

## PROCESAMIENTO PENAL DE MENORES

3

Tradicionalmente, el Derecho Penal se divide en sustancial y procesal. En la primera concepción quedan comprendidas las construcciones normativas y dogmáticas de orden general y especial, mientras el procesal se ocupa de los métodos de producción de la verdad judicial. La sección anterior se ocupó con la debida profundidad de los aspectos asociados con el Derecho Penal general, que regula la responsabilidad penal de los menores y ahora pasamos a lo que es el procesamiento penal de los mismos, es decir, el método mediante el cual se realizan las premisas del Derecho Penal sustancial.

El procesamiento penal de menores aparece encuadrado en dos órdenes normativos, como son el internacional y el nacional, aun cuando el acento del Derecho Internacional se presenta en la regulación de la parte general del Derecho Penal sustancial. Precisa, respecto a la parte procesal, los contenidos asociados con los principios que fundamentan el proceso penal contra menores, aspecto respecto al cual ya hubo oportunidad de referirse en la primera parte del manual.

Por lo anterior, se pasa ahora al estudio de la dinámica del proceso, a partir de los aspectos centrales que destacan el procesamiento de menores, en razón a que la Ley 1098 de 2006 reconduce al esquema de procedimiento contemplado en la Ley 906 de 2004, pero agrega algunas particularidades distintivas del proceso, en cuanto está dirigiendo contra menores, lo cual demanda las precisiones conceptuales y procedimentales de rigor.

En todo caso, al preexistir un manual sobre procedimiento penal y pruebas, se reconduce a ellos para los aspectos más generales que deban tratarse y se asociarán con los aspectos particulares que conciernen al caso de los menores.

### 1. Esquema general

El siguiente flujograma describe la concepción habitual de la manera como se desarrollaría un proceso penal ideal.



De conformidad con el Acto Legislativo 03 de 2002, el proceso penal de corte acusatorio y adversarial, que posteriormente se implementó con la Ley 906 de 2004, dispondría de tres etapas claramente diferenciables. La primera sería de indagación, la segunda de investigación y la tercera de enjuiciamiento. Eventualmente agregaríamos una cuarta, de ejecución de la pena, en el evento de la sentencia condenatoria.

Una visión tan tranquila del proceso no parece demasiado real, puesto que, al revisar las actas de la Comisión Redactora Constitucional, se sugiere la improbabilidad de que en Colombia se puedan ejecutar indagaciones judiciales o policiales, claro está, a condición de que se entienda por tales cualquier mecanismo de acceso a evidencia obtenida sin que se haya desatado el derecho de defensa.

La razón por la cual surge esta idea atiende al desarrollo de las discusiones que, en el contexto democrático implícito en el que se destacaron, hicieron

predominar la opinión mayoritaria y esa misma opinión destacó que la letra preclara del Artículo 29 constitucional garantiza el ejercicio del derecho de defensa tanto en investigación como en juicio, lo que se resuelve en que no puede haber momentos procesales, preprocesales ni posprocesales. Al ser este un derecho constitucional sin solución de continuidad, cualquier instante procesal que lo haya refractado deviene nulo, cuando no inexistente. Luego, no se admitirían actuaciones que no hubieran garantizado su ejercicio.

La posición surgió con ocasión de la formalización del proceso. Cuando la Secretaría Técnica expuso su esquema procesal, informó que el proceso penal se formalizaría predominante y ordinariamente mediante la audiencia de acusación y, excepcionalmente, por medio de una audiencia preliminar que precipitaría el ejercicio del derecho de defensa cuando la persona fuera capturada en flagrancia, se practicaran pruebas anticipadas o cuando el fiscal requiriera aseguramiento anticipado de la persona.

El debate se originó en que se señaló la función primordial de la formalización como el instante en que, a la manera de una *litis* contestación, desataba el ejercicio del derecho de defensa con ocasión de la acusación formulada por el fiscal, puesto que justamente era de ello que debía defenderse el indiciado y las tres circunstancias señaladas precipitarían dicho derecho, en la medida en que cuestionarían la integridad de algunos derechos o unas garantías constitucionalmente reconocidos, por ejemplo, la libertad.

Se opuso precisamente la concepción indicada del Artículo 29 de la Carta, en cuanto ello significaría que ordinariamente era preciso esperar a que el fiscal optara por acusar para que la persona indicada pudiese defenderse, lo cual la dejaba en una situación de desequilibrio frente al fiscal, quien seguramente había agotado toda una investigación de la cual el procesado, pese a tener tal condición, no había sido enterado, es decir, habría sido investigado a sus espaldas y ello no parecía tener respaldo en la Carta Política.

Esta concepción se cuestionó sobre la base de que resultaba más garantista de los derechos del procesado —el de que se defendiera de la acusación—, como quiera que antes no había un auténtico ejercicio de la acción penal y que, en el evento en que el fiscal no recogiera suficiente material probatorio, simplemente archivaría lo hallado hasta el momento y libraría al indiciado de la necesidad de defenderse. Además, una opción distinta desvertebraría el esquema del proceso

acusatorio y adversarial, lo que provocaría mayores desgastes tanto al Estado como al procesado, puesto que siempre debería operar su defensa al margen de la solidez de la investigación.

Frente a tal aserto, se reivindicó el carácter inamovible de las garantías constitucionales.

Al imponerse esta posición, se ideó la bien conocida audiencia de imputación como mecanismo ordinario de formalización del proceso, condición que debía observar todo proceso para sostener su legalidad.

En consecuencia y en perspectiva de la Comisión Redactora Constitucional, en Colombia son inconstitucionales las actuaciones penales que no garanticen el derecho de defensa. Las implicaciones de esta concepción son de magnitudes significativas del proceso:

- a. Al ser así, en Colombia no podrían haber indagaciones, puesto que su característica y diferencia esencial frente a la investigación es precisamente el ser refractaria de la intrusión del indagado o de su defensor, con miras a garantizar el acceso del Estado a las evidencias como se hallan, esto es, a salvo de cualquier intervención sesgada que las haga desaparecer o las manipule en contra de una búsqueda objetiva de la verdad judicial.
- b. Tampoco podría haber en Colombia momentos investigativos estancos de defensa, es decir, a la manera de la Ley Anticorrupción (195 de 1996); tendría que notificarse el inicio de la investigación, así sea preliminar, al procesado o a su defensor.
- c. Dado lo anterior, las investigaciones penales en Colombia deben formalizarse desde el primer acto investigativo, dado que, de lo contrario, se atenta contra el derecho de contradicción, se permea ilícitamente el derecho a la intimidad y con él, el de dignidad humana.

Esta situación de la ley colombiana es manifiestamente antinómica. Obsérvese que mientras el Acto Legislativo 03 de 2002, norma de rango constitucional que destaca la existencia de las indagaciones, la interpretación más autorizada del flujo del proceso, pues es el democráticamente concebido, excluye la probabilidad de existir de este tipo de actuación en el esquema general del procesamiento penal colombiano.

No cabe duda de que el criterio de la Comisión Redactora Constitucional es más benéfico para los procesados y termina potenciando el derecho de defensa.

Con fundamento en lo anterior y prevalidos de una interpretación favorable que invoca los privilegios constitucionales reconocidos a favor de los derechos de los menores, amén de su asiento en las Reglas de Beijing, concluimos que es la mejor opción hermenéutica, si de reconocimiento de la especial condición penal y procesal penal de los menores se trata.

De cualquier forma, esta interpretación respecto a los menores encuentra un sustento normativo concreto, ya que mediante el Artículo 154 de la Ley 1098 de 2006 se ordenó que el adolescente, durante toda la actuación procesal “y aún antes de la imputación” deberá tener un apoderado que adelante su defensa técnica. Agregó la norma que “ninguna actuación procesal tendrá validez si no está presente su apoderado. El adolescente podrá designar apoderado, quien tendrá derecho a revisar las diligencias y a actuar desde el momento de la noticia criminal”. Este precepto significa que no puede haber actuación penal alguna contra un adolescente, sino a condición de estar asistido por su respectivo defensor, sea de confianza o designado por el sistema nacional de Defensoría Pública.

## 2. Flujograma del proceso en función de la tipología de audiencias

El proceso puede diagramarse en razón al tipo de audiencias susceptibles de surgir. Así, al atender a las taxonomías de audiencia probable, las diferencias que pueden hallarse respecto a los procesos contra menores no serían fundamentales respecto al proceso que se sigue contra adultos. Sin embargo, se hallará que surge una diferencia significativa en cuanto a las audiencias que permiten verificar las sanciones.

Podemos considerarlas por lo que puede suceder en la audiencia, caso en el cual hablaríamos de:

- a. Audiencias preliminares. Pueden considerarse las que son de mera formalización, en cuanto el fiscal pronuncia una decisión o una pretensión que el juez avalará o no.



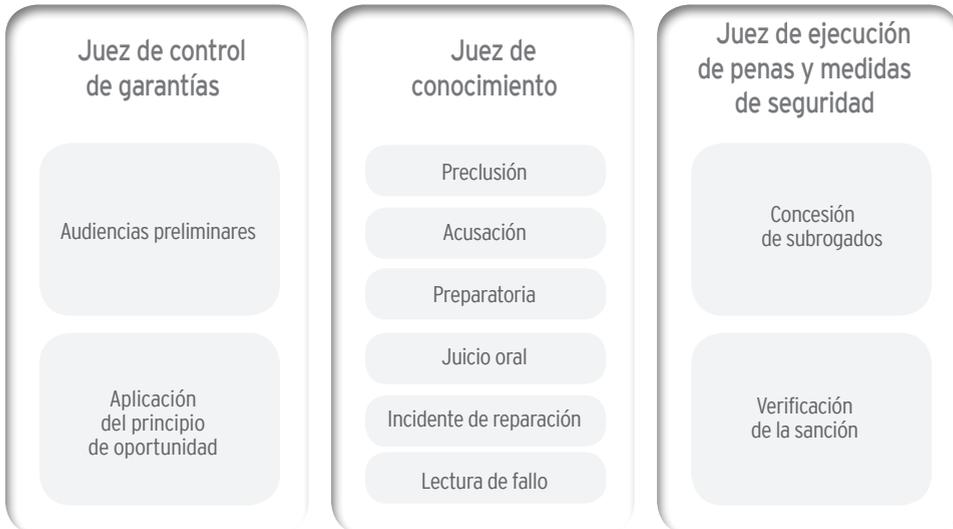
b. Audiencias de juicio. Se incluyen, desde esta perspectiva, las audiencias de acusación, preparatoria, de juicio oral, incidente de reparación, lectura de sentencia y verificación de la sanción.



Otra forma como pueden considerarse las audiencias es de acuerdo con el juez competente:

- a. Audiencias ante el juez de control de garantías. En este caso se consideran todas la preliminares y la de aplicación del principio de oportunidad.
- b. Audiencias ante el juez de conocimiento. Son las audiencias que puede conocer este funcionario, esto es, de preclusión, acusación, preparatoria, juicio oral, incidente de reparación y lectura de fallo.

- c. Audiencias ante el juez de ejecución de penas. De concesión de subrogados y de verificación de la sanción.



Adicionalmente, consideramos las audiencias por la instancia en la que se presentan:

- a. De primer grado. Todas las que acontecen ante el juez de control de garantías, el juez de conocimiento y el de ejecución de penas y medidas de seguridad.
- b. De sustentación. La de sustentación de apelación de autos y de sentencias y la de sustentación de la demanda de casación.

