

**UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA**



ALTERNATIVAS A LA APLICACIÓN DEL PARÁGRAFO DEL ARTÍCULO 57° DE LA LEY
1453/2011, EN RELACIÓN A LA REBAJA DE PENA APLICABLE A CAPTURADOS EN
SITUACIÓN DE FLAGRANCIA

KAREN JAZMÍN RAMÍREZ ROMERO
YORLEYNNY SILVA GUERRERO

ARTÍCULO

Revisó
JAVIER FRANCISCO FRANCO MONGUA
Abogado-Sociólogo
Magíster en Derecho Económico
Magíster en Derecho Comparado con Especialidad en Derecho Económico

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÀ
2013**

ALTERNATIVAS A LA APLICACIÓN DEL PARÁGRAFO DEL ARTÍCULO 57° DE
LA LEY 1453/2011, EN RELACIÓN A LA REBAJA DE PENA APLICABLE A
CAPTURADOS EN SITUACIÓN DE FLAGRANCIA

Yorleynny Silva Guerrero*

Karen Jazmín Ramírez Romero**

Resumen

Como consecuencia de los altos índices de criminalidad, que afronta la sociedad colombiana y las continuas informaciones que aparecen en los medios de comunicación respecto a actos terroristas y criminalidad organizada, el Gobierno Nacional con el fin de prevenir aquellos fenómenos que atentan contra las bases del estado social de derecho y en detrimento de la vida, honra y bienes de los ciudadanos, a través del Congreso expidió la ley 1453 de 2011, denominada Ley de Seguridad Ciudadana.

Disposición normativa orientada al cumplimiento de objetivos como; la eliminación de la impunidad y el aumento de la efectividad del procedimiento penal, sin afectar desde luego los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos.

No obstante, resulta evidente que al contrario de lo pretendido por el Gobierno, la entrada en vigencia de la ley de Seguridad Ciudadana y específicamente el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, trajo consigo incertidumbre, inseguridad jurídica y vulneración a derechos fundamentales.

* Abogada titulada de la Universidad Cooperativa de Colombia sede Santa Marta, Oficial Mayor del Juzgado Once Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá. Especialista en derecho Comercial de la Universidad del Rosario. Candidata a especialista del posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Este trabajo hace parte de la línea de investigación de Derecho Penal del grupo de Derecho Público de la Universidad Militar Nueva Granada. yorxy@hotmail.com.

** Abogada titulada de la Universidad Cooperativa de Colombia sede Bogotá, Oficial Mayor del Juzgado Veinte Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá. Candidata a especialista del posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Este trabajo hace parte de la línea de investigación de Derecho Penal del grupo de Derecho Público de la Universidad Militar Nueva Granada. Karen_jr@hotmail.com.

Lo anterior, generó dentro de los administradores de justicia un sin número de interpretaciones, muchas de ellas contrarias a los intereses de los capturados en flagrancia, y además desequilibrio y desigualdad frente al porcentaje de rebaja aplicable al capturado bajo alguna de las circunstancias contempladas por el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 57 de la ley 1453 de 2011.

Palabras claves

Captura en flagrancia, excepción de inconstitucionalidad, favorabilidad, igualdad, debido proceso, doctrina probable y precedente judicial.

ALTERNATIVES TO THE IMPLEMENTATION OF PARAGRAPH OF ARTICLE 57 OF LAW 1453/2011, ABOUT THE REBATE OF CAPTURED IN PUNISHMENT FOR FLAGRANCY

Abstract

Due to the high crime rates, facing Colombian society and the continuing reports appearing in the media regarding terrorism and organized crime, the national government in order to prevent those phenomena that threaten the foundations of the state law and social detriment of life, honor and property of citizens, through the 1453 law Congress passed in 2011, called public Safety Act.

Normative oriented objectives such as compliance, elimination of impunity and increasing the effectiveness of criminal procedure course without affecting the rights and constitutional rights of citizens.

However, it is clear that the opposite of what is intended by the Government, the effective date of the Public Safety Act and specifically the paragraph of Article 57 of Law 1453 of 2011, brought with it uncertainty, legal insecurity and violation of fundamental rights .

This led, in justice administrators countless interpretations, many of them against the interests of those caught in the act, and also against the imbalance and inequality reduction percentage applicable to captured under any of the circumstances described by the Article 301 of the Criminal Procedure Code as amended by section 57 of Act 1453 of 2011.

Keywords

Catch in the act, exception of unconstitutionality, favorability, equality, due process, probable doctrine and judicial precedent.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo busca establecer si la aplicación del párrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, vulnera derechos fundamentales de los capturados en situación de fragancia y si como consecuencia de ello, existe la necesidad de implementar alternativas tendientes a restablecer las garantías conculcadas.

En consecuencia, el problema jurídico planteado para investigación es establecer: ¿Cuáles son las medidas adecuadas para garantizar la materialización de los derechos fundamentales del capturado en fragancia según la aplicación del párrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011?. Para dar respuesta a la pregunta planteada, se ha tenido en cuenta el método inductivo con el cual se logró establecer las razones y motivos que llevaron al Gobierno

Nacional, a la expedición de la ley 1453 de 2011, y los fundamentos expuestos por los miembros del Senado y Cámara al momento de introducir el párrafo del artículo 57, a fin de comprender el espíritu de la Ley y la finalidad del mismo, empleando como instrumentos las Gacetas del Congreso y el informe de conciliación.

Adicionalmente, mediante pronunciamientos de diversos operadores judiciales con posterioridad al 24 de junio de 2011, fueron identificadas las distintas posturas frente al monto de la rebaja de la pena aplicable a los capturados en flagrancia, buscando las alternativas jurídicas a la aplicación del párrafo del artículo 57 de la ley de Seguridad Ciudadana, con el fin de restablecer las garantías y derechos fundamentales quebrantados con la aplicación de la norma en cita.

Para tal fin, se Determinaron conceptos requisitos de procedibilidad, la aplicación de excepción de inconstitucionalidad y principio de favorabilidad, como mecanismos restaurativos de garantías y derechos fundamentales de los individuos capturados en flagrancia.

Excepción de inconstitucionalidad frente a la aplicación del párrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011.

Previo a establecer, si para el operador judicial en un determinado caso en concreto es dable la inaplicación del contenido del párrafo 57 de la Ley 1453 de 2011, en lo que respecta a la rebaja de la pena aplicable al capturado en situación de flagrancia, se debe establecer en primera medida la fecha de comisión del hecho, para posteriormente identificar si la captura se efectuó de conformidad con alguna de las circunstancias contempladas por el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011.

Siendo pertinente comenzar por precisar el concepto de captura en flagrancia. Por cuanto este tiene su importancia en la aplicación progresiva del Código Penal y de Procedimiento Penal, por ser una figura que constituye una excepción al principio que limita la afectación de la libertad individual de una persona al pronunciamiento de una autoridad judicial competente.

Comenzando por indicar que desde sus inicios en el derecho Romano Germánico, la palabra flagrancia se derivó del latín “FLAGRA” cuyo significado es arder, brillar, estar flameante.

Ahora bien, doctrinariamente se ha pretendido conceptualizar la flagrancia de forma paralela a la captura en flagrancia, siendo evidente que la primera se relaciona al sorprendimiento actual en la comisión de un delito y la posterior individualización del sujeto activo, y segunda se constituye en la consecuencia de sorprendimiento, el cual hace viable la restricción al derecho fundamental de la libertad. (MANZINI), (CANCINO, 1995) y (NISMBLAT).

Establecidos la existencia de estos dos presupuestos, el funcionario judicial encontrará que efectivamente el caso en concreto se encuentra regido por lo dispuesto en la ley 1453 de 2011, **en lo que respecta únicamente al monto de la rebaja de pena por aceptación de cargos, más no en cuanto a la pena establecida por el legislador.**

El referido párrafo reza:

“...La persona que incurra en las causales anteriores solo tendrá ¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la ley 906 de 2004...”

La redacción de esa disposición ha conllevado a que los diferentes Jueces de la República lleguen a tomar decisiones diferentes sobre el monto de la rebaja que corresponde a las personas que aceptan cargos y que han sido capturados en situación de flagrancia.

Es así como en principio, se hizo una interpretación literal y armoniosa de la disposición con el contenido del artículo 351 de la ley 906 de 2004, concluyendo que si el beneficio de lo allí contenido es de una rebaja de hasta la mitad de la pena, y por regla general en aceptación de cargos ante el juez de control de garantías se concede una rebaja del 50%, el párrafo del artículo 57 de la ley 1453 de 2011, implica que deba hacerse una rebaja de la cuarta parte sobre el eventual 50% que se concedería a personas que no hayan sido capturadas en situación de flagrancia y que acepten cargos en la primera oportunidad ante el Juez de Control de Garantías.

Sin embargo, esa primera interpretación arrojó varios inconvenientes, tales como que no es posible asumir que la rebaja de pena contenida en el artículo 351 del C.P.P. corresponde a la mitad, pues no sólo la norma establece que es “hasta de la mitad de la pena”, sino que la Corte Suprema de Justicia, ha sido reiterativa en señalar a través de su jurisprudencia, que el monto de la rebaja por aceptación de cargos ante el Juez de Control de Garantías o en todo caso antes de la formulación de acusación, oscila entre la tercera parte y la mitad. Así lo ha precisado esa corporación en decisiones como (SENTENCIA 21954, 2005) y (SENTENCIA 24259, 2006)

Es decir, que no puede calcularse la rebaja de pena por el 50% para luego aplicar la rebaja de la cuarta parte contenida en el artículo 57 (LEY 1453, 2011), porque la rebaja de pena contenida en el artículo 351 del C.P.P. no es exacta sino que oscila entre la tercera parte y la mitad. Pero adicionalmente, esa teoría conllevaría a asumir que la rebaja de pena en casos de aceptación de cargos ante el Juez de Control de Garantías cuando la captura ha sido en flagrancia, implicaría una rebaja del 12.5% de la pena a imponer, lo cual resulta inferior al 33.3% establecido para la aceptación de cargos en la fase posterior a la formulación de acusación.

Por lo tanto, se presentó otra interpretación que asume que se debe respetar el porcentaje de rebaja de pena dependiendo de la fase en que se produce, por lo que la rebaja de la cuarta parte contenida en el artículo 57 (LEY 1453, 2011), debía aplicarse manera

proporcional a los montos de rebaja de pena establecidos para cada etapa procesal, procediendo a realizar una serie de cálculos matemáticos respetando dichas proporciones, interpretación que no es del todo aceptada debido a su complejidad y porque en últimas deja a discrecionalidad de cada juez la proporción de la rebaja.

Una interpretación derivada de la anterior plantea que de acuerdo al contenido del artículo 351, la rebaja mínima que se puede otorgar en caso de allanamiento a cargos en vigencia de la ley 1453 de 2011 es de 41.67% de la pena a imponer y la rebaja máxima será del 45.83%, bajo el entendido que el referido artículo 351 (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, 2004), contempla un máximo de rebaja más no una proporción exacta tras la utilización del vocablo “hasta” como manifestación de la facultad del juez. Criterio éste que fue aplicado diferentes operadores judiciales, entre ellos (CASO WILLIAM RIOS, 2011)

Otra disquisición, asume que la rebaja de la cuarta parte contenida en artículo 57 (LEY 1453, 2011), debe aplicarse a cada rebaja contemplada para cada etapa procesal, es decir, que debe hacerse una rebaja de la cuarta parte sobre la rebaja de la mitad de la pena y, cuando la aceptación se produzca en la imputación, será una rebaja de la cuarta parte sobre la tercera parte, del mismo modo, cuando la aceptación se produzca desde la presentación del escrito de acusación hasta antes de iniciarse el juicio oral, y la cuarta parte sobre la sexta parte de la pena cuando la aceptación se produzca instalado el juicio oral. Pero esa interpretación tampoco tuvo mayor acogida debido a su alta restrictividad.

Es entonces, cuando surgió otra interpretación al contenido del párrafo del artículo 57 (LEY 1453, 2011), y es la que considera a la simple lectura del artículo, que la rebaja de pena allí contenida se refiere a una cuarta parte, pero ésta sería de la totalidad de la pena a imponer. Sin embargo, esto de nuevo nos antepone al inconveniente, que la rebaja establecida a pena ante el Juez de Control de Garantías la cual sería inferior a la tercera parte contemplada en el artículo 352 (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, 2004) para la fase posterior a la presentación del escrito de acusación.

Fue así, como derivada de esa interpretación, surgió una nueva, que implicaba que la rebaja de la cuarta parte de la pena a imponer operara en cualquier momento del proceso, sin importar la fase en que se realice la aceptación de cargos, siempre y cuando la captura se haya efectuado en situación de flagrancia.

Es así, como dada la multiplicidad de interpretaciones, la Corte Suprema de Justicia a través de (SENTENCIA 36502, 2011), realizó un pronunciamiento tendiente a “unificar criterios”, a fin de establecer una única forma de interpretación frente al alcance de aplicación del párrafo del artículo 57 (LEY 1453, 2011), en donde estudió algunas de las posturas a las que ya hizo mención, para finalmente concluir de la siguiente manera:

“...Con el nuevo mecanismo se varió en la ley el esquema de las rebajas o los parámetros para hacerlas efectivas frente a la captura en flagrancia, porque antes -frente a la aceptación de cargos- entre más cercana o lejana a la imputación, la reducción era gradualmente mayor o menor, para cambiarlo ahora, ya no por la gradualidad o avance en la investigación o juzgamiento sino en virtud de una condición personal como la flagrancia. Lo que impera ahora es esa consideración personal y no ya una calificación cronológica procesal, que es lo que a la postre permite diferenciar las rebajas ordinarias (hasta la 1/2, hasta la 1/3, 1/6). Un panorama procesal como el establecido en la ley 1453/11, no hay duda, encuentra cabida en el poder de configuración legislativo.

Así las cosas, los verdaderos sentido y alcance de la restricción de 1/4 parte de la rebaja de pena en los casos de flagrancia conduce a concluir que tal guarismo es único y que tiene aplicabilidad con independencia de las etapas del proceso o en cualquiera de los momentos u oportunidades en que el imputado o acusado acepte los cargos, bien sea por allanamiento, o por preacuerdo con el Fiscal...”(negrillas fuera del texto)

Es decir, que la Corte Suprema de Justicia, al parecer en su sala mayoritaria, es partidaria de aplicar una rebaja de pena de la cuarta parte de la totalidad de la sanción a imponer, independientemente del momento procesal, cuando la captura se haya realizado en situación de flagrancia.

Sin embargo, en la misma sentencia la Corte afirmó, que esta tesis es inaceptable porque al aplicarse, se estaría atentando contra la filosofía del instituto jurídico procesal, el cual ha contemplado que a mayor contribución y mayor economía procesal, mayores serán beneficios a los que se puede hacer acreedor el sujeto pasivo de la acción penal. Dado que no se puede aplicar una mayor rebaja de la pena en una etapa procesal donde la administración de justicia ha sufrido un mayor desgaste.

Es debido a esas diferencias, que puede indicarse que contrario a las buenas intenciones de la Corte Suprema de Justicia en desarrollo de su labor pedagógica,² no se llegó a un único criterio de interpretación, lo cual aunado a muchas otras razones conllevó a que el Magistrado Sigifredo Espinosa Pérez realizara un salvamento total de voto respecto a la sala mayoritaria. (SENTENCIA 36502 , 2011).

Como consecuencia de lo anterior, y justamente ante la diversidad de criterios de interpretación respecto al ámbito de aplicación del parágrafo del artículo 57 de la ley 1453 de 2011, varios Despachos se apartaron de todas ellas y en su lugar aplicaron la excepción de inconstitucionalidad frente a tal disposición, contenida en el artículo 4° de la Constitución Política. Criterio que no sólo fue postulado por el Salvamento de voto del Magistrado Sigifredo Espinosa Pérez a la (SENTENCIA 36502 , 2011), la cual fue adoptada desde un primer momento entre otros por el Juzgado Penal del Circuito de Salamina (Caldas) (RADICADO 17-653-61-06-937-2011-80074, 2011), por el Juzgado 33 Penal Municipal de Medellín en decisión (RADICADO 05-001-60-00206-2011-46534, 2011) y

² La cual sea dicho de paso, no constituye un precedente jurisprudencial de obligatorio cumplimiento en razón a que su pronunciamiento se hizo en calidad de obiter dicta y no de ratio decidendi, pues debe decirse que en dicho pronunciamiento el aspecto que se planteó en sede académica aún cuando permite interpretar cuestiones jurídicas importantes, no tiene relación directa con la decisión adoptada, y aunque la misma presenta aspectos esenciales útiles en decisiones posteriores, no era aplicable al caso de estudio.

por el Juzgado 7° Penal Municipal con Funciones de Conocimiento (RADICADO 11001 60 00 013 2011 09202, 2011).

Siendo necesario indicar que la razón de ser de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, no surge de la responsabilidad moral de los jueces al interpretar el derecho, sino que es el control por vía de excepción que puede realizar el juez al momento de aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de herramienta se implementa a solicitud de parte o de oficio cuando el funcionario no encuentre ajustada la norma a postulados de justicia o cuando encuentre una norma contraria a la Constitución. Sin embargo es preciso aclarar que la norma inaplicada o exceptuada por inconstitucional no se extrae del sistema jurídico, esta continúa vigente, pues sus efectos recaen únicamente en las partes del proceso donde fue aplicada la excepción. (RODRÍGUEZ) y (USCATEGUI).

Y es que debe indicarse que la excepción de inconstitucionalidad contenida en el artículo 4° de la Constitución Política exige solo dos criterios para ser aplicada, los cuales han sido definidos por la Corte Constitucional de la siguiente manera: **1)** Que el contenido normativo de la disposición sea evidentemente contrario a la Constitución, y **2)** que la norma claramente comprometa derechos fundamentales. Pero adicionalmente, sobre el tema, esa Corporación ha precisado lo siguiente:

“...La hipótesis del artículo 4 de la Constitución carece justamente de la nota de la generalidad, puesto que la definición acerca de si existe o no la incompatibilidad entre la norma inferior y las fundamentales debe producirse en el caso específico, singular, concreto, y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda exceder ese marco jurídico preciso. Se habla entonces de un efecto inter partes, o circunscrito a quienes tienen interés en el caso. Y la norma inaplicada no se afecta en su vigencia general, aunque, por motivo de la inaplicación, no haya producido efectos en el asunto particular del que se trata. La excepción de inconstitucionalidad no ocasiona consecuencias en abstracto, ni puede

significar la pérdida de vigencia o efectividad de la disposición sobre la cual recae, ni tampoco se constituye, dentro de nuestro sistema jurídico, en precedente forzoso para decidir otros casos que, bajo distintas circunstancias, también estén gobernados por aquélla...” (Sentencias C-119 de 2008 y Auto 035 de 2009)

Así las cosas, y atendiendo la técnica fijada por la Corte Constitucional para aplicar la excepción de inconstitucionalidad, consideramos que aun cuando el párrafo del Artículo 57 de la ley 1453 de 2011 goza de presunción de constitucionalidad, al haber sido expedido dentro de una Ley aprobada por el Congreso como órgano de elección popular, hasta tanto no se dispusiera lo contrario por la Corte Constitucional a través de una decisión de inconstitucionalidad; lo cierto es que en nuestro criterio esa norma vulnera de forma evidente los principios de legalidad, favorabilidad y proporcionalidad, además de los derechos al debido proceso, defensa e igualdad contenidos en los artículos 29 y 13 (CONSTITUCIÓN POLÍTICA, 1991).

Para fundamentar la anterior afirmación se revisará de forma separada cada uno de los principios y derechos fundamentales vulnerados a través del párrafo del artículo 57 (LEY 1453, 2011).

En primer lugar se cuenta con el principio de legalidad, en segundo lugar el principio de proporcionalidad, en tercer lugar el principio al debido proceso y defensa y finalmente el principio a la igualdad.

Respecto al primero se podrá establecer que siempre ha estado ligado al principio de favorabilidad e incluso a los derechos fundamentales como el debido proceso y defensa, el cual comprende la legalidad mera y la legalidad estricta, siendo entendida la primera como aquel que vincula únicamente al Juez quien solo puede imponer las penas y las sanciones expresamente establecidas en la ley, mientras que el de estricta legalidad tiene un sentido más amplio, dado que vincula al legislador en cuanto a la limitación que le impone para que

no pueda denominar conductas como típicas a su antojo, constituyéndose así en una técnica legislativa específica dirigida a excluir por arbitrarias y discriminatorias las convenciones penales no referidas a hechos o comportamientos, sino directamente a personas y por ende con contenido “constitutivo” y no “regulativo” respecto del delito.

Ahora bien, teniendo como base lo anteriormente señalado, el párrafo del artículo 57 de la ley 1453 de 2011 vulnera el principio de legalidad en el sentido estricto, dado que atenta claramente contra los sub-principios axiológicos que lo constituyen y que se pueden resumir como *i.)* nulla pena, nulla lege sin estricta conducta. *ii.)* nulla pena sine crimmine, *iii.)* nullum crime sine lege, *iv.)* nullumlex, nulla necesitas sine injuria, *v.)* nulla injuria sine conducta- actione y *vi.)* nulle conducta sine culpa.

Es así, como la multiplicidad de criterios interpretativos derivados del párrafo del artículo 57 de la ley 1435 de 2011, demuestra que el legislador no observó la claridad propia que debe tenerse al momento de redactar una Ley y por ende vulneró el principio de legalidad estricta, pues nótese que de la lectura de una misma disposición han surgido diversas interpretaciones, resultando cada una de ellas restrictiva desde un punto de vista individual.

Por su parte, el principio de proporcionalidad contenido en el artículo 295 del C.P.P. señala los límites al ejercicio de la autoridad jurisdiccional, para intervenir en todas la etapas procesales cuando considere que las solicitudes son desproporcionada y estén afectando derechos. (USAID, 2009)

En ese sentido, el Acto Legislativo No.03 de 2002 que modificó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política, buscó otorgar nuevas facultades a la Fiscalía General de la Nación, y preparar al país para la entrada del nuevo sistema penal acusatorio, lo cual vino a materializarse con la expedición de la Ley 906 de 2004.

Justamente la entrada del sistema penal acusatorio, buscaba dar mayor celeridad a los procesos, con el fin de descongestionar a la administración de justicia. Así que en la Ley

906 de 2004, se crearon dos mecanismos básicos de terminación anormal o anticipada del proceso como son: *i.*) Los preacuerdos y negociaciones. *ii.*) La aceptación libre y voluntaria de cargos.

Sin embargo, en el caso concreto de la aceptación voluntaria de cargos, el legislador estableció 3 etapas propias para llevarla a cabo, como son la audiencia de formulación de imputación, la audiencia preparatoria y el inicio de juicio oral, instituyendo una rebaja de hasta la mitad de la pena, hasta la terca parte de la pena, y de la sexta parte, respectivamente, teniendo como criterio orientador para dichas rebajas, la ocasión en que se realizará la aceptación de los cargos y el mayor o menor grado de desgaste de la administración de justicia. Justamente sobre dicho tema el alto Tribunal Constitucional se pronunció en (SENTENCIA T - 091, 2006).

De manera que el criterio de proporcionalidad para el otorgamiento de las rebajas dentro de la Ley 906 de 2004, ha sido el mayor o menor desgaste de la administración de justicia y la mayor o menor prontitud con que se realice la aceptación de los cargos.

Así las cosas, al establecer el parágrafo del artículo 57 (LEY 1453, 2011), como criterio de ponderación en la rebaja de pena la situación de flagrancia, está instituyendo una situación distinta que contravía los principios de celeridad y eficacia que deben regir la actuación procesal y que buscaban que el sistema penal acusatorio propendiera porque la mayoría de procesos terminaran de manera anticipada, gracias al sistema de rebajas de penas.

Y es que no resulta lógico que por el simple hecho de ser capturado en flagrancia, una persona tenga menor descuento punitivo por aceptar los cargos, que otra que lo hace en el mismo estadio procesal, pues se reitera, lo que determina el monto de esa rebaja es la prontitud en la manifestación de aceptación y no la forma como es aprehendido.

En relación al principio del debido proceso y de defensa, entendido el primero técnicamente como aquél que se adecua a la idea lógica de un proceso donde los sujetos que intervienen

como protagonistas, lo hacen en igualdad de condiciones, y la defensa definida como la oportunidad del procesado a intervenir en el contradictorio³ y la garantía de una defensa técnica, materializada en la actividad de un profesional del derecho con la necesaria convicción de ejercer en debida forma su posición.

Es así como se observa que ese evidente desconocimiento de los principios de legalidad y proporcionalidad, conlleva a una clara vulneración de los derechos fundamental debido proceso y defensa contenido en los Artículos 29 y 13 de la Constitución Política.

Nótese que debido a la multiplicidad de criterios surgidos de la interpretación del párrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, se ha creado una inseguridad jurídica dado que mientras algunos Jueces de Control de Garantías son partidarios de la teoría de la sala mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia respecto a que la rebaja de la cuarta parte es de la totalidad de la pena, otros consideran que es la cuarta parte de la mitad de la pena y así sucesivamente van dejando de presente su criterio, o simplemente guardan silencio sobre cuál rebaja de pena obtendrán por aceptar los cargos, lo cual repercute directamente en el derecho al debido proceso y a la defensa.

Y es que teniendo en cuenta esa diversidad de criterios, muchos procesados han optado por no aceptar los cargos o por hacerlo sin saber a qué proporción de rebaja tendrán derecho, lo que los deja ante un proceso a “ciegas” en donde no saben a ciencia cierta ni qué pena se les impondrá, con el agravante de no poder retractarse de esa aceptación de cargos.

De manera que esa falta de claridad, vulnera las formas propias de cada juicio y la transparencia y claridad que debe tener el imputado al momento de manifestar si desea aceptar o no los cargos, pues ni siquiera su defensor podrá explicarle con claridad las consecuencias de su aceptación.

Finalmente, respecto al derecho a la igualdad se encuentra contenido en el artículo 13 de la

³ Entendida como la *defensa material o autodefensa*.

Constitución Política y el artículo 4º del C.P.P., busca que aun cuando existen claras diferencias entre los seres humanos que los hacen únicos, al menos ante la Ley se pondere por la igualdad. Ello no obsta para que la ley ejerza la denominada “discriminación positiva”, que busca que la ley sea más benigna con grupos especiales que se encuentran en especial indefensión o inferioridad y que por ende requieren de un mayor ámbito de protección para ejercer sus derechos.

Sin embargo, aún se tiene claro que en desarrollo de la política criminal del Estado, se encuentra en la facultad de crear nuevos tipos penales, aumentar las penas e incluso quitar beneficios tal como ha ocurrido con la expedición de las leyes 1121 y 1098 de 2006, lo cierto es que esa facultad se encuentra supeditada a la estricta observancia de la Constitución y de los derechos fundamentales en ella contenidos.

Así lo ha venido sosteniendo la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos (SENTENCIA C – 936, 2010).

De manera que pese la facultad legislativa que tiene el Congreso de la República en desarrollo de la Política criminal del Estado, siempre debe ceñirse a la Constitución y respetar los derechos fundamentales, sin olvidar que toda política pública debe ser el resultado de un diseño claro conformados por tres fases básicas a saber:

“i) definición de sus elementos constitutivos y las relaciones entre ellos, (ii) articulación inteligible de sus componentes, y (iii) programación de la forma, los medios y el ritmo al cual será desarrollada dicha política; en ese orden de ideas, la Corte expresó que las decisiones constitutivas del diseño de una política pública pueden ser plasmadas, o bien en documentos políticos, o bien en instrumentos jurídicos – esto es, normas, sean éstas de rango constitucional, legal o reglamentario.” (Sentencia C – 936 de 2010).

Pero nótese que ello no ocurrió en el presente caso, pues al acudir al debate del proyecto de la Ley 1453 de 2011, y específicamente a la exposición de motivos sobre la redacción e inclusión del artículo 57 referente a los nuevos casos de flagrancia y la diferenciación que esta circunstancia conllevaría frente al monto de rebaja por aceptación de cargos, solo se nota la siguiente afirmación:

“g. Se aumenta el ámbito de aplicación de la flagrancia a eventos en los que el sujeto sea sorprendido en la comisión de un delito por cámara de video colocada en un sitio público y en el caso de que un individuo se encuentre en un vehículo en el cual se acaba de cometer un delito. h. Se modulan los beneficios en caso de flagrancia, pues en la actualidad se aceptan cargos se puede acceder a la misma rebaja que cuando aquella no se presenta, lo cual es absurdo.” (Subrayas fuera del texto).

Es decir, que de esa somera argumentación no se observa de manera clara cuál es el desarrollo de la política criminal del Estado a través de la inclusión de un trato diferencial para aquellas personas que han sido capturadas en situación de flagrancia, pues nótese que solo se hace mención a que resulta absurdo que las personas capturadas en flagrancia tengan el mismo monto de rebaja por aceptación de cargos que aquellas que no fueron aprehendidos en tal situación, sin efectuar ninguna clase de argumentación de la razón que conlleve a afirmar que merecen un trato distinto, lo que indefectiblemente conlleva a un desconocimiento del derecho a la igualdad.

Y es que aun cuando se tiene claro que, el derecho a la igualdad debe aplicarse entre iguales y no entre desiguales, lo cierto es que no puede tomarse como criterio diferenciador la forma como un procesado es capturado, es decir si la aprehensión se realiza en situación de flagrancia o si por el contrario deviene como consecuencia de la expedición de una orden de captura en su contra, sino de las situaciones concretas que conllevan a la plena observancia del principio de proporcionalidad en la sanción al que ya se hizo mención.

Nótese, que con la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002 que modificó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política, se introdujeron cambios profundos en el sistema procesal penal que no pueden considerarse como un simple cambio de un sistema inquisitivo a uno acusatorio, sino que conllevan un mayor garantismo en todas las actuaciones penales, estableciendo una política criminal del Estado de carácter premial que procura por brindar una mayor rebaja de pena a aquellas personas que acepten cargos en una etapa más pronta del proceso.

De manera que lo que se buscó a través de la implementación del sistema penal acusatorio en Colombia, fue que la proporcionalidad en la sanción conservará los criterios generales de gravedad del delito, afectación al bien jurídico tutelado, y mayor o menor daño causado entre otros, pero además agregó que esa proporción en la rebaja la cual afecta directamente la sanción a imponer, estaría orientada de acuerdo con la prontitud en que se aceptaran los cargos.

En parte alguna de la Ley 906 de 2004, se estableció que la captura en situación de flagrancia era un criterio orientador para determinar la proporcionalidad en la sanción, pues se reitera lo que se buscó con la implementación del sistema penal acusatorio en Colombia, fue evitar que la mayoría de casos llegaran a juicio oral, y que por el contrario debido al programa de rebajas, los acusados se allanaran a los cargos y a cambio recibirían una disminuyente proporcional al momento en lo que lo efectuaran.

De manera, que la situación de ser capturado en flagrancia, de ninguna manera puede tomarse como un criterio para considerar que el desgaste de la administración de justicia será menor o que indefectiblemente la persona aprehendida en tal situación será condenada, pues nótese que la mayoría de los casos que han sido adelantados dentro del sistema penal acusatorio y han sido justamente originados por capturas en flagrancia y, aun así muchos de ellos han culminado con sentencias absolutorias.

No resulta lógico que una persona, quien haya sido por algún motivo capturada en situación de flagrancia, reciba una rebaja de pena menor, que aquella que moviliza el aparato judicial, obstruyendo la administración de justicia, lo que implica que deban ponerse a disposición de cada caso investigadores y detectives de la Fiscalía para dar con su paradero y finalmente solicitar ante un Juez de Control de Garantías una orden de captura, pues es obvio que allí el desgaste es mayor, pero aun así el párrafo del artículo 57 (LEY 1453, 2011) le otorga una mayor rebaja a estos últimos.

Por lo tanto, se concluye que no existe ninguna razón para aplicar la forma en que se realiza la captura, como un criterio diferenciador ni mucho menos de ponderación en las rebajas de pena por aceptación de cargos, y por ende al haberlo hecho así el legislador con la creación del párrafo del artículo 57 (LEY 1453, 2011), vulnera directamente el derecho a la igualdad de los procesados capturados en situación de flagrancia respecto a las personas que no son capturadas de esa forma.

Como consecuencia de lo anterior, y evidenciándose que el párrafo del artículo 57 (LEY 1453, 2011), vulnera en forma directa los derechos al debido proceso, la defensa y la igualdad contenidos en los artículos 29 y 13 de la Constitución Política, además de los principios de legalidad y proporcionalidad, debe considerarse que se constituye la excepción de inconstitucionalidad en la salida adecuada para restablecer los derechos fundamentales de los capturados en flagrancia, inaplicando desde luego el referido párrafo del artículo 57 (LEY 1453, 2011), para en su lugar dar estricto cumplimiento a lo dispuesto por la ley 906 de 2004.

No obstante lo anterior y aun cuando se insiste, resulta evidente que mediante la excepción de inconstitucionalidad debe inaplicarse el contenido del párrafo del artículo 57 (LEY 1453, 2011), en lo que respecta a la rebaja contemplada para los capturados en situación de flagrancia por resultar trasgresora de principios y derechos constitucionales, no puede desconocerse que recientemente los funcionarios judiciales se han visto avocados a cambiar su precedente horizontal, pues con el proferimiento de la sentencia C-645 del 23 de agosto

de 2012, o por lo menos con lo que se conoce con el comunicado de prensa, la Corte Constitucional declaró exequible el párrafo del artículo 57 de la ley de seguridad ciudadana, al considerar que la misma en momento alguno vulneraba los derechos fundamentales contenidos en los artículos 13 y 29 (CONSTITUCIÓN POLÍTICA, 1991), pues debe tenerse en cuenta que nos hallamos en presencia de cosa juzgada material por lo menos frente a los reproches efectuados al momento de inaplicar la norma considerada contraria a los derechos y principios constitucionales.

Adicionalmente debe indicarse, que pese al controvertido pronunciamiento efectuado por la Corte Constitucional, surge un nuevo planteamiento tendiente a garantizar los derechos fundamentales del capturado en situación en flagrancia, inaplicando desde luego el contenido del párrafo del artículo 57 (LEY 1453, 2011), mediante la aplicación del principio de favorabilidad, el cual en se encuentra contemplado en el artículo 29 de la Constitución Nacional y que dispone que en materia penal la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior se aplicara de preferencia a la restrictiva o desfavorable. (JUEZ SEPTIMO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO BOGOTA, 2012)

Lo anterior, teniendo en cuenta que independientemente del efecto general inmediato de las normas procesales, el principio de favorabilidad debe operar para garantizar la aplicación de la norma más favorable, sin que pueda hacerse distinción alguna entre normas sustantivas y normas procesales que resulten benéficas a los procesados.

Pues recuérdese que el canon de la retroactividad de la ley penal favorable o permisiva, y por lo tanto, el de la no retroactividad de la ley desfavorable al sindicado está erigido por nuestra Carta en un principio supra-legal, en una garantía constitucional, como uno de los derechos supremos reconocidos a la persona humana frente al poder del Estado, es decir, como uno de aquellos derechos que integran la personalidad inviolable de todo ciudadano, que no puede ser desconocido por ninguna norma legislativa, cualquiera sea la naturaleza de ésta.

En consecuencia es evidente que al resultar el contenido del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, contraria a los intereses del procesado capturado en flagrancia, a pesar de ser una ley de contenido procesal la misma puede y debe ser inaplicada con fundamento en el principio de favorabilidad, al ser este un derecho y una garantía constitucional reconocido a toda persona.

Siendo indiscutible que la aplicación del principio de favorabilidad contenida en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, y desarrollado por el artículo 6° del Código de Procedimiento Penal, se convierte en la actualidad en la única salida a fin de garantizar el respeto de los derechos y garantías constitucionales de los capturados en flagrancia, inaplicando con fundamento en lo anterior el contenido del artículo 57 de la Ley 1453, concediendo en consecuencia la rebaja contenida en disposiciones normativas aún vigentes y claramente beneficiosas a los intereses de los capturados en alguna de las circunstancias descritas por el artículo 301 del Condigo de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 57 de la ley 1453 de 2011.

CONCLUSIONES

Establecido el criterio anteriormente planteado, con la afectación a las causas penales y desde luego los fines propios del sistema penal acusatorio, pues si sumamos las deficiencias del sistema judicial, al ahora restringido empleo de las llamadas salidas alternativas al juicio, se tiene como resultado no solamente la congestión de despachos judiciales, sino además un aumento en la impunidad y el crecimiento desmedido de la población reclusa al interior de centro carcelarios.

Analizados los postulados que sustentan este estudio, se concluye que es la aplicación del principio de favorabilidad la medida adecuada para garantizar la materialización de los derechos fundamentales del capturado en flagrancia, lo anterior teniendo en cuenta, que

cuando nuestra Honorable Corte Constitucional analizó la inconstitucionalidad del artículo 57 de la ley 1453 de 2011, declarando allí exequible el impedimento para obtener una disminución de la pena equivalente a la concedida a quien no es capturado en una de las situaciones descritas por el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, se le olvidó el aspecto sustancial y procesal manejado también constitucionalmente como lo es el principio de favorabilidad, el cual se traduce en la garantía del debido proceso, señalando que la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Con ello queremos decir, que cuando en una norma exista en concurrencia de otras normas debe escogerse la que sea más favorable para el procesado, en uno de los casos en que se aplica es cuando exista coexistencia de leyes, como en este caso, la ley 600 y la ley 906 dado que las dos están vigentes y producen efectos jurídicos, las cuales regulan la alternativa de terminación anticipada del proceso penal, y contemplan penas aplicables para las mismas situaciones, con diferencia que la ley 906 con arreglo de la 1453 no otorga la misma rebaja en la pena a las personas capturas en flagrancia, postura que se torna reprochable y confusa, violentando la favorabilidad, máxime cuando nuestra Corte en pleno consideró que hacer una interpretación extensiva es decir fuera de su estricta significación, o mejor dicho ir más allá de lo que la misma norma quiso decir, so pretexto de que es imperativo que la aplicación en sentido amplio de la norma demandada respete los parámetros originalmente establecidos en la Ley 906 de 2004, cuando la terminación anticipada del proceso ocurra en una etapa distinta a la formulación de la imputación y reconozca el margen que le es propio tanto a la Fiscalía para poder negociar, como al juez para fijar discrecionalmente la pena, acorde con la efectividad que para la investigación y la economía procesal brinde el imputado o acusado.

Aduciendo precisamente la necesidad de conservar “la finalidad legítima del legislador de procurar una razonable distinción a los beneficios punitivos entre aquellas personas que son sorprendidas en flagrancia y quienes no lo son”, en aplicación del principio de conservación

del derecho, de modo que se salvaguarde la finalidad procurada por el Congreso en el ejercicio de su actividad democrática.

En este caso la Corte ha legislado, haciendo extensivo una norma que no fue lo que quiso decir el legislador, y que sería razonable dicha interpretación extensiva si estuviera en favor del procesado, pero nunca será aceptable a nivel nacional, menos a nivel internacional, cuando se interpreta la norma en detrimento de los beneficios del procesado.

Constituyéndose así la aplicación al principio de favorabilidad, en la única salida a fin de preservar el respeto de los derechos y garantías constitucionales de los capturados en flagrancia, inaplicando insistentemente el contenido del artículo 57 (LEY 1453, 2011), concediendo en consecuencia la rebaja contenida en disposiciones normativas aún vigentes y claramente beneficiosas a los intereses de los capturados en alguna de las circunstancias descritas por el artículo 301 del Condigo de procedimiento penal, modificado por el artículo 57 (LEY 1453, 2011).

REFERENCIAS

1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. (20 de JULIO de 1991). COLOMBIA.
2. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. (31 de AGOSTO de 2004). COLOMBIA: CONGRESO DE LA REPÚBLICA, .
3. SENTENCIA 21954 (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL 23 de AGOSTO de 2005).
4. SENTENCIA 24259 (SALA PENAL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 29 de JUNIO de 2006).
5. SENTENCIA T - 091 (CORTE CONSTITUCIONAL 2006).
6. SENTENCIA C – 936 (CORTE CONSTITUCIONAL 2010).
7. CASO WILLIAM RIOS (JUZGADO 27 PENAL DEL CIRCUITO DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ ADJUNTO 23 de SEPTIEMBRE de 2011).
8. LEY 1453. (24 de JUNIO de 2011). *LEY DE SEGURIDAD CIUDADANÍA*. BOGOTÁ, COLOMBIA: CONGRESO DE LA REPUBLICA.
9. RADICADO 05-001-60-00206-2011-46534 (JUZGADO 33 PENAL MUNICIPAL DE MEDELLÍN 16 de SEPTIEMBRE de 2011).
10. RADICADO 11001 60 00 013 2011 09202 (2011).
11. RADICADO 17-653-61-06-937-2011-80074 (JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SALAMINA - CALDAS 07 de SEPTIEMBRE de 2011).
12. SENTENCIA 36502 (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 5 de SEPTIEMBRE de 2011).
13. SENTENCIA, 11001-60-00096-2012-00087 (206-7) (JUZGADO SÉPTIMO DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO BOGOTÁ 19 de SEPTIEMBRE de 2012).
14. USAID. (2009). *TÉCNICAS DEL PROCESO ORAL* (SEGUNDA ed.). (C. R. MEDINA, Ed.)
15. LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (CHARRY URUEÑA JUAN MANUEL), RADAR Ed, BOGOTÁ 1994.

16. CORTE CONSTITUCIONAL, COMUNICADO DE PRENSA, SENTENCIA C-645 DEL 23 DE SEPTIEMBRE DE 2012, M.P. NILSON PINILLA PINILLA.
17. CANCINO, A. J. (1995). *EL DERECHO PROCESAL PENAL Y SU REALIDAD PRACTICA*. (E. 1, Ed.) EDITORIAL GUADALUPE LTDA.
18. MANZINI, V. (s.f.). *TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL* (Vol. TOMO IV). BUENOS AIRES, ARGENTINA: EDITORIAL EJEA.
19. NISIMBLAT, N. (s.f.). *CURSO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL*. [HTTP://NISIMBLAT.NET/IMAGES/CURSO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL NA TAN NISIMBLAT EN REVISION .PDF](http://NISIMBLAT.NET/IMAGES/CURSO_DE_DERECHO_PROCESAL_CONSTITUCIONAL_NA_TAN_NISIMBLAT_EN_REVISION.PDF).
20. RODRÍGUEZ, R. U. (s.f.). *INTERPRETACIÓN JUDICIAL*. BOGOTÁ: UNIVERSIDA NACIONAL, CONSEJO SUPERIO DE LA JUDICATURA Y ESCUELA JUDICIAL LARA BONILLA.
21. USCATEGUI, M. F. (s.f.). *LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD*. TEMAS JURÍDICOS.