gravedad remitido al Hospital Universitario del Valle, en donde falleciera posteriormente.

“En razón de estos hechos se tuvo conocimiento que en la Estación del Diamante había dos sujetos quienes fueron recogidos en procedimiento administrativo, siendo identificado como el adulto JORGE ANDRÉS HERRÁN y J.M.F. (menor), se dice además que hubo la participación de un tercero conocido con el nombre de “POCHO” quien logró huir del sitio de los hechos, se deja en claro que estas personas fueron señaladas como coautores del delito investigado, afirmación que hace la progenitora de la víctima y los testigos BRIAN ANDRÉS SIERRA VÁSQUEZ y DIDIER BENCHUR RODRÍGUEZ ÁNGEL, los móviles de esta acción corresponden a retaliaciones y rencillas entre pandillas clasificadas como ‘BANDA DE CACHETES y BANDA DE CANIBAL’.”

El 1° de agosto de 2007 el Juez Cuarto Penal para Adolescentes con funciones de Control de Garantías de Cali llevó a cabo audiencia preliminar en la que accedió a la petición de la Fiscalía de librar orden de captura en contra de J.M.F., y el 3 del mismo mes y año ante el Juez Segundo de la misma categoría y especialidad se realizó audiencia preliminar en la que se declaró la ilegalidad de la aprehensión en razón de no haber sido puesto a disposición del funcionario en el término de 36 horas. El ente investigador le formuló allí imputación por la posible comisión del concurso de delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego y pidió la imposición de medida de internamiento preventivo por el lapso de tres meses. El adolescente infractor no aceptó los cargos y el juez accedió a la medida cautelar de carácter personal solicitada para ser cumplida en el Centro de Atención Especializado al Adolescente.

El 17 de agosto de 2007 la Fiscalía presentó escrito de acusación por el concurso de delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego, y ante el Juzgado Primero Penal para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Cali se realizó el 12 de octubre siguiente la audiencia de formulación de acusación.

Evacuadas en el mismo despacho judicial las audiencias preparatoria y de juicio oral y anunciado el sentido de fallo de carácter absolutorio, mediante sentencia de 15 de abril de 2008 se absolvió a J.M.F., de los cargos formulados en aplicación del principio *in dubio pro infante*.

Impugnada la decisión por la representante de la Fiscalía, el Tribunal Superior de Cali –Sala de Asuntos Penales para Adolescentes– a través de sentencia de 16 de mayo de 2008 la confirmó en su integridad, ante lo cual insiste a través del recurso de casación alegando en la oportunidad prevista en el artículo 183 de la Ley 906 de 2004 la respetiva demanda, de cuya admisibilidad se pronuncia la Corte.

Demanda

Primer cargo: Violación directa de la ley sustancial

Al amparo de la causal prevista en el numeral 1° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 postula la violación directa de la ley sustancial por no tener en cuenta el Tribunal la originalidad del acervo probatorio en relación con el dicho del menor Brayan Andrés Sierra, actor y testigo de los hechos.

Señala que la juez en la audiencia de juicio oral ordenó la declaración del menor Brayan Andrés Sierra la cual se recepcionó a través de la defensora de familia acudiendo a la cámara de Gesell; sin embargo, no le permitió a la Fiscalía contrainterrogarlo, razón por la cual se dejó constancia que el testimonio rendido era contrario a la versión que suministrara previamente en la entrevista, la cual ya había sido admitida previamente como prueba.

Aduce que tampoco se atendió la solicitud que como representante del ente acusador hizo para que se declarara la nulidad al haberse impedido el ejercicio del derecho de contradicción respecto del dicho del menor, situación que estima lesiva del debido proceso.

En este orden, denuncia que el error del juzgador radica en conjugar las Leyes 1098 de 2006 y 906 de 2004 y no tener en cuenta el contenido del art. 383 inc. 2° de esta última a cambio de aplicar textual y estrictamente el artículo 150 de la Ley 1098 que está referido a procesos seguidos contra adultos.

Segundo cargo (subsidiario): Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho

Bajo la causal prevista en el numeral 3° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 pregona la violación indirecta de ley sustancial debido a un yerro fáctico por falso

juicio de existencia al no apreciar los juzgadores la entrevista del menor Brayan Andrés Sierra, prueba que había sido legalmente producida o incorporada al proceso.

Para la demandante, el Tribunal erró al restarle valor probatorio al documento que contenía la aludida entrevista, ya que nada impedía que fuera complementado con otras pruebas o con el mismo testimonio del menor recepcionado en el juicio oral, máxime que era un texto que había cumplido con todos los requisitos procesales y permitía un conocimiento claro y preciso de los hechos.

Pone de presente que la entrevista de alguna manera coincidió con lo declarado en el juicio oral por el menor, cuando pese a lo que manifestó para no involucrar a J.M.F., aceptó que fue este quien quebró los vidrios para “*sonsacar*” a la víctima Cristian Rodríguez Ángel, lo que demuestra su participación en el delito.

De otro lado, postula un falso juicio de identidad *“al aceptar por los juzgadores de instancia como legalmente producido e incorporado el testimonio de BRAYAN ANDRÉS en el juicio oral, pero lo distorsionan, tergiversan y recortan en su contenido literal, llegando a conclusiones que niegan la presencia del adolescente infractor en el lugar de los hechos, lo cual resulta desatinado y sin fundamento.”*

Argumenta que contrario al testimonio de Brayan Andrés rendido en el juicio oral, el Tribunal indicó que no había mencionado al adolescente infractor, cuando al revisar los registros el atestante afirmó que J.M.F., fue quien quebró los vidrios para “*sonsacar*” a la víctima, y que si bien el juzgador estimó que de aceptar lo dicho por él no merecía credibilidad por variar respecto de la versión dada a los policiales, ello abre la posibilidad de un error de hecho por falso raciocinio por desconocer el resto del material probatorio como los indicios que tampoco fueron tenidos en cuenta, con lo cual se acreditaría la participación del procesado en los delitos investigados.

Finalmente, indica que no puede tildarse como testigo de referencia al menor Brayan Andrés, pues presencié los hechos y señaló directamente a J.M.F. como coautor de la conducta, lo que coincide con los testimonios “*mixtos*” (de referencia y directos) de los investigadores Fernando Ramírez y Edinson López, así como lo expresado por el perito balístico.

Tercer cargo (subsidiario): Nulidad por violación del debido proceso

Denuncia que tanto la juez de conocimiento, como el Tribunal no le dieron trámite a la petición de nulidad que en representación de la Fiscalía formuló

cuando no se le permitió ejercer la contradicción del testimonio del menor Brayan Andrés Sierra.

En criterio de la impugnante, la juez limitó la intervención de la Fiscalía en contravía del principio de igualdad de armas predicable de las partes.

En consecuencia, solicita a la Sala casar la sentencia y dictar la de reemplazo en la que se condene a J.M.F. como coautor responsable del concurso delictual imputado o subsidiariamente se declare la nulidad de los numerales 7º, 10 y 11 del acta de juicio oral de 12 de abril de 2008 y las decisiones posteriores a fin de que se continúe con el juicio.

Consideraciones de la Corte

El carácter teleológico que informa la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) es garantizar a los niños, a las niñas (personas entre los 0 a 12 años) y a los adolescentes (entre los 12 y 18 años) su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad rodeados de un ambiente de felicidad, amor y comprensión en el cual prevalezca el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, con total imparcialidad sin dar cabida a alguna forma de discriminación.

Ese ordenamiento tiene también por objeto establecer normas de carácter sustantivo y adjetivo encaminadas a la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes para garantizar así el ejercicio de sus derechos y libertades, asunto que compete tanto a la familia, como a la sociedad y al Estado.

Bajo tales premisas se estableció el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes integrado por principios, normas y trámites que deben observar las autoridades administrativas y judiciales en lo que tiene que ver con la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por los adolescentes infractores.

Ello responde al criterio orientador de las aludidas *Reglas de Beijing* de la ONU acerca de que la justicia de menores se debe concebir como “*parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberá administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad*”, al tiempo que se prevé como objetivo de la misma el buscar el bienestar de los menores (regla 5.1).

De acuerdo con el artículo 144 de la Ley 1098 de 2006 para el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, salvo reglas especiales de procedimiento

allí dispuestas, se aplicarán las disposiciones contempladas en la Ley 906 de 2004, exceptuándose aquellas que sean contrarias al interés superior del adolescente.

A su turno, el numeral 4° de artículo 163 del estatuto de la infancia preceptúa que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia conocer del recurso extraordinario de casación y de la acción de revisión.

En consecuencia, ante el recurso de casación interpuesto contra una sentencia proferida en segunda instancia por la Sala de Asuntos Penales para Adolescentes de un Tribunal Superior, resulta incontrastable su viabilidad en esta sede extraordinaria toda vez que el artículo 181 de la Ley 906 de 2004 establece tal medio de impugnación como mecanismo de control constitucional y legal de las sentencias de segunda instancia en los procesos que se hayan adelantado por delitos cuando se afecten los derechos o garantías fundamentales, pues en tal preceptiva, a diferencia de lo que ocurría en los ordenamientos adjetivos precedentes, no hay limitación respecto del cuántum punitivo impuesto por el delito, ni la autoridad judicial que emite el fallo de segundo grado.

Lo anterior impone que cuando se trate de sentencias de segundo grado adoptadas en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes para el recurso de casación se deban atender todas las previsiones que perfilan la impugnación extraordinaria bajo la Ley 906 de 2004, no solo en lo que respecta de las causales taxativamente señaladas, sino también para satisfacer los fines para los cuales está prevista de buscar la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, así como la unificación de la jurisprudencia.

En este orden, el demandante en casación deberá tener en cuenta que su pretensión ha de estar demarcada por las finalidades del recurso, por lo cual ha de acreditar la afectación de derechos o garantías fundamentales, además de señalar la causal por la que opta con el desarrollo adecuado de los cargos que le dan sustento y demostrar la necesidad del fallo de casación, so pena que por su incumplimiento el libelo no sea admitido, tal y como lo dispone el artículo 184 de la Ley 904 de 2006.

Así mismo, el control constitucional y legal de la sentencia de segundo grado le imprime al recurso su carácter de extraordinario, de ahí que no escapen a él la observancia de las reglas de coherencia, precisión y claridad que conduzcan al cabal entendimiento del reparo, por lo tanto, además de los fundamentos de lógica, de debida argumentación y de contenido de los cargos que la Corte debe verificar al momento de estudiar el libelo, ha de analizar la necesidad de su intervención en sede de casación con miras a cumplir alguna de las finalidades del

recurso, porque si advierte la imperiosa protección o restauración de un derecho fundamental y por ello precisarse de fallo, ha de superar las falencias técnicas formales del libelo con su consecuente admisión.

Las anteriores precisiones conceptuales le permiten a la Corte advertir, que si bien le asiste interés a la representante de la Fiscalía para impugnar la sentencia de segundo grado mediante la cual se confirmó la absolución proferida a favor del adolescente J.M.F., por los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego, el desarrollo de las tres censuras que fórmula resulta desafortunado con los argumentos lógicos, de debida argumentación y demostración que se deben observar, situación que les resta la aptitud requerida para su admisión.

En primer lugar, la libelista no se sujeta a las exigencias del principio de prioridad que gobierna este trámite, según las cuales, primero deben ser propuestas las situaciones que conlleven nulidad de la actuación y luego las que devienen de las otras causales de casación. Aquí postula como último el cargo por nulidad, cuando debió proponer en primer lugar los desafueros procesales con aptitud de afectar la validez del trámite judicial porque de prosperar haría inocuo el análisis de las restantes censuras.

Igualmente, exhibe una misma argumentación tanto para el primer cargo por violación directa de la ley sustancial, como para la censura basada en la nulidad cuando resalta que en la audiencia de juicio oral la juez ordenó la declaración del menor Brayan Andrés Sierra recepcionada a través de la defensora de familia sin que se le hubiera permitido a la Fiscalía conainterrogarlo y sin atender su petición de nulidad basada en tal anomalía.

Así las cosas, olvida la recurrente que es diferente el soporte jurídico y argumentativo de cada reproche, pues para denunciar la ilegalidad del fallo debido a un yerro de juicio se debe admitir la validez de la actuación y formular una solución acorde bien por la aplicación indebida, la exclusión evidente o la interpretación errónea del precepto, lo que no sucede con el reproche por anulación, precisamente por el vicio que afecta el diligenciamiento.

Del mismo modo, la presentación que de la actuación hace la representante de la Fiscalía no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto una revisión somera del diligenciamiento permite advertir que a través de la cámara de Gesell y por intermedio de la defensora de familia se le recibió el testimonio al menor Brayan Andrés Sierra, testigo de la Fiscalía, con el cuestionario que previamente elaboró ese ente acusador, luego de su evacuación, la juez le formuló otras preguntas con el fin de aclarar sus respuestas, sin que la Fiscalía haya hecho

alguna manifestación tendiente a lograr su contradicción a través del cotejo con lo vertido en la entrevista preliminar.

Resulta evidente que la juez sustentó su posición de recibir la declaración del menor en las previsiones del artículo 150 de la Ley 1098 de 2006, que precisamente establece que cuando los niños, niñas o adolescentes sean citados como testigos en los procesos penales que se adelanten contra los adultos, sus declaraciones solo podrán ser tomadas por el defensor de familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez, siempre que las preguntas no sean contrarias al interés superior del menor, previendo la excepcional intervención del juez *“para conseguir que este responda a la pregunta que se le ha formulado o que lo haga de manera clara y precisa.”*

Además, de aceptar que es posible conainterrogar al menor, el Tribunal puso de presente la inactividad de la Fiscalía en ese aspecto por cuanto se conformó con simplemente dejar constancia de la divergencia del dicho del testigo respecto de su inicial manifestación en la entrevista, pues *“podía haberle solicitado a la Juez que por intermedio de la defensora de familia se le colocara de presente la entrevista por él rendida, para refrescarle la memoria, conforme lo permite el procedimiento al conjugar el contenido de la Ley 906 de 2004 y la Ley 1098 de 2006, por cuanto la primera permite tener las entrevistas con el propósito de refrescar la memoria e impugnar la credibilidad, hecho que bien hubiere podido tener ocurrencia frente al testimonio de BRAYAN, y la segunda normatividad, que aunque dispone que únicamente puede interrogársele al menor por parte de la defensora de familia previo cuestionario enviado por la Fiscalía, juez y defensa esta última solo formulará preguntas que no sean contrarias al interés del menor, se itera, solo ella en particular interrogará haciendo uso de la cámara getzel –sic–, lo que en este caso no ocurrió por cuanto la Fiscalía solo atinó a dejar constancia de la contradicción que existe entre el contenido de la entrevista y la declaración de BRAYAN pero no se hizo uso de la entrevista ya para refrescar su memoria o para impugnar su credibilidad, quedando entonces dicho contenido sin el ejercicio por la defensa material y técnica de la contradicción de la misma conllevando la imposibilidad de ser valorada en conjunto con el testimonio así rendido en curso de la audiencia del juicio oral por parte de BRAYAN”.*

La misma presentación sofisticada del libelo se advierte cuando indica que la petición de nulidad basada en la forma como no se permitió conainterrogar al menor Brayan Andrés Sierra no fue atendida, por cuanto en el registro de la lectura de fallo se constata que tal pedimento se negó dada su presentación extemporánea, ya que fue allegado el 14 de abril de 2008, un día antes de la audiencia de lectura de fallo (15 de abril) cuando ya con anterioridad, desde el 1° del mismo mes y año al finalizar la audiencia de juicio oral la juez había anunciado el sentido de fallo declarando que no había lugar a la imposición de medida de protección con miras

a fijarle una sanción por cuanto era aplicable el principio *in dubio pro infante* para su absolución².

Tampoco explica la demandante las razones por las cuales, para el proceso adelantado contra un adolescente infractor no resultaba aplicable el artículo 150 de la Ley 1098 de 2006 y cómo al desarrollarse en la forma como fue recepcionado entorpeció su ejercicio como representante del ente acusador, falencia que no puede suplir la Corte en virtud de principio de limitación que comanda este recurso.

A su turno, en lo que concierne al reparo fundado en errores probatorios por error de hecho incurre la impugnante en una mixtura al sembrar un falso juicio de existencia en relación con la entrevista del menor Brayan Andrés Sierra, un falso juicio de identidad de su testimonio vertido en la audiencia de juicio oral y un falso raciocinio al no haberse contemplado todo el material probatorio, además, de mostrarse carente de la necesaria explicación lógica y de incidencia frente a la parte resolutive del fallo.

Efectivamente, cuando se denuncian yerros fácticos debe precisar el demandante si los juzgadores erraron al apreciar la prueba, bien porque pese a obrar en el diligenciamiento no la valoraron (*falso juicio de existencia por omisión*); ya porque sin figurar en la actuación supusieron que allí aparecía y la tuvieron en cuenta en su decisión (*falso juicio de existencia por suposición*); ora porque al considerarla distorsionaron su contenido cercenándola, adicionándola o tergiversándola (*falso juicio de identidad*); o también, cuando sin incurrir en alguno de los yerros referidos derivaron del medio probatorio deducciones que contravienen los principios de la sana crítica, esto es, los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de la experiencia (*falso raciocinio*).

El falso juicio de existencia que pregona ante la falta de apreciación de la entrevista rendida por el menor Brayan Andrés Sierra, la cual entraba en contradicción con su testimonio en el juicio, además de no precisar de qué forma la falta de apreciación incidió en el fallo de absolución, olvida que en el sistema de enjuiciamiento criminal implementado por la Ley 906 del 2004 solo se consideran pruebas las que han sido presentadas y sometidas al debate en el juicio oral, según el principio de inmediación contemplado en el artículo 379: “El Juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia” y lo dispuesto en el artículo 16 del mencionado

² Artículo 189 de la Ley 1098 de 2006: “Concluidos los alegatos de los intervinientes en la audiencia de juicio oral el juez declarará si hay lugar o no a la imposición de medida de protección, citará a audiencia para la imposición de sanción”

ordenamiento: *“En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento”*.

Por lo tanto, se advierte la precariedad del reparo, toda vez que la entrevista no es considerada como prueba autónoma e independiente, al ingresar la prueba a través de la comparecencia del testigo al juicio oral, sin que el escrito que contiene aquella supla la atestación posterior, independiente es que tales escritos se puedan hacer valer en el juicio para preguntar al deponente, refrescar su memoria e impugnar su credibilidad o aclarar sus respuestas.

En relación con este tema, la Sala con anterioridad ha precisado la connotación probatoria que revisten las declaraciones previas y los informes en las actuaciones que se surten en el sistema acusatorio colombiano en el sentido que si bien no tienen el carácter de prueba autónoma e independiente en los términos del artículo 347 de la Ley 906 de 2004, pueden ser valorados en su contenido cuando frente a ellos se ha ejercido el derecho de contradicción durante el juicio oral a través de la impugnación de la credibilidad del testigo, ya que en esos eventos se entienden incorporadas al testimonio rendido en dicha fase procesal³.

Referente al falso juicio de identidad que postula por haberse tergiversado el dicho del menor Brayan Andrés, ya que este sí mencionó al procesado en su declaración, y el Tribunal afirmó lo contrario, también se advierte lo pseudológico de la presentación de la libelista por cuanto el juzgador destacó que el atestante solo se refirió a los sujetos conocidos con los sobrenombres de *“guachito”* y *“pocho”* como los realizadores de la conducta, a quienes describió, sin referirse al menor J.M.F., o al apodo con el que es conocido como ejecutor de la occisión, y que la presencia de este en el escenario de los hechos le fue referida al testigo Brayan Andrés por parte de las personas que estaban al frente de la casa de la víctima al indicarle que momentos antes había quebrado los vidrios de la edificación, luego no se trataba que él directamente lo hubiera visto en ese lugar.

Por lo anterior, el Tribunal consideró que no era posible tener como probada la presencia de J.M.F., *“con apoyo en lo manifestado por los investigadores de la policía judicial, a través de los cuales se introdujo el informe de policía judicial y las entrevistas de BRAYAN ANDRÉS SIERRA, MARÍA FABIOLA GONZÁLEZ y DIDIER BENHUR RODRÍGUEZ ÁNGEL, por cuanto iteramos este no lo mencionó y de aceptar como cierto el dicho sobre este hecho que conlleva la posibilidad de residenciar responsabilidad penal en contra del*

³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de casación de 9 de noviembre de 2006. Radicación 25738. En el mismo sentido auto de 7 de febrero de 2007, radicación 26727.

señor JMF., estaríamos dando lugar a una condena con prueba de oídas y peor de oídas de parte de quien fue a declarar y no sostuvo lo mismo que les comentó a los policiales en su entrevista...”,

La mixtura de la libelista se corrobora cuando en el falso juicio de identidad que pregona en relación con el dicho del menor Brayan Andrés Sierra, afirma que las conclusiones a las que arribó el juzgador son desatinadas y sin fundamento, postura que no responde un error en la aprehensión fáctica de la prueba, sino de su valoración, lo que le imponía plantear un falso raciocinio con la denuncia del desafuero en el proceso intelectual del fallador, indicando en todo caso cuál debió haber sido su correcta estimación con la obligación de acreditar que la enmienda del yerro daría lugar a un fallo esencialmente diverso y favorable a los intereses del ente acusador, actividad que no acometió.

Por último, tampoco la fórmula que hace del falso raciocinio por no haber tenido en cuenta el Tribunal el resto del material probatorio, como los indicios en contra del menor infractor logra motivar la atención de la Corte, toda vez que tal postulado se enmarcaría en un falso juicio de existencia, precisamente por la omisión de pruebas, máxime que no las identifica, ni construye la prueba circunstancial que permitiría predicar la responsabilidad penal del adolescente en los delitos investigados.

Como se concluye que la demanda no será admitida, es necesario señalar que no se ve la necesidad de superar sus defectos para decidir de fondo, ni se observa con ocasión del fallo impugnado o dentro de la actuación violación de derechos o garantías de las partes para motivar la intervención oficiosa de la Corte en aras de su debida protección.

Precisión Final

En consideración a que contra la decisión de no admisión de la demanda de casación procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en el artículo 186 de la Ley 906 de 2004, es necesario precisar que como allí no se regula su trámite, la Sala⁴ clarificó su naturaleza y definió las reglas que habrán de observarse para su aplicación, como sigue:

1. La insistencia es un mecanismo especial, ajeno a la naturaleza impugnatoria que solo puede ser promovido por el demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la providencia mediante la cual la Sala decide no admitir la demanda de casación.

⁴ Sentencia del 12 de diciembre de 2005 Rad. 24322.

2. La solicitud de insistencia puede elevarse ante el Ministerio Público a través de sus Delegados para la Casación Penal, ante uno de los Magistrados que hayan salvado voto en cuanto a la decisión mayoritaria de no admitir la demanda o ante uno de los Magistrados que no haya intervenido en la discusión y no haya suscrito el referido auto de inadmisión.
3. Es facultativo del Magistrado disidente, del que no intervino en los debates o del Delegado del Ministerio Público ante quien se fórmula la insistencia, optar por someter el asunto a consideración de la Sala o no presentarlo para su revisión, evento último en que informará de ello al peticionario en un plazo de quince (15) días.
4. El auto a través del cual no se admite la demanda de casación trae como consecuencia la firmeza de la sentencia de segunda instancia contra la cual se formuló el recurso de casación, salvo que la insistencia prospere y conlleve a la admisión del libelo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelve

No admitir la demanda de casación interpuesta por la Fiscal

Seccional de la Responsabilidad Penal del Adolescente de Cali, por las razones anotadas en la anterior motivación.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad de la demandante elevar petición de insistencia en los términos precisados por la Sala en la presente decisión.

Notifíquese y cúmplase

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS
MARTÍNEZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ
DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS
JULIO ENRIQUE SOCHA

YESID RAMÍREZ BASTIDAS
JAVIER ZAPATA ORTIZ

SALAMANCA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

Proceso No. 30645
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

María del Rosario González de Lemos

Aprobado Acta No. 061.

Bogotá D. C., cuatro (4) de marzo de dos mil nueve (2009).

181

Vistos

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por la Fiscal Ciento Cincuenta y Nueve Seccional de Cali, contra la sentencia absolutoria de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de la misma ciudad el 12 de junio de 2008, mediante la cual revocó el fallo de responsabilidad dictado el 14 de mayo de 2008 por el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de la capital vallecaucana contra *J.B.M.Z.*¹, a quien se declaró responsable penalmente en calidad de autor del delito de tentativa de homicidio en *Estiven Álvarez*.

Hechos

En la tarde del 1º de septiembre de 2007, el adolescente *J.B.M.Z.* ingresó al inmueble ubicado en la carrera 25 A No. 36 A – 31 de la ciudad de Cali y, sin mediar palabra, hirió con proyectil de arma de fuego a *Estiven Álvarez*, quien pese a haber permanecido en estado de coma por varios días, fue salvado por los galenos que le prestaron oportuna y adecuada asistencia médica.

¹ Como esta decisión eventualmente puede ser publicada, se omite mencionar el nombre del adolescente acusado. Lo anterior, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 47 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), según el cual los medios de comunicación no deben **“dar el nombre, divulgar datos que identifiquen o que puedan conducir a la identificación de niños, niñas y adolescentes que hayan sido víctimas, autores o testigos de hechos delictivos”**.

Actuación Procesal

Ante el Juzgado Tercero Penal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Cali, la Fiscalía Ciento Cincuenta y Nueve Seccional solicitó la orden de captura de *J.B.M.Z.*

En audiencia realizada el 22 de noviembre de 2007, el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías declaró legal la captura de *J.B.M.Z.*, a quien la Fiscalía le imputó, en calidad de autor, la comisión de la conducta punible de homicidio en grado de tentativa en *Estiven Álvarez*, la cual no aceptó.

Dentro de dicha diligencia, a instancia del ente acusador, se impuso al adolescente medida de internamiento preventivo en centro de atención especializado por tres meses.

El 18 de diciembre de 2007 se presentó el escrito de acusación ante el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Funciones de Conocimiento y el 16 de enero de 2008 se formuló acusación por el mismo delito que dio lugar a la medida cautelar personal.

Posteriormente, el 13 de febrero de 2008, se realizó la audiencia preparatoria y el día 25 del mismo mes y año se dio comienzo al juicio oral, donde a petición de la Fiscalía y la defensora de familia el juez ordenó recibir el testimonio de la víctima, *Estiven Álvarez*, quien luego de una larga convalecencia recuperó su lucidez mental, la cual había perdido como efecto secundario de las heridas padecidas.

El juicio oral se reanudó el 6 de marzo de 2008 y la sesión programada para el día 17 de igual mes y año se aplazó por cuanto el adolescente no fue trasladado del centro de atención especializado donde se encontraba.

Concedido el cese de la medida de internamiento preventivo por razón del vencimiento del término de su vigencia, el 26 de marzo de 2008 nuevamente se suspendió la continuación del juicio oral ante la inasistencia de la víctima y el 2 de abril siguiente por la incomparecencia del defensor. Finalmente, se dio por concluido el día 8 del mismo mes.

El 14 de mayo de 2008 se dictó sentencia declarando al adolescente *J.B.M.Z.* responsable penalmente del delito de homicidio en grado de tentativa cometido en la persona de *Estiven Álvarez*, sancionándolo con privación de la libertad en el Centro de Formación Juvenil del Valle por cuatro (4) años.

Al desatar el recurso de apelación interpuesto por el defensor contra el fallo del *a quo*, el Tribunal Superior de Cali lo revocó mediante sentencia del 12 de junio de 2008, para en su lugar absolver al adolescente *J.B.M.Z.*, decisión contra la cual la Fiscalía presentó impugnación extraordinaria y allegó el libelo oportunamente, planteando dos reproches por violación indirecta de la ley sustancial, los cuales fueron admitidos por esta Sala mediante auto del 14 de octubre de 2008.

La audiencia de sustentación del recurso de casación se llevó a cabo el 11 de noviembre siguiente.

El Libelo

1. Primer cargo: Violación indirecta de la ley por falso juicio de legalidad respecto de la declaración de la víctima.

Al amparo de la causal tercera de casación establecida en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, la recurrente sostiene que en la sentencia se incurrió en error de derecho por falso juicio de legalidad negativo en relación con el testimonio de la víctima *Estiven Álvarez*.

Preliminarmente señala cómo en la audiencia de formulación de acusación la Fiscalía sostuvo, con fundamento en el dictamen médico legal práctico al ofendido, que era imposible su declaración por cuanto presentaba “*rigidez generalizada y neurológicamente estaba estacionario sin interactuar con el medio externo*”, razón por la cual en la audiencia preparatoria no solicitó su testimonio.

Sostiene que sorpresivamente la víctima se presentó el día del inicio del juicio oral, razón por la cual el ente acusador ofreció las razones por las cuales debía ser escuchada en declaración, petición que fue coadyuvada por la defensora de familia, a lo cual accedió el Juez.

Por lo tanto, considera equivocada la conclusión del Tribunal al negarle validez a dicha prueba con el argumento de que en un sistema de corte acusatorio y adversarial el Juez no puede cargarse al lado de una de las partes ordenando pruebas de oficio, pues estas deben ser solicitadas en la audiencia preparatoria de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 374 de la Ley 906 de 2004, por cuanto la única excepción es la prevista en el artículo 357 *ibidem*.

Así las cosas, contrario a la postura del Juez Colegiado, considera que no se desconoció lo normado en el artículo 361 de la ley en cita.

Agrega, que el descubrimiento probatorio no se produce en un “*acto o momento único, ni existe una sola manera de suministrar a la contraparte las evidencias, elementos y medios probatorios, [pues] lo importante es facilitar a todos los sujetos procesales el acceso real a los medios que la contraparte utilizará en su teoría del caso*”, conforme se desprende del artículo 344 del Estatuto Procesal Penal.

Tras recordar la diferencia entre prueba ilícita y la ilegal con fundamento en el criterio fijado por la Corte², señala que el Tribunal erró al clasificar dentro de esta última categoría la declaración de la víctima por no ser solicitada en la oportunidad prevista en el artículo 374 de la Ley 906 de 2004, ni estarse ante la situación excepcional consagrada en el artículo 357 *ibídem*, toda vez que para llegar a esa conclusión ignoró los motivos por los cuales originalmente no se pidió la práctica de dicho medio de conocimiento.

Expresa que resulta insuficiente fundamentar la ilegalidad del testimonio del ofendido en su presunta solicitud extemporánea y en que la defensora de familia carecía de funciones de Ministerio Público, pues ha debido verificar si en verdad se había vulnerado el debido proceso.

En tal virtud, sostiene que no había motivos para excluir la prueba, por cuanto se realizó en el juicio oral y en presencia del defensor, a quien se le permitió controvertirla.

Añade que no se tuvieron en cuenta los parámetros fijados por la Corte, en particular porque “*el Juez debe hacer una valoración, un discernimiento, acerca de la omisión de la formalidad insustancial, cosa que el ad quem pasó por alto, porque no argumentó en su sentencia, el por qué esta omisión en el decreto de la prueba, comportaba indefectiblemente su exclusión*”.

En consecuencia, pide casar la sentencia y en su lugar confirmar el fallo de primer grado donde se declaró responsable penalmente al adolescente, una vez se apreció en su integridad el testimonio de la víctima.

2. Segundo cargo: Violación indirecta de la ley por falso juicio de existencia sobre el testimonio de *Luis Enrique Romero Libreros*.

Nuevamente, con apoyo en la causal tercera de casación contenida en el artículo 181 del Estatuto Procesal Penal, la Fiscalía afirma que en el fallo se incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia por omisión en relación con el testimonio de *Luis Enrique Romero Libreros*.

² Cfr. Sentencia del 7 de septiembre de 2006.

En respaldo de la censura señala que a pesar de haberse practicado esa declaración observando el debido proceso, el Tribunal omitió valorarlo sin expresar la razón de ello.

Sostiene que esta versión es trascendente por cuanto con fundamento en ella se demostraba la culpabilidad del adolescente acusado al ser el único testigo presencial que dio cuenta detallada del suceso, el cual fue claro, coherente y ausente de contradicciones, quien, incluso, trasladó a la víctima a un centro asistencial.

A partir de lo expuesto, la Fiscalía solicita a la Sala casar el fallo y en su lugar declarar penalmente responsable al menor acusado.

Audiencia de sustentación

1. Intervención de la Fiscalía en condición de demandante

La Fiscal Delegada ante esta Corporación señaló en relación con el **cargo primero** que de acuerdo con el inciso 4º del artículo 344 de la Ley 906 de 2004 y el criterio fijado por la Corte³, excepcionalmente el descubrimiento puede darse en el juicio cuando alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativo que deba ser descubierto.

Señala que en el caso particular se dio esa circunstancia, por cuanto la víctima solo apareció recuperada una vez se instaló el juicio oral y, por tal motivo, la Fiscalía pidió se le escuchara su testimonio.

Aduce que si bien se entendió que la defensora de familia había solicitado la prueba como si se tratara del Ministerio Público, ello no permite restarle validez al dicho de la víctima, pues, en realidad, cuanto esa funcionaria pidió la declaración, lo hizo para demostrar la inocencia del adolescente y así coadyuvar la teoría del caso de la defensa, quien sostuvo que el acusado no se encontraba en el lugar de los hechos cuando ocurrieron.

Afirma que bajo este entendimiento no se vulneró ningún derecho del adolescente y, por lo tanto, el Tribunal se equivocó al desconocerle validez al testimonio del ofendido.

³ Cfr. Sentencia del 21 de febrero de 2007. Rad. 25920.

Manifiesta que si bien la prueba solicitada por la defensora de familia buscaba exonerar al adolescente, no podía vaticinar su contenido definitivo y, por ello, el Juez Colegiado erró al restarle eficacia por resultar contraria a los intereses de aquel.

Puntualiza que no debió desconocerse el testimonio de la víctima por el hecho de haber sido solicitado por la defensora de familia, ni tampoco porque terminara siendo adverso a los intereses del inculpado.

En relación con el **segundo cargo**, sostuvo que no obstante el Tribunal le dio validez al testimonio de *Luis Enrique Romero Libreros*, lo excluyó al entender violado el principio de concentración y por ello, dictó sentencia absolutoria.

Precisa que la petición de exclusión de la prueba invocada por la defensa obedeció a que esta no se había solicitado oportunamente sin embargo, aclaró que ello no era cierto, por cuanto simplemente se invirtió el orden de los apellidos del deponente al ordenar escucharlo.

De otra parte, en su criterio el tema propuesto por el defensor no resultaba inescindiblemente vinculado al principio de concentración y, por ello, no se debió excluir el testimonio de *Luis Enrique Romero Libreros*.

Adicionalmente, recuerda que en ningún momento el Juez Unipersonal admitió haber olvidado el contenido de la versión del referido declarante, funcionario que además contó con los medios técnicos para consultar el alcance de lo narrado por el deponente.

Incluso para la Fiscal Delegada no era posible volver a escuchar al testigo, por cuanto había sido ultimado después de ofrecer su versión de los hechos.

En consecuencia, pide casar la sentencia por cuanto los testimonios de *Estiven Álvarez* y *Luis Enrique Romero Libreros* fueron válidamente practicados.

2. Intervención del Ministerio Público

En relación con el **primer cargo**, señala existen excepciones a la regla según la cual en el juicio oral únicamente pueden evacuarse los medios de conocimiento solicitados en la audiencia preparatoria, tal como la establecida en el inciso final del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, la cual en efecto tuvo ocurrencia en el *sub judice* al hacer aparición la víctima, de quien aun en la audiencia preparatoria se conocía de su estado grave a causa de las heridas padecidas y, por ello, no estaba en condiciones de declarar.

Señala el Procurador Delegado que ante el deseo del ofendido de ofrecer su versión, la Fiscalía formuló la solicitud para que esa evidencia fuera descubierta, petición a su vez avalada por la defensora de familia, y en consecuencia, el Juez decidió admitir su práctica.

Con apoyo en jurisprudencia de esta Sala⁴, en la cual se expresa que la excepcionalidad consagrada en el artículo 344 del Estatuto Procesal Penal no se extiende a las pruebas “*que conociéndose con antelación, o siendo evidentes y obvias, no se hubiesen enunciado ni descubierto en las oportunidades legales para ello, por causas atribuibles a la parte interesada en la prueba*”, expresa que puede darse el caso de evidencias que “*son conocidas*” pero “*no son obvias*”, como ocurrió en el caso de la especie, debido al estado de salud del ofendido, cuyo compromiso neurológico le impedía testimoniar.

Asevera que es derecho de las víctimas ser escuchadas, conforme lo preceptúa el literal d) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004, derecho que estima modulado por el artículo 361 *ibidem*, porque “*cuando por motivos de índole constitucional el Juez arribe a la convicción de que es imprescindible decretar una prueba de oficio, antes de hacerlo debe expresar con argumentos cimentados las razones por las cuales en el caso concreto la aplicación del artículo 361 produciría efectos inconstitucionales, riesgo ante el cual, aplicará preferiblemente la Carta, por ser la «norma de normas», como lo estipula el artículo 4° constitucional*”.

En consecuencia, solicita casar el fallo del Tribunal por cuanto incurrió en error de derecho al excluir el testimonio de la víctima a pesar de haberse practicado con fundamento en lo dispuesto en el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal.

Respecto del **segundo cargo**, expresa que en realidad se presentó un error de argumentación del Tribunal, porque antepuso el principio de concentración desarrollado en el artículo 454 del Estatuto Procesal Penal para viabilizar la apreciación del testimonio de *Luis Enrique Romero Libreros*.

Precisa que el Tribunal dio énfasis a la pérdida de memoria del juez para colegir que la declaración debía repetirse y, como ello no ocurrió, era necesario excluirla, tras lo cual concluyó que ante la ausencia de prueba de cargo se imponía la absolución del adolescente.

Finalmente expresa que si se aceptara el desconocimiento del principio de concentración, el remedio era declarar la nulidad de la audiencia para procurar su repetición, pero no excluir la prueba.

⁴ Sentencia del 30 de marzo de 2006, Radicado 24468.

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio Público solicita casar la sentencia para dejar sin valor el fallo impugnado y en su lugar confirmar la decisión de primera instancia.

3. Intervención del Defensor de Familia

Una vez señala la conformación de la Defensoría de Familia y destaca sus deberes frente al sistema de responsabilidad penal para adolescentes, indica que no se vulneró el principio de concentración, por cuanto las suspensiones del juicio no fueron atribuibles al Juez de conocimiento y, entre cada una de ellas, no transcurrieron más de diez días.

Estima equivocada la postura del apoderado judicial del acusado, quien pretende restarle importancia al Defensor de Familia, pues si bien no se debe asimilar al Ministerio Público, su intervención resulta de especial importancia para lograr los postulados de verdad, justicia y reparación.

Considera que no se puede propender a toda costa por la libertad de un adolescente, cuando es el mismo medio en el que interactúa donde se ve amenazado, por lo cual juzga necesario brindarle al joven la oportunidad de reflexionar en un espacio terapéutico en condiciones de dignidad y protección.

Afirma que la víctima debió ser escuchada, en atención a su imposibilidad física para comparecer con anterioridad.

En relación con el testimonio de *Luis Enrique Romero Libreros*, quien fuera asesinado días después de haber declarado, señala que fue identificado claramente, contrario a lo señalado por la defensa.

Una vez pone de presente la situación sociofamiliar del acusado, solicita a la Corte se pronuncie acerca de los alcances de la actuación del Defensor de Familia en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes.

Con fundamento en lo expuesto, solicita casar la sentencia y dejar en firme el fallo de primera instancia.

4. Intervención del defensor del acusado

Se opone a la pretensión del **primer cargo**, pues de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, la audiencia de formulación de acusación es la oportunidad para que la Fiscalía realice el descubrimiento probatorio y la

audiencia preparatoria es el escenario para solicitar la práctica de los medios de conocimiento.

Aduce que si en verdad el ente acusador hubiera tenido interés en el testimonio de la víctima, así lo habría expuesto en la audiencia preparatoria, pese a que se hallara en incapacidad de declarar.

Indica que con razón el Tribunal declaró la ilegalidad de la prueba, por cuanto no se demandó su práctica en el momento estipulado en el artículo 374 del Estatuto Procesal Penal.

Señala que la versión del ofendido no solo se ordenó en la audiencia del juicio oral, sino que a la defensora de familia se le otorgaron facultades propias del Ministerio Público, en contra de sus deberes de preservar los derechos del adolescente acusado.

En consecuencia, deprecia no casar la sentencia.

Sobre el **segundo cargo** expresa que de acuerdo con el artículo 454 de la Ley 906 de 2004, el desarrollo de la audiencia del juicio oral deberá ser continua, no obstante, en este caso se presentaron varias interrupciones, por lo que a la postre el testimonio de *Luis Enrique Romero Libreros* se “recibió 45 días después de iniciado el juicio oral”.

Advierte que en este caso no se presentó ninguna situación excepcional, pues la postergación del testimonio anotado fue fruto de la inasistencia en un par de ocasiones del declarante y en otra atribuible al Juez.

Expresa que por tal motivo se vio afectada la memoria del funcionario judicial, pues el paso del tiempo afecta su percepción sobre los medios de conocimiento y, a su vez, se ve mermada su valoración al olvidar detalles señalados en las pruebas.

En consecuencia, el defensor solicita a la Sala no casar el fallo atacado.

Consideraciones de la sala

Cuestión previa

Estima la Sala necesario, dada la temática sobre la cual ha de pronunciarse en este caso, hacer referencia preliminarmente a la normatividad que debe tenerse en cuenta frente al sistema de responsabilidad penal para adolescentes, precisar la orientación que ha de guiar la interpretación de la misma e, igualmente, efectuar algunas consideraciones en torno **al rol del defensor de familia y al**

principio de publicidad frente a los procesos adelantados con fundamento en el mencionado sistema de responsabilidad penal.

Sobre el sistema de responsabilidad para adolescentes

Aun cuando el Congreso no diseñó un cuerpo normativo totalmente independiente para regular la investigación, juzgamiento, control de la sanción de adolescentes, así como lo relativo a la reparación del daño y el trámite cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos, el Libro Segundo de la Ley 1098 de 2006 contiene un conjunto de disposiciones que permiten concluir que se trata de una legislación especial a través de la cual el Estado colombiano se pone a tono con los tratados suscritos sobre la materia⁵.

Ese marco regulatorio, debe decirse, es complementado por las normas de la Ley 906 de 2004, en razón de la expresa remisión consagrada en el artículo 144 del Código de la Infancia y la Adolescencia, con excepción de aquellas disposiciones “*que sean contrarias al interés superior del adolescente*”.

Igualmente, es preciso acotar que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6º y 141 de la Ley 1098 de 2006, hacen parte integral del estatuto las normas contenidas en la Carta Política, los Tratados o Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada mediante la Ley 12 de 1991.

En este sentido, también habrá que tener en cuenta la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y aprobado mediante la Ley 74 de 1968, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y aprobado por conducto de la Ley 74 de 1968 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrita en 1969 y aprobada en virtud de la Ley 16 de 1972.

El listado, en materia penal, se completa con las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), adoptadas por la Asamblea General en Resolución

⁵ Cfr. Sentencia C-740 del 23 de julio de 2008.

45/112 del 14 de diciembre de 1990 y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad, adoptadas por la Asamblea General en Resolución 45/113, también el 14 de diciembre de 1990.

De este inventario normativo surge entonces un conjunto de postulados bajo los cuales debe guiarse la dinámica del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, entre ellos, la **garantía reforzada de los derechos fundamentales** (integridad personal, dignidad, igualdad, intimidad, debido proceso, derecho de defensa, legalidad, favorabilidad, presunción de inocencia, libertad, protección, educación, etc.), la necesaria determinación de los rangos de edad de los menores, el trato diferenciado con los adultos y la **naturaleza eminentemente pedagógica de la actuación procesal y la sanción, respecto de lo cual las autoridades señaladas en el artículo 163 de la Ley 1098 de 2006 son las llamadas a garantizar, en cada caso, tales principios.**

Ahora, del artículo 140 del Código de la Infancia y la Adolescencia surge otro postulado regulador de la actividad de los distintos funcionarios, pues, en caso de enfrentar conflictos normativos, deben *“privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema”*.

La naturaleza protectora tanto de las normas como del alcance que se les debe dar, conduce a reiterar, según se advirtió inicialmente, que se está frente a una legislación especial.

Así las cosas, **el sistema de tendencia acusatoria acogido en la Ley 906 de 2004, no puede aplicarse a los adolescentes con independencia de la normatividad y los postulados antes mencionados.**

Esto desde luego trae consecuencias moduladoras profundas **respecto del Código de Procedimiento Penal**, por cuanto **no es posible aplicar sus categorías de manera íntegra al sistema de responsabilidad penal para adolescentes.**

En concreto, se observa la participación de un mayor número de intervinientes, pues a los ya reconocidos en la Ley 906 de 2004, se agrega la presencia del defensor de familia, quien deberá estar presente en **“todas”** las actuaciones que se surtan en las distintas etapas del proceso con el propósito de acompañar al adolescente y verificar que se le estén garantizando sus derechos.

A su vez, **el principio de publicidad**, característica esencial del sistema acusatorio, **se deja en manos del juez.**

El defensor de familia en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes

Dos aspectos deben abordarse en relación con el defensor de familia, de un lado, **cuál es la calidad** que ostenta en relación con los demás participantes en el proceso y, de otra parte, **hasta dónde puede llegar** su intervención.

Para resolver lo primero es preciso recordar que, de acuerdo con el artículo 144 de la Ley 1098 de 2006, ***“salvo las reglas especiales de procedimiento definidas en el presente libro⁶, el procedimiento del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes se regirá por las normas consagradas en la Ley 906 de 2004 (Sistema Penal Acusatorio), exceptuando aquellas que sean contrarias al interés superior del adolescente”***, por lo tanto, es necesario acudir a ese cuerpo normativo para concretar quiénes están legitimados para actuar.

En el Título IV del Código de Procedimiento Penal, relativo a las *“partes e intervinientes”*, aparece definido que la Fiscalía, la defensa y el imputado tienen el carácter de partes, en tanto la víctima ostenta la de interviniente, además, en el Título III *ibídem* se reconoce al Ministerio Público esta última condición.

Ahora, la calidad de parte o interviniente en la Ley 906 de 2004 tiene una especial significación, por cuanto si se trata de lo segundo, se presenta una limitación en las posibilidades de actuación.

Visto el artículo 146 de la Ley 1098 de 2006, se evidencia que las facultades del defensor de familia respecto del sistema de responsabilidad para adolescentes, se contraen a acompañar al adolescente para verificar que se le estén garantizando sus derechos, a su vez, en el artículo 163-8 se reitera esa obligación y agrega que también puede tomar medidas *“para su restablecimiento”*, en el párrafo primero del artículo 177 se le impone el deber de asegurar que en cumplimiento de cualquiera de las sanciones previstas por la citada ley, el adolescente esté vinculado a un sistema educativo y, finalmente, en el artículo 189 se indica que en caso de ser declarado responsable el adolescente, allegará un estudio en el cual por lo menos contenga la *“situación familiar, económica, social, psicológica y cultural del adolescente y cualquier otra materia que a juicio del funcionario sea de relevancia para la imposición de la sanción”*.

De lo anterior se sigue que **el defensor de familia, en relación con el adolescente sometido al sistema de responsabilidad penal, tiene unas**

⁶ Es decir, el Segundo donde se regula el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, así como los procedimientos especiales para cuando los niños, las niñas o adolescentes son víctimas de delitos.

funciones especiales y, por lo tanto, debe catalogarse como *interviniente* bajo las precisas facultades conferidas en el Libro Segundo del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Obviamente, ello en manera alguna lo limita para ejercer las funciones administrativas que con independencia del sistema de responsabilidad penal le compete desarrollar respecto del adolescente imputado, conforme al artículo 52 de la Ley 1098 de 2006.

Así las cosas, ***en todo momento el defensor de familia debe conservar sus funciones de (i) prevención, (ii) protección, (iii) garantía de derechos y (iv) restablecimiento de los mismos, aún en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes.***

Queda entendido que ***si dentro de esas precisas facultades debe hacer peticiones al Juez, ellas deberán tener directa relación con las facultades antes señaladas, en aras de consultar el interés superior del adolescente y de preservar los roles que deben cumplir cada una de las demás partes e intervinientes.***

Sobre el principio de publicidad

Como quedara precisado en líneas precedentes, la Ley 1098 de 2006 remite al Código de Procedimiento Penal para efectos de integrar el sistema de responsabilidad penal para adolescentes.

En relación con el punto concreto del principio de publicidad, el **artículo 18 de la Ley 906 de 2004** señala que “*La actuación procesal será pública*”, pero a su vez modula su aplicación, entre otros eventos, cuando el Juez considere que se “*exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir*”.

Por su parte el Código de la Infancia y la Adolescencia, en su artículo 147 dispone que “*Las audiencias que se surtan en el proceso de responsabilidad penal para adolescentes, ante los jueces de control de garantías y ante los jueces de conocimiento, serán cerradas al público si el juez considera que la publicidad del procedimiento expone a un daño psicológico al niño, niña o adolescente. Cuando así lo disponga, en ellas solamente podrán intervenir los sujetos procesales*”.

De lo anterior se extrae que es **en manos del juez que queda la decisión de restringir el principio de publicidad.**

Sobre el particular señaló la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de la mencionada norma:

“Manifiesta el demandante que al disponer el Art. 147 de la Ley 1098 de 2006 que, en el proceso de responsabilidad penal para adolescentes, los jueces de control de garantías podrán decidir que las audiencias sean cerradas al público cuando su publicidad exponga al menor a un daño psicológico, contraviene los Arts. 44, 45, 93 y 94 de la Constitución.

*Relativamente a este cargo debe señalarse que **ni la Constitución Política ni los tratados internacionales mencionados en los enunciados normativos de estas consideraciones exigen la reserva de los procesos de responsabilidad penal para adolescentes**, en todo o en parte, por causa del interés superior del niño y de la protección especial que los mismos le otorgan. En consecuencia, el legislador, en ejercicio de su potestad de configuración normativa en materia de procedimientos (Arts. 29, 114 y 150, Nums. 1 y 2, C. Pol.) puede regular el desarrollo de las audiencias dentro de dichos procesos en forma amplia, siempre y cuando respete los valores, principios y derechos constitucionales.*

En este asunto la norma parcialmente acusada dispone que los jueces de control de garantías y de conocimiento podrán determinar que las audiencias sean públicas o privadas, lo cual deberán decidir conforme a cada caso, atendiendo a su naturaleza y características, a las condiciones del adolescente y, en particular, a los posibles efectos psicológicos negativos de la publicidad de las audiencias sobre el mismo. La norma otorga así un voto de confianza al juez, como garante o como director del proceso, para lograr la efectividad de la protección especial del adolescente.

A este respecto es oportuno tener en cuenta que conforme a lo previsto en el Art. 163, parágrafo 2º, de la misma Ley 1098 de 2006, que trata de la integración del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, la designación de quienes conforman dicho sistema deberá recaer en personas que demuestren conocimiento calificado de derecho penal, y de infancia y familia, y de las normas internas e internacionales relativas a derechos humanos, lo cual lógicamente garantiza en mayor medida los derechos de los adolescentes.

Por estas razones, las expresiones demandadas contenidas en el Art. 147 de la Ley 1098 de 2006 confieren una protección adecuada al adolescente a quien se imputa la comisión de delitos y no vulneran las normas constitucionales indicadas, por lo cual serán declaradas exequibles, por el cargo examinado”⁷.

⁷ Cfr. Sentencia C-740 del 23 de julio de 2008.

De otra parte, la regulación del principio de publicidad es complementada por el 153 del Código de la Infancia y la Adolescencia, donde se dispone:

“Las actuaciones procesales adelantadas en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, solo podrán ser conocidas por las partes, sus apoderados, y los organismos de control.

La identidad del procesado, salvo las personas mencionadas en el inciso anterior, gozará de reserva.

Queda prohibido revelar la identidad o imagen que permita la identificación de las personas procesadas”.

Como esta norma alude a las **“diligencias”**, **debe entenderse que se refiere al conjunto de registros y documentos de toda índole en los cuales se recoja la actuación procesal en sus distintas etapas, mas no a las audiencias que se surtan ante los jueces de control de garantías o de conocimiento del sistema de responsabilidad penal para adolescentes**, reitérese, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 147 de la Ley 1098 de 2006.

Ahora, como el **artículo 189** del Código de la Infancia y la Adolescencia, en su inciso segundo prevé que *“Las sanciones se impondrán en la audiencia del juicio oral que debe ser continua y privada, so pena de nulidad”*, es preciso señalar sobre el particular que **el legislador de forma expresa excluyó la audiencia del juicio oral de la publicidad**, lo cual armoniza con lo señalado por la Corte Constitucional, en el sentido de que ostenta libertad de configuración en esa materia, disposición que en efecto se atendió en este caso.

Efectuadas las anteriores consideraciones, procede la Sala a ocuparse de responder los reproches formulados por la demandante contra la sentencia de segunda instancia.

1. Primer cargo: Violación indirecta de la ley por falso juicio de legalidad respecto de la declaración de la víctima

Para la casacionista, el Tribunal no debió negarle validez al testimonio rendido por la víctima, señor *Estiven Álvarez*, pues su práctica se llevó a cabo con fundamento en lo dispuesto en el **inciso 4º del artículo 344 de la Ley 906 de 2004**, norma conforme a la cual el descubrimiento de pruebas puede darse en el juicio cuando alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativo que debiera ser descubierto.

Al respecto, observa la Sala que el Tribunal, para adoptar la decisión reprochada por la libelista, imprimió un enfoque equivocado a la discusión jurídica objeto de debate, pues partió de la base según la cual la prueba la solicitó la defensora de familia interviniente. Bajo esa errónea premisa, centró su discurso en el tema relacionado con la facultad excepcional que el inciso final del artículo 357 de la Ley 906 de 2004 otorga al Ministerio Público para solicitar pruebas no pedidas por las partes, esforzándose por demostrar que esa figura no es asimilable a la del defensor de familia. **Al amparo de esa óptica, concluyó que este último carecía de facultad para pedir el testimonio de la víctima.**

La revisión del registro magnetofónico respectivo enseña una realidad procesal muy distinta a la entendida por el *ad quem*. En efecto, tras darse inicio al juicio oral, según sesión realizada el 25 de febrero de 2007, las partes se acercaron por unos momentos al estrado y luego de conversar privadamente con el director de la causa regresaron a su lugar, momento en el cual la Fiscalía tomó la palabra para manifestar lo siguiente:

“Su señoría, una vez nos acercamos al estrado las partes o sujetos procesales, señora Defensora de Familia y el señor defensor Oswaldo Muñoz, la Fiscalía le dejó de presente la intención del ente acusador de solicitarle de manera respetuosa al señor Juez se escuche en testimonio al adolescente, perdón, al joven Estiven Álvarez, quien es la víctima en estos hechos que son materia de investigación, toda vez que en la audiencia preparatoria la Fiscalía no lo citó como testigo, pues, porque de los dictámenes médico legales que se encuentran dentro del informativo, estaba acreditado que el paciente, o sea Estiven Álvarez, neurológicamente estaba estacionario sin interactuar con el medio externo, presentaba rigidez de las cuatro extremidades... lo cual quedó evidenciado en el dictamen de fecha 13 de diciembre de 2007. Igualmente de las entrevistas se advertía que el joven tampoco podía hablar normalmente sino que presentaba vacíos en su memoria y decía cosas incoherentes para esa época, pero en el día de hoy el joven Estiven Álvarez se hizo presente ante la Fiscalía y en aras del descubrimiento de la verdad real de los hechos, como es la función de los señores jueces de la República y, atendiendo al bloque de constitucionalidad y teniendo en cuenta además, que es un hecho cierto que existe una víctima en estas diligencias investigativas y que no es otra diferente que Estiven Álvarez, principalmente él es la persona que podrá dar luces al señor Juez acerca de la verdad de los hechos y de quien es el autor de los mismos, la Fiscalía le ha presentado a usted solicitud para escucharlo en declaración en este juicio”.

Como también lo informa el registro técnico en mención, la defensora de familia se limitó apenas a coadyuvar la solicitud efectuada por la Fiscalía. En esas condiciones, la controversia jurídica que resultaba (y resulta) imperioso definir

no era si la Defensoría de Familia ostenta las mismas facultades del Ministerio Público, como lo estimó el Tribunal, **sino si se presentaron las circunstancias que autorizaban al órgano acusador a solicitar en desarrollo del juicio oral la práctica de una prueba no descubierta oportunamente ni pedida en la audiencia preparatoria.**

Al respecto, debe empezarse por destacar cómo el artículo 346 del Código de Procedimiento Penal de 2004 fija al juez la obligación de rechazar los elementos probatorios y evidencia física respecto de los cuales no se haya cumplido de manera correcta y completa el trámite de descubrimiento probatorio. **La norma en cita, empero, establece como excepción la circunstancia de acreditarse que el descubrimiento de la prueba “se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada”.**

En armonía con la aludida excepción, el inciso final del artículo 344 del ordenamiento procesal en mención señala lo siguiente:

“Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierta, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba”.

Sobre el alcance interpretativo de la disposición que se acaba de transcribir, la Sala tiene expresado lo siguiente:

*“Existe, sin embargo, la posibilidad de que ya en el juicio oral alguna de las partes intervinientes solicite la práctica de una prueba, la cual podrá ser decretada por el Juez, si se reúnen las condiciones exigidas en el inciso final del artículo 344 del Código de Procedimiento Penal. Es decir, que ese medio de prueba solicitado **se hubiere encontrado durante el desarrollo del juicio**, que sea muy significativo por su incidencia en el juzgamiento y que, por ende, deba ser descubierta”.*

“En tal evento, dice la norma, ‘oídas las partes y considerando el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio’, el Juez decidirá si excepcionalmente la prueba encontrada y solicitada es admisible o si debe excluirse”.

*“Un caso de esta naturaleza podría presentarse cuando de una prueba practicada en el juicio surja la necesidad de practicar otra; o cuando en desarrollo del juzgamiento alguna de las partes ‘encuentre’ o se entere sobre la existencia de **un medio de conocimiento que antes ignoraba, por alguna razón lógica y atendible**”.*

“No clasifican dentro de este rango de pruebas excepcionales (encontradas o derivadas), aquellas que conociéndose con antelación, o siendo evidentes y obvias, no se hubiesen enunciado ni descubierto en las oportunidades legales para ello, por causas atribuibles a la parte interesada en la prueba; entre ellas, incuria, negligencia o mala fe”⁸.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, **es factible entonces admitir aquellos elementos probatorios que, no habiendo sido descubiertos oportunamente, surgen en el curso del juicio, siempre y cuando la omisión de descubrimiento no obedezca a causas atribuibles a la parte interesada, como por ejemplo, por incuria, negligencia o mala fe.** Por lo mismo, si el medio de convicción se desconocía con anterioridad o no resultaba evidente y obvio, su admisión resulta obligada cuando la omisión de su descubrimiento no sea imputable a quien la solicita.

Es de anotar que, en criterio de la Corte, la viabilidad de admitir excepcionalmente elementos probatorios no descubiertos oportunamente, no desconoce los postulados establecidos en el sistema de responsabilidad penal para los adolescentes, sino que propende a la búsqueda de la verdad de lo ocurrido condicionado, desde luego, al respeto de los derechos del acusado.

También resulta oportuno precisar que aunque el inciso final del artículo 344 alude a elemento material probatorio y evidencia física, tal enunciación no se refiere exclusivamente a los medios de convicción puntualizados en el artículo 275 de la misma Ley 906 de 2004, sino a **todo aquel que tenga la potencialidad de convertirse en prueba una vez sea practicada en el juicio oral** (tal el caso de los testigos cuya declaración se solicita), según los términos del artículo 377 ibídem, como lo entiende la misma disposición primeramente citada cuando en su parte final utiliza la expresión “*prueba*” para reiterar la excepcionalidad de su admisión en el evento de concurrir los presupuestos allí regulados.

En el caso objeto de examen, se tiene que, como se puso de presente en precedencia, la Fiscalía al momento de solicitar en el curso del juicio oral el testimonio de la víctima, explicó que no pidió esa prueba en la audiencia preparatoria porque, según dictámenes médicolegales, dicha persona se encontraba en imposibilidad física y mental para rendir la declaración a raíz de las graves lesiones que había sufrido.

⁸ Sentencia del 30 de marzo de 2006. Rad. 24468.

Esa imposibilidad de declarar, la misma Fiscalía la dio a conocer en la audiencia de formulación de acusación cuando expresó:

“Su Señoría, es de anotar, para que quede en esta audiencia, que no se ofrece el testimonio del ofendido dado que Estiven Álvarez, de acuerdo con el dictamen médico sufre de una encefalopatía metafórica, es decir, sufrió una consecuencia en su cerebro, en su cabeza, al parecer tuvo una repercusión secundaria que le afectó su función cerebral, o sea esta persona no está en condiciones de rendir testimonio”.

De lo anterior surge indiscutible que si bien el órgano acusador conocía la prueba, su recaudo no resultaba en ese momento obvio y evidente, conforme lo expresó el Procurador Delegado en la audiencia de sustentación oral, pues su práctica se tornaba imposible por los quebrantos de salud que padecía el testigo, los cuales le impedían declarar. **Por consiguiente, su no descubrimiento y el hecho de no haber sido solicitada en la audiencia preparatoria, resultaban enteramente justificados.**

En tal virtud, si las circunstancias habían variado cuando se inició el juicio, porque la víctima para entonces recuperó sus facultades orgánicas y psíquicas al punto de ponerse en condiciones de testificar, **ningún obstáculo se ofrecía para que el juez ordenara la prueba.**

Resulta así evidente que el Tribunal incurrió en el yerro atribuido por la casacionista, pues no debió excluir el testimonio de *Estiven Álvarez*, argumentando su aducción ilegal.

Una intelección diversa a la expuesta, además, como de manera acertada lo pone de presente el Procurador Delegado durante su intervención en la audiencia de sustentación del recurso de casación, también erige afrenta grave a las garantías de las víctimas.

En efecto, la Sala ha sido enfática en sostener que en cuanto concierne a la intervención de las víctimas en la actuación procesal, el ordenamiento procesal, a más de privilegiar sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, amplía su posibilidad de acceso a la administración de justicia, para lo cual articula en su favor una amplia gama de derechos y facultades, con categoría de principio rector y, por ende, de aplicación obligatoria y prevalente frente a cualquier otra disposición del código, según deviene de la interpretación integral de los artículos 11 y 26 de la Ley 906 de 2004, prescribiendo el primero, entre otros, en su literal d), el siguiente derecho de las víctimas:

“d) A ser oídas y a que se les facilite el aporte de las pruebas”
(subrayas fuera de texto).

Lo anotado se explica por el anhelo del legislador de consagrar, a través de estas disposiciones, derechos específicos de las víctimas dentro del proceso penal y, a su turno, mecanismos concretos de justicia restaurativa (arts. 518 y ss. *ibidem*), con el fin de trascender el rol que anteriormente les caracterizaba cifrado en la mera pretensión económica, acorde con el propósito trazado en el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002, modificatorio del 250 de la Carta Política de 1991 que, por demás, elevó a rango constitucional su intervención dentro de la actuación penal.

Todo lo anterior a partir de reconocer que el principal derecho vulnerado de quienes sufren las consecuencias de un delito es el del respeto debido hacia la dignidad humana, valor superior en el cual se funda Colombia como Estado Social y Democrático de Derecho, según se encuentra expresamente reconocido en el artículo primero de la Carta Fundamental, postulado que no se logra exclusivamente con el reconocimiento de una indemnización patrimonial sino que exige alcanzar la verdad y la justicia en las investigaciones y que, dicho sea de paso, no sería integral si no se otorga la elemental prerrogativa de ser oídas dentro de la actuación penal.

Importa recabar, entonces, que a pesar de las limitaciones de la víctima derivadas de la naturaleza del modelo de enjuiciamiento contenido en la Ley 906 de 2004, como lo recalcó la Corte Constitucional en la sentencia C-209 de 2007, y en tanto no se le otorgó condición de parte sino de ***“interviniente especial”***, cuyas facultades no se pueden equiparar con las del procesado o la Fiscalía, no lo es menos que *“tiene algunas capacidades especiales que le permiten intervenir activamente en el proceso penal. En ese contexto, es necesario resaltar que cuando el constituyente definió que la etapa del juicio tuviera un carácter adversarial, enfatizó las especificidades de esa confrontación entre dos partes: el acusador y el acusado, dejando de lado la posibilidad de confrontación de varios acusadores en contra del acusado”*¹⁰ (subrayas fuera de texto).

De esa manera, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional, en la medida en que la jurisprudencia sobre el tema se ha ido decantando, han reconocido un catálogo importante de facultades procesales de las víctimas, fundamentalmente de control frente a determinados actos que pueden constituir menoscabo de sus intereses, de índole probatorio –limitadas en algunos aspectos en cuanto comportan resquebrajamiento del principio de igualdad de armas– y

⁹ Sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007.

¹⁰ *Ibidem*.

aquellas por virtud de las cuales se garantice su derecho de contradicción¹¹, como así se reconoció en la sentencia C-516 de 2007, al indicar:

“De ahí que para materializar los postulados de verdad, justicia y reparación la víctima puede recurrir al amparo de pobreza; impugnar la sentencia absolutoria; solicitar la revisión de la sentencia por procesos por violaciones a derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, cuando una instancia internacional haya concluido que dicha condena es aparente o irrisoria; que se le comunique las decisiones sobre el archivo de diligencias; el derecho que tiene de solicitar la práctica de pruebas anticipadas; de pedir el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica; de elevar observaciones sobre el descubrimiento de elementos materiales probatorios y de totalidad de las pruebas que se harán valer en la audiencia del juicio oral; de deprecar la exhibición de los elementos materiales probatorios y evidencia física con el fin de conocerlos y estudiarlos; de incoar la exclusión de pruebas

Ilícitas e ilegales; de pedir el control de legalidad de la decisión de no imponer medidas de aseguramiento y que se le dé protección directamente ante el juez competente, etc.”.

Si ello es así, con mayor razón se debe reconocer al sujeto pasivo de la conducta punible el primordial derecho que le asiste a ser escuchado directamente dentro de la actuación penal, a fin de que exponga cuanto le conste en relación con la forma como ocurrieron los hechos o en pos de que individualice autores o partícipes de la infracción cuya comisión le acarreó un perjuicio que demanda resarcimiento.

En el caso de la especie, el interés de la víctima *Estiven Álvarez* de rendir testimonio en relación con los hechos solo hasta la audiencia del juicio oral, encuentra plena justificación en razón a que, como ya se ha señalado, no pudo comparecer con antelación en virtud de su deplorable estado de salud, debidamente acreditado en el proceso y padecido a consecuencia del atentado cometido contra su vida que activó esta investigación, de suerte que el funcionario de conocimiento procedió

¹¹ Acerca de los derechos y prerrogativas de las víctimas en el marco del proceso penal acusatorio, pueden consultarse, entre otras, las siguientes decisiones de esta Sala: auto de 23 de agosto, rad. 28040 y fallo del 1º de noviembre, rad. 26017, de 2007; auto del 29 de agosto, rad. 30280 y fallo del 16 de diciembre, rad. 29484, de 2008; y autos del 6 de marzo, rad. 28788, 23 de abril, rad. 29542 y del 15 de mayo, rad. 29251, de 2008; así como las sentencias de la Corte Constitucional C-591, C-979 y C-1154 de 2005; C-046 y C-454 de 2006, y C-209 y C-516 de 2007.

correctamente al acceder a su práctica en dicho estadio procesal, pues de haberse opuesto a su realización, bajo el prurito de que la prueba no fue descubierta en la oportunidad legal establecida en el artículo 474 del estatuto procesal penal, hubiera conculcado sus derechos y garantías de rango constitucional y legal.

Es más, considera la Sala que, aun prescindiendo de la solicitud de su testimonio a instancias del fiscal, según atrás se explicó plenamente legitimado en este evento para elevar la petición, el juez de conocimiento no podía sustraerse a su práctica, en atención a que **la víctima, en determinados casos, no es sujeto dependiente del fiscal para hacer valer sus derechos al interior del modelo acusatorio de enjuiciamiento criminal**, sino que goza de autonomía, como se advierte en la referida sentencia C-209 del máximo Tribunal Constitucional:

“También resalta la Corte que el numeral 7 del artículo 250 Superior esboza los rasgos básicos del rol que cumplen las víctimas dentro del proceso penal. En primer lugar, este numeral establece el carácter de interviniente que tienen las víctimas dentro del proceso penal acusatorio colombiano al decir que ‘la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal’. En segundo lugar, la facultad de intervención que tienen las víctimas se ejerce de manera autónoma de las funciones del Fiscal. Si bien el Acto Legislativo 03 de 2002 radicó en cabeza del Fiscal la función de acusar, no supedita la intervención de la víctima a la actuación del Fiscal

De lo anterior se concluye que la víctima del delito no es un sujeto pasivo de protección por parte de la Fiscalía, sino un interviniente activo, constitucionalmente legitimado para hacer valer sus derechos dentro del proceso penal instaurado por el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004”. (Subrayas fuera de texto).

Baste lo expuesto, para colegir, por consiguiente, que ninguna razón válida existía para aplicar la cláusula de exclusión respecto de esta probanza, como de manera errada lo hizo el Tribunal, de lo cual se sigue que incurrió en el yerro de apreciación probatoria denunciado en el primer cargo de la demanda, consistente en un error de derecho por falso juicio de legalidad en sentido negativo.

El cargo prospera.

2. Segundo cargo: Violación indirecta de la ley por falso juicio de existencia sobre el testimonio de Luis Enrique Romero Libreros

Con el propósito de acometer el estudio de la censura, considera la Sala oportuno: **(i) Establecer con precisión las razones expuestas por el *ad***

quem para **desestimar** el testimonio de **Luis Enrique Romero Libreros**, quien presenci6 directamente el desarrollo del acontecer motivo de este averiguatorio, (ii) **Ahondar** en los alcances del **principio de concentraci6n** de la prueba en el sistema penal acusatorio, y (iii) **Analizar** el caso concreto.

1. En el fallo de segunda instancia, luego de aludir al art6culo 454 de la Ley 906 de 2004, el Tribunal afirma:

“El presupuesto previsto por el inciso tercero para la repetic6n de un testimonio se da, sin duda alguna, en relaci6n con la trascendental declaraci6n de LUIS ENRIQUE ROMERO LIBREROS, pues 6ste (sic) fue recibido en (sic) 25 de febrero y el juicio oral concluy6 el 8 de abril, es decir, cuarenta y cinco d6as despu6s de o6do este testigo, t6rmino durante el cual el juez era vulnerable a influencias externas, cuya sola posibilidad enturbian (sic) conclusiones”.

“Adicionalmente a ello, las tres suspensiones que tuvo el juicio no se ajustaron a los par6metros de la norma inmediatamente citada, lo que incide, de manera bastante clara, en la transparencia y validez del juicio. Ninguna de ellas tiene como motivo una circunstancia sobreviniente de ‘manifiesta gravedad’; la primera fue suspendida sobre la base de que el juez ten6a luego otra audiencia; la segunda por motivo de que la v6ctima no estaba disponible para declarar, raz6n que motiv6 tambi6n la tercera suspensi6n. Es incuestionable que si el juez no se hubiese empe6ado en o6r la versi6n de STIVEN 6LVAREZ, contra los reparos legalmente f6rmulados de la defensa, la dilaci6n excesiva del proceso no habr6a ocurrido”.

A partir de lo anterior asever6 el Tribunal: *“No puede, en consecuencia, avalar la Sala la apreciaci6n de este testimonio por parte del juez, a quien le era obligatorio repetirlo. Al no hacerlo, viol6 el principio de concentraci6n, que lejos de ser un asunto de poca monta, es uno de los rasgos del juicio penal, de car6cter constitucional (Art. 250-4) de la Constituci6n”.*

Adicionalmente se6al6 el *ad quem* que *“tampoco de lo afirmado por ese testigo pod6a llegarse, sin m6s, a la plena convicci6n de la culpabilidad del acusado”.*

2. Alcances del **principio de concentraci6n**

El mencionado principio tiene, por lo menos, los siguientes alcances. **El primero**, referido a que las pruebas fundamento de las decisiones de m6rito no sean recaudadas a lo largo de todo el diligenciamiento, ni siquiera en cualquier momento del ciclo de juzgamiento, sino 6nicamente, por regla general, salvo excepciones regladas sobre el particular (v. g. prueba anticipada), de manera

concentrada en la oportunidad dispuesta para ello por el legislador dentro del debate oral.

El segundo, íntimamente relacionado con el *principio de inmediación*, se orienta a evitar que los medios de convicción arriben al conocimiento del juez a quien corresponde resolver el asunto, luego de haber sido recaudados por otros funcionarios, pues ello crea un escollo en el conocimiento directo y objetivo, sin intermediarios, que debe asistir al fallador sobre el asunto cuya reconstrucción intenta a través de las pruebas.

Es por ello, que en el sistema penal acusatorio no opera el *principio de permanencia de la prueba*, pues solo tienen la condición de medios probatorios aquellos practicados válidamente en la oportunidad dispuesta para ello en el juicio oral, no así los demás elementos materiales demostrativos y evidencias cuyo recaudo haya tenido lugar en la fase preprocesal o en la procesal previa al juzgamiento (artículo 16 de la Ley 906 de 2004).

Con dicha preceptiva se pretende evitar la desconcentración en el recaudo probatorio, como ocurría en estatutos procesales anteriores, en los cuales era posible que un funcionario inicialmente practicara pruebas y recaudara evidencias en la escena del delito dentro de la indagación preliminar, y otro adelantara la instrucción y también practicara diligencias, de manera que la fase probatoria del juicio quedaba relegada de manera residual a la aducción o práctica de aquellos medios de convicción que no era posible allegar anteriormente o, las más de las veces, a escuchar los alegatos de los sujetos procesales, proceder que distanciaba al juez del momento de recaudo, práctica o aducción de las pruebas con todas sus vicisitudes, capaces de brindarle mayores elementos de juicio en su apreciación y en la conformación de su criterio decisorio.

El tercero, en conexión con el *principio de contradicción*, propugna por conseguir que el debate librado por los sujetos procesales e intervinientes dentro del momento establecido para ello en el juicio respecto de la validez y aporte demostrativo de cada una de las pruebas en las cuales apoyan sus diferentes pretensiones e intereses, se surta delante del juez al que corresponde discernir, como tercero imparcial, de lado de quién y en qué medida se encuentra la razón.

Este alcance también brinda a los sujetos procesales e intervinientes la seguridad de que los elementos de juicio de sus contendientes serán conocidos en un momento específico definido para ello, y será allí cuando tendrán la oportunidad de adelantar sus estrategias conforme a sus intereses.

El cuarto, relacionado con el *principio de oralidad*, patrocina que el debate probatorio propio del juicio, así como las alegaciones que en él presenten los sujetos procesales e intervinientes, se realicen de manera oral, en procura de asegurar la agilidad y fidelidad a la actuación, “*sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido*” (artículo 9º de la Ley 906 de 2004).

El quinto, congruente con el *principio de continuidad*, apunta a que “*la práctica de pruebas y el debate deberán realizarse de manera continua, con preferencia en un mismo día; si ello no fuere posible se hará en días consecutivos, sin perjuicio de que el juez que dirija la audiencia excepcionalmente la suspenda por un término hasta de treinta (30) días, si se presentan circunstancias especiales que lo justifiquen*” (artículo 17 de la Ley 906 de 2004).

Específicamente, el artículo 189 de la Ley de Infancia y Adolescencia establece que la “*audiencia de juicio oral debe ser continua y privada, so pena de nulidad. Si la audiencia de juicio no puede realizarse en una sola jornada, continuará durante todas las audiencias consecutivas que fueren necesarias hasta su conclusión. Se podrá suspender por un plazo máximo de 10 días hábiles y la interrupción por más tiempo conlleva a la nueva realización del debate desde su inicio*”.

Desde luego, tal alcance del *principio de concentración* no precisa necesariamente de la realización del juicio oral en una sola audiencia y en un solo día, pues al utilizar el término “*no puede realizarse en una sola jornada*”, el legislador condicionó tal acontecer a que estén dadas las circunstancias para ello, esto es, siempre que sea posible en el contexto real donde se desarrolle dicha diligencia, por ejemplo, ponderando la complejidad del asunto, la cantidad de pruebas admitidas que deban practicarse, la necesidad de conducir a testigos renuentes, la inasistencia de los sujetos sin cuya presencia no resulta viable surtir el juicio, amén de las obligaciones del funcionario respecto de otros trámites cursantes en su despacho.

También fue voluntad del legislador evitar que mediara en la realización de cada una de las sesiones del juicio oral un tiempo capaz de configurar una dilación injustificada, motivo por el cual dispuso que la suspensión fuera en “*un plazo máximo de 10 días hábiles*”, siempre que ello obedezca a circunstancias especiales que lo justifiquen.

3. El caso concreto

Según se puede constatar en la actuación y los registros, la Fiscalía presentó el escrito de acusación el 18 de diciembre de 2007 y el 16 de enero del año siguiente formuló la respectiva acusación. El 13 de febrero siguiente tuvo lugar la audiencia preparatoria y el día 25 de ese mes comenzó el juicio oral, fecha en la cual se escuchó en declaración a *Luis Enrique Romero Libreros*.

Dicho ciudadano, esposo de una tía de la víctima, *Estiven Álvarez*, declaró que aproximadamente a las 7:25 de la noche del 1° de septiembre de 2007, al ingresar a su residencia escuchó dos disparos, dándose cuenta que *Estiven* cayó al piso, mientras que *J.B.M.Z.*, miembro de la pandilla Los Cuarenta, pasó por encima del cuerpo de aquel, nuevamente le disparó, se subió en una bicicleta y huyó. Entonces, mientras buscaba asistencia médica al herido, este le dijo que *B* era quien le había disparado, pues lo tenía amenazado.

A su vez, el declarante dijo que atribuía la comisión del delito a que días anteriores *Estiven* había evitado que *B* hurtara una bicicleta. El 2 de marzo de 2008 el testigo murió al ser herido por un desconocido en la misma ciudad, es decir, en Cali.

El juicio continuó el 6 de marzo, pero la sesión señalada para el 17 del mismo mes no se adelantó, toda vez que *J.B.M.Z* no fue trasladado del centro de atención especializado donde se encontraba.

No fue posible realizar la sesión agendada para el 26 de marzo de 2008, en atención a que habiéndose ordenado a instancia de la Fiscalía escuchar en declaración a la víctima, esta no compareció. Tampoco se surtió la sesión del 2 de abril siguiente por inasistencia del defensor del acusado.

El 8 de abril concluyó el juicio, oportunidad en la cual los sujetos procesales e intervinientes presentaron sus alegaciones finales y el Juez anunció el sentido del fallo, el cual se profirió efectivamente el 14 de mayo de la misma anualidad.

Del anterior recuento de la actuación encuentra la Sala que los argumentos expuestos por el Tribunal para desestimar el testimonio de *Luis Enrique Romero Libreros* carecen de asidero, de una parte, porque las suspensiones dispuestas en cada ocasión obedecieron a causas sobrevinientes de especial gravedad, tales como la importantísima oportunidad de escuchar en declaración a la víctima, en otra, la inasistencia del acusado y en la siguiente la inasistencia del defensor; todas ellas suficientes para advertir su trascendencia en el aporte demostrativo de la conducta investigada o en la legitimidad del trámite, so pena de acarrear su invalidación, sin que mediara entre una y otra más de diez (10) días hábiles.

Y de otra, porque no basta para desestimar la prueba aducir que entre la fecha en la cual se escuchó al testigo y cuando culminó el juicio transcurrieron cuarenta y cinco (45) días, pues menester resulta en cada caso particular ponderar las vicisitudes que acaecidas en dicho lapso, permitan verificar la dilación injustificada del diligenciamiento, de lo contrario, como ocurre en este caso, no se puede argumentar que resultó quebrantado el principio de concentración de la prueba.

Adicional a lo expuesto se tiene que el Tribunal no expresa por qué razón o de qué manera puede constatarse de forma efectiva que la duración del juicio oral tuvo injerencia de manera cierta y efectiva en el juez, acerca de la memoria de lo

sucedido en la audiencia, específicamente en cuanto se refiere a la declaración de *Luis Enrique Romero Libreros*, como que no basta argüir que durante dicho término “*el juez era vulnerable a influencias externas, cuya sola posibilidad enturbian (sic) conclusiones*”.

En suma, es claro que en este asunto no se presenta el error de hecho por falso juicio de existencia por omisión que denuncia la Fiscalía, pues el Tribunal sí se detuvo a considerar el testimonio de *Luis Enrique Romero Libreros*, solo que lo desestimó al concluir erradamente que se quebrantó el principio de concentración, argumento con el cual incurrió en violación indirecta de la ley sustancial por falta de aplicación de los artículos 27 y 103 de la Ley 599 de 2000, derivada de error de derecho por falso juicio de legalidad, por colegir que el transcurso de cuarenta y cinco (45) días entre la recepción del testigo de cargo y la fecha en la cual culminó el juicio oral, dicho medio de convicción debía ser desestimado.

Como ya reiteradamente lo ha expuesto la Sala, las disposiciones normativas de carácter ritual no se justifican por sí mismas, pues menester resulta en cada asunto ponderar su teleología y el ámbito de su protección, por cuanto de lo contrario se deriva no solo en desafortunadas aplicaciones de las mismas, sino en arbitrariedades e injusticias.

Consecuencia de la prosperidad de los cargos

Una vez establecido que los cargos propuestos por la Fiscal recurrente deben prosperar, en el sentido de que en este caso era procedente tener como pruebas válidamente practicadas, tanto la declaración de la víctima *Estiven Álvarez*, como del testigo presencial de los hechos *Luis Enrique Romero Libreros*, pruebas que incorrectamente desestimó el Tribunal, las cuales coinciden en señalar sin dubitación alguna al acusado como la persona que el 1° de septiembre de 2007 disparó contra el primero de los nombrados, se concluye más allá de toda duda razonable que el adolescente *J.B.M.Z.* fue el autor del delito objeto de acusación.

Así las cosas, si de conformidad con el recaudo de pruebas se imponía proferir sentencia de responsabilidad en contra del menor *J.B.M.Z.*, es claro que los señalados errores de apreciación probatoria resultan trascendentes en el sentido del fallo, todo lo cual impone a la Sala, como lo deprecó la Fiscal impugnante, así como la Fiscal Delegada ante esta Colegiatura y el Ministerio Público, casar la sentencia dictada por el Tribunal, para en su lugar, confirmar el proveído de responsabilidad de primer grado.

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

Resuelve

1. Casar la sentencia impugnada, en el sentido de revocar el fallo absolutorio proferido a favor del adolescente *J.B.M.Z.*, por las razones expuestas en la anterior motivación.

2. Confirmar, en consecuencia, el fallo de responsabilidad de primera instancia.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS
MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO
GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO
MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTIZ
Excusa Justificada

TERESA RUIZ NÚÑEZ
Secretaria

Proceso No. 30655
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

Jorge Luis Quintero Milanés

Aprobado acta N° 309

Bogotá D. C., veintisiete (27) de octubre de dos mil ocho (2008).

209

Vistos

La Sala define la competencia para conocer del recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Cartago con función de control de garantías que declaró la ilegalidad de la aprehensión de un adolescente.

Antecedentes

1. Observados los discos compactos en los cuales se hallan registradas las actuaciones surtidas en el trámite, se advierte que a finales del mes de junio de 2008, por información que fuera suministrada a los policiales, se tuvo conocimiento que una persona fue objeto de un disparo de arma de fuego, motivo por el cual aquellos emprendieron la persecución del agresor, advirtiendo que un sujeto, al notar la presencia de los uniformados, lanzó sobre un lugar despoblado la mentada arma, la que al ser requerida y aprehendida se supo que se trataba de un adolescente.

2. En virtud de los hechos en precedencia reseñados, el 30 de julio de 2008, se celebró ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con función de control de garantías de Cartago la correspondiente audiencia preliminar de legalización de la captura, fórmula de la imputación e imposición de medida. Sin embargo, en dicho acto el titular del despacho judicial declaró, mediante providencia de la fecha, la ilegalidad de la aprehensión del adolescente, decisión contra la cual se interpusieron las impugnaciones de rigor.

3. Por razón del recurso de apelación interpuesto contra la citada decisión, la Juez de Menores del Circuito con función de conocimiento de Cartago, se declaró incompetente para desatar la impugnación, en la medida en que la Sala de Casación Penal, “*de manera tangencial*”, anotó que la segunda instancia en los procesos de responsabilidad penal para adolescentes se surte ante la Salas de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal respectivo, razón por la cual dispuso el envío del diligenciamiento a ese despacho.

4. Por su parte, la Sala de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior de Buga, el 31 de julio de 2008, rechazó la competencia, en tanto que consideró que las hipótesis a que hace referencia la juez no guardan armonía con el presente caso, habida cuenta que se trataba de un impedimento de unos Magistrados en la etapa del juicio oral. Además, estimaron que el Código de la Infancia y la Adolescencia regla la solución del conflicto suscitado, para lo cual se permitieron reproducir una decisión de dicha Corporación.

Consideraciones de la corte

1. De acuerdo con el artículo 32, numeral 4°, de la Ley 906 de 2004 compete a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia definir la competencia cuando se trate de aforados constitucionales y legales, o de tribunales, o de juzgados de diferentes distritos, como sucede en este asunto.

Así, vale recordar que la competencia, como garantía del derecho a un juez instituido previamente, hace parte del derecho al debido proceso y se encuentra establecida taxativamente por la ley, de acuerdo con una serie de factores, tales como el objetivo, el subjetivo, el territorial, el funcional y el de conexidad.

2. El sistema de responsabilidad penal para adolescentes consagrado en la Ley 1098 de 2006, de acuerdo con su artículo 139, constituye el conjunto de principios, normas, procedimientos, “*autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de cometer el hecho punible*”.

Dicho sistema de responsabilidad penal para adolescentes tiene como finalidad que dentro de los trámites y/o las medidas que se adopten tengan carácter pedagógico, específico y “*diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral*”. De todos modos, el proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño.

Así mismo, en el Código de la Infancia y la Adolescencia y en la citada norma se plasmó que cualquier tipo de conflicto entre las disposiciones de esta ley con otras

leyes, así como también para su interpretación, *“las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema”*.

En el mismo sentido, el artículo 141 de la Ley 1098 de 2006 indica que los principios y definiciones consagrados en la Constitución Política, en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la presente ley se aplicarán en el sistema de responsabilidad para adolescentes.

Por último, recuérdese que los adolescentes quedan excluidos de responsabilidad penal, sin perjuicio de la responsabilidad civil de los padres o representantes legales. El artículo 142 del mentado estatuto consagra dos variantes, a saber:

1. La persona menor de catorce (14) años deberá ser *“entregada inmediatamente por la policía de infancia y adolescencia ante la autoridad competente para la verificación de la garantía de sus derechos de acuerdo con lo establecido en esta ley”*.

2. De la misma manera, tampoco pueden ser juzgadas, declaradas penalmente responsables y sometidas a sanciones penales *“las personas mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años con disparidad psíquica o mental, pero se les aplicará la respectiva medida de seguridad. Estas mismas situaciones deben probarse debidamente en el proceso, siempre y cuando la conducta punible guarde relación con la discapacidad”*.

Y, en lo que respecta al procedimiento aplicable, el artículo 144 estatuye que el mismo *“se regirá por las normas consagradas en la Ley 906 de 2004 (Sistema Penal Acusatorio), exceptuando aquellas que sean contrarias al interés superior del adolescente”*.

3. En el supuesto que ocupa la atención de la Corte, el problema jurídico planteado radica en establecer cuál es el funcionario competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra una decisión proferida por un juez de control de garantías dentro del trámite de actuaciones surtidas de conformidad con la Ley 1098 de 2008.

De acuerdo con el anterior marco normativo, surge incuestionable que la sistemática del proceso se surtirá bajo los pilares reglados en la Ley 906 de 2004, exceptuando aquellos institutos que resulten contrarios *“al interés superior del adolescente”*. Es decir, que comporta una etapa preprocesal y otra procesal, esta última donde se juzgará la conducta del adolescente infractor, según los parámetros fijados en dicha ley.

En tales condiciones, resulta lógico advertir que el trámite del presente asunto se rige en lo que la doctrina y la jurisprudencia denominan etapa

preprocesal, puesto que la inconformidad del impugnante radica en una decisión que adoptó un juez de control de garantías dentro de la audiencia preliminar estipulada en el artículo 154 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 12 de la Ley 1142 de 2007.

Por manera que el funcionario competente para resolver el recurso de apelación contra los autos proferidos por los jueces penales municipales cuando ejerzan la función de control de garantías está en los jueces penales del circuito, conforme a lo estatuido en el artículo 36, numeral 1º, de la Ley 906 de 2004.

Como atinadamente lo destaca la Sala de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior de Buga, dentro de dicho marco de competencia, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdo N° PSSAA07- 3933 del 20 de febrero de 2007 y como desarrollo de la Ley 1098 de 2006, creó los juzgados penales para adolescentes con función de control de garantías con calidad de juez penal municipal. Y, los jueces penales para adolescentes con funciones de juzgamiento, dentro de los que hacen parten los jueces de menores, por razón de la operatividad de la ley, los consideró en la categoría de jueces penales del circuito.

Vistas así las cosas, vale concluir que la decisión que adopte el juez en ejercicio de la función de control de garantías y contra la cual se interponga recurso de apelación corresponde al superior jerárquico de dicho funcionario desatarlo, que en este caso es la Juez de Menores del Circuito con función de conocimiento de Cartago, de acuerdo con el esquema de investigación y juzgamiento del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, que se rige según lo contemplado por la Ley 906 de 2004.

Además, no se puede pasar por alto que el artículo 165 de la multicitada Ley 1098 de 2006 estatuye, de manera perentoria, que los *“jueces penales para adolescentes conocerán del juzgamiento de las personas menores de dieciocho (18) años y mayores de catorce (14) años acusadas de violar la ley penal. Igualmente, conocerán de la función de control de garantías en procesos de responsabilidad penal para adolescentes que no sean de su conocimiento”*.

De ahí que el competente para conocer del asunto es el Juzgado de Menores del Circuito con función de conocimiento de Cartago, que ejerce como juez penal para adolescentes.

Por último, se impone aclarar que en la decisión que profirió la Corte el 28 de mayo del año en curso no se *“aludió tangencialmente”* que la competencia para

conocer del recurso de apelación radicaba, de manera única, en la Sala de Asuntos Penales para Adolescentes de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en la medida en que en esa oportunidad se estaba resolviendo de plano una manifestación de impedimento hecha por unos Magistrados con respecto al conocimiento del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de carácter condenatoria dictada contra un adolescente infractor.

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,**

Resuelve

1. **Declarar** que el competente para conocer del trámite contra el adolescente infractor es el Juzgado de Menores del Circuito con función de conocimiento de Cartago por las razones antes consignadas. Por lo tanto, envíese el expediente.
2. Por Secretaría de la Sala, infórmese lo decidido a la Sala de Asuntos Penales para Adolescentes adscrita al Tribunal Superior de Buga.
3. Comuníquese lo aquí decidido al representante judicial del adolescente infractor, a la Fiscalía, al Ministerio Público y demás intervinientes en este trámite.
4. Contra esta providencia no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase

Excusa Justificada

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS
MARTÍNEZ

Permiso
ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Permiso
MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ
DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS
JULIO ENRIQUE SOCHA
SALAMANCA

YESID RAMÍREZ BASTIDAS
JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ
Secretaria



IMPRENTA
NACIONAL
DE COLOMBIA

www.imprenta.gov.co
PBX (0571) 457 80 00
Carrera 66 No. 24-09
Bogotá, D. C., Colombia