

PROCESAMIENTO PENAL CONTRA MENORES (II)

4

Especificidades

En consulta del Derecho Internacional, fácilmente se advierte que lo que distingue el procesamiento penal de menores no es el esquema en sí, sino que las actuaciones registren una serie de características que han sido recogidas por la Ley 1098 de 2006 o al menos ha sido intención del legislador registrarlas en el esquema procesal tradicional, contemplado en la Ley 906 de 2004.

A continuación se analizará cada uno de esos aspectos especiales, sus alcances y efectos sobre el proceso ordinario.

1. Aspectos específicos del proceso penal contra menores

1.1. Perfil especializado

Las Reglas de Beijing son puntuales en reclamar, antes que un proceso especial para menores, un desempeño especialmente orientado por parte del Estado, en el sentido de asumir plenamente una realidad que demanda exigencias específicas, no en términos de formas, sino de vocación y condición de quienes intervengan.

Desde esta perspectiva, en la Ley 1098 de 2006 surgió la orientación conforme con la cual el procesamiento penal de los menores tendría que estar a cargo

de profesionales con perfiles y competencias especiales, ciertamente apropiados a esa realidad que asumen. Así se explica la condición sustancial del Artículo 148, en el sentido de señalar que el ejercicio de la acción penal contra adolescentes estará a cargo de autoridades y órganos especializados en materia de infancia y adolescencia. Tal disposición se refuerza mediante el párrafo 2 del Artículo 163, de conformidad con el cual “la designación de quienes conforman el sistema de responsabilidad penal para adolescentes 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”.

Desde esta concepción se perfila claramente una condición de competencia para las personas que, en una u otra condición, están llamadas a ejecutar las acciones correspondientes. Esto equivale a que existe un factor de evaluación que va mucho más allá del conocimiento del régimen legal, a partir del cual una persona puede convertirse en funcionaria con el encargo del procesamiento de infantes y adolescentes. No se trata, por consiguiente, de una idea vacua tradicionalmente asociada con formas insubstanciales, sino que las deficiencias en el perfil de los funcionarios, bien entendida en función de la ley internacional y la vocación óptica del instituto que se desarrolla bajo el rótulo de “carácter especializado”, conlleva la facultad de impugnar la idoneidad de los funcionarios cuando el perfil no corresponde con el grado de profesionalidad que demanda la institución.

1.2. Fuero subjetivo¹⁵

La ley no solo se ocupó de prever la especialidad del perfil de los funcionarios, sino que adicionalmente, como lo reclaman las normas internacionales, desde

.....
15 Artículo 163. INTEGRACIÓN. Forman parte del sistema de responsabilidad penal para adolescentes:

1. Los fiscales delegados ante los jueces penales para adolescentes, quienes se ocuparán de la dirección de las investigaciones en las cuales se encuentren presuntamente comprometidos adolescentes, como autores o partícipes de conductas delictivas.
2. Los jueces penales para adolescentes, promiscuos de Familia y los municipales, quienes adelantarán las actuaciones y funciones judiciales que les asigna la ley.
3. Las Salas Penales y de Familia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial que integrarán la Sala de Asuntos Penales para adolescentes en los mismos tribunales, ante quienes se surtirá la segunda instancia.
4. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ante la cual se tramitará el recurso extraordinario de casación, y la acción de revisión.
5. La Policía Judicial y el Cuerpo Técnico Especializados adscritos a la Fiscalía delegada ante los jueces Penales para adolescentes y Promiscuos de Familia.

•Procesamiento penal contra menores•

sus respectivos roles, dichos funcionarios asumen una competencia cuyo eje es el procesamiento de adolescentes. Esto significa que, por el hecho de tener tal condición, los procesados adquieren el derecho a que la acción penal se ejecute por funcionarios con competencia especializada, lo que genera un factor de competencia específico basado en su condición, es decir, de orden subjetivo que, por provenir de una norma legal, tiene ese origen, a diferencia de las de orden constitucional.

En consecuencia, resulta procedente el precepto contemplado en el Artículo 53 de la Ley 906 de 2004¹⁶. Esta disposición señala que cuando exista en el

-
6. La Policía Nacional con su personal especializado quien deberá apoyar las acciones de las autoridades judiciales y entidades del sistema.
 7. Los defensores públicos del Sistema Nacional de Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo, quienes deben asumir la defensa técnica del proceso, cuando el niño, niña o adolescente carezca de apoderado.
 8. Las Defensorías de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y las Comisarías de Familia, o los Inspectores de Policía, cuando deban tomar las medidas para la verificación de la garantía de derechos, y las medidas para su restablecimiento.
 9. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar quien responderá por los lineamientos técnicos para la ejecución de las medidas pedagógicas dispuestas en este Libro.
 10. Las demás Instituciones que formen parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

PARÁGRAFO 1. Cada responsable de las entidades que integran el Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes deberá garantizar la provisión o asignación de los cargos que se requieran para su funcionamiento y la especialización del personal correspondiente.

PARÁGRAFO 2. La designación de quienes conforman el sistema de responsabilidad penal para adolescentes 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.

PARÁGRAFO 3. Los equipos que desarrollan programas especializados, brindarán a las autoridades judiciales apoyo y asesoría sobre el proceso de cada uno de los adolescentes que están vinculados a estos programas, informando los progresos y necesidades que presenten.

16 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.
2. Cuando se decrete nulidad parcial de la actuación procesal que obligue a reponer el trámite con relación a uno de los acusados o de delitos.
3. Cuando no se haya proferido para todos los delitos o para todos los procesados decisión que anticipadamente ponga fin al proceso.
4. Cuando la terminación del proceso sea producto de la aplicación de los mecanismos de justicia restaurativa o del principio de oportunidad y no comprenda a todos los delitos o a todos los acusados.
5. Cuando en el juzgamiento las pruebas determinen la posible existencia de otro delito, o la vinculación de una persona en calidad de autor o partícipe.

PARÁGRAFO. Para los efectos indicados en este artículo se entenderá que el juez penal de circuito especializado es de superior jerarquía respecto al juez de circuito.

procesamiento contra más de una persona, alguna de las cuales tenga derecho o amparo de fuero subjetivo constitucional o legal, opera la ruptura de la unidad procesal; en consecuencia, el juez al que corresponda por competencia basada en el fuero desplaza a cualquier otro respecto al procesado aforado. Si agregamos la prevalencia del fuero como factor de competencia sobre cualquier otro, sea este material u objetivo, territorial, a prevención, etc., cualquier actuación penal que involucre a un menor es competencia exclusiva y excluyente de los funcionarios respectivos y cualquier actividad cumplida por quien carezca de competencia deviene nula.

En cuanto se opera el proceso con presupuestos superiores basados en los principios acusatorio y adversarial, en el evento de tener que fracturar la unidad procesal por concursar persona mayor junto con menores, vienen las dificultades de la repetibilidad probatoria y muy seguramente la urgencia de medidas basadas en la prejudicialidad que, en este caso, habría de basarse en el Código de Procedimiento Civil, por integración, al ser una institución que no regula la Ley 906 de 2004.

La Ley 1098 de 2006 dispuso que las actuaciones jurisdiccionales fueran surtidas ante los jueces penales para adolescentes, con funciones judiciales de este orden asignadas a los jueces promiscuos de Familia y a los penales municipales. Para la segunda instancia dispuso de las Salas Penales y de Familia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial que integrarán la Sala de Asuntos Penales para adolescentes en los mismos tribunales. En cuanto al recurso extraordinario de casación y para la acción de revisión, asignó la competencia a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Para la dirección de la investigación y la acusación dispuso de los fiscales especialmente delegados ante los jueces penales para adolescentes, a quienes corresponde asumir la dirección de las investigaciones y se advierte que se enerva su competencia cuando “se encuentren presuntamente comprometidos adolescentes, como autores o partícipes de conductas delictivas”.

En cuanto a la ejecución de las actividades investigativas propiamente dichas, destacó a la Policía Judicial y al Cuerpo Técnico Especializado, adscritos a la Fiscalía Delegada ante los jueces penales para adolescentes y promiscuos de Familia. Reafirma su carácter especializado al precisar que en los procesos en los que estén involucrados niños, niñas o adolescentes —como autores o partícipes

de un delito o como víctimas de los mismos— hará las veces de Policía Judicial la Policía de Infancia y Adolescencia o, en su defecto, los miembros de la Policía Judicial que sean capacitados en derechos humanos y de infancia. Fuera de lo anterior, agregó, en su Artículo 145, un factor de legalidad de estas diligencias, al condicionarla a que sean presenciadas por un defensor de Familia. En apoyo de estas autoridades y para las actividades descritas, se dispuso del personal especializado de la Policía Nacional.

En contrapartida, concurren al esquema procesal los defensores públicos del Sistema Nacional de Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo, para los eventos en los que el procesado no disponga de un defensor de confianza. Pese a que la norma no lo explicita, de los conceptos generales destacados parece una consecuencia inevitable que estos defensores sean distinguidos por su especial formación en Infancia y Adolescencia.

Se mencionó también a las Defensorías de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, las Comisarías de Familia y los inspectores de Policía, exclusivamente para cuando deban tomar las medidas para la verificación de la garantía de derechos y las medidas para su restablecimiento, las cuales quedan sujetas a la residualidad, en el entendido de que, tras iniciar las acciones penales pertinentes, en cuanto formen parte del principio procesal penal de restablecimiento de los derechos, es competencia exclusiva y excluyente de los respectivos jueces con funciones de garantías y del juez de conocimiento en su competencia deferida. Fuera de lo procesal y de las funciones estrictamente judiciales, compete a los funcionarios destacados adoptar las decisiones, fuera, claro está, de las administrativas que, en todo caso, ejercerán de manera concurrente con las que fueron atribuidas a los jueces.

Es preciso distinguir ahora la intervención procesal del defensor de Familia. Indica el Artículo 146 que en todas las actuaciones del proceso y en las etapas de indagación, investigación y del juicio el adolescente deberá estar acompañado por el defensor de Familia, quien verificará la garantía de sus derechos. En la ortodoxia procedimental, los esquemas de tendencia acusatoria y adversarial procuran identificar dos partes polarizadas que generen las opciones de juicio entre las cuales debe decidir el juez y adoptar una de ellas como verdad judicial. No se trata de una simple exposición de dos posiciones, sino de la fundamentación de una alternativa de acusación y otra de oposición como elementos inevitables para

la dialéctica que opera el diálogo procesal. El ingreso de otros factores de producción de verdad judicial hace más complejo ese proceso y más ardua la labor del juez. Deben ser dos por la naturaleza misma del diálogo, puesto que es lo mínimo que se precisa para intercambiar sentido y provocar una toma de situación que es precisamente lo que explica la presencia del juez; un trílogo o tetrálogo convierte el proceso de producción de la verdad judicial en algo mucho más difícil, pero no por ello más seguro. Se explica a partir de tal concepción que, en el esquema de procesamiento de la Ley 906 de 2004, se criticara tanto la presencia del Ministerio Público y al cabo se hubiera “ajustado” su intervención procesal con criterio residual, es decir, con una intervención contraída a los vacíos dejados por el fiscal y el defensor.

En el caso de los procesos contra adolescentes, la presencia del defensor de Familia no debería ser precisa, a condición de que el juez fuera bastante especializado en menores, como ser garantía de cumplimiento de los principios y valores en los que se sustenta dicho procesamiento penal. Sin embargo, bien entendida su presencia, implica dos expresiones. En primer lugar, que necesariamente observe una competencia semejante a la del Ministerio Público, es decir, una especie de garantía que opera solo a condición de ser necesaria y esto acontecería cuando deba advertir al juez de probables irregularidades que afecten los derechos de los menores. Una especie de “labor de prevención judicial” que, dados los privilegios concedidos por la Carta a los derechos y las garantías de los menores, estaría justificada. Fuera de ello, no pasaría de ser un artificio procesalmente innecesario.

En segundo lugar, que en cuanto las audiencias resulten reservadas, sustituya en la medida de lo posible, el control social que la apertura del proceso al público proporciona el principio acusatorio, menguado en función de la protección especial que se procura al adolescente procesado.

En el mismo contexto, menciona la Ley 1098 de 2006 al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, pero limita su responsabilidad a los lineamientos técnicos para la ejecución de las medidas pedagógicas dispuestas en la norma.

1.3. Reserva y privacidad

Consecuente con las Reglas de Beijing, el legislador colombiano dispuso medidas especiales de protección para los adolescentes procesados en la Ley 1098 de 2006.

•Procesamiento penal contra menores•

Esas medidas especiales ceden algunas ventajas democráticas del proceso penal acusatorio y adversarial, una de cuyas características es propiciar el control social. Ciertamente, una de las mayores distinciones formales, pero con efectos sustanciales, que registra el esquema de proceso penal acusatorio y adversarial es el acceso de la comunidad a las audiencias en su apertura al público.

Históricamente, en sus orígenes, los esquemas de enjuiciamiento criminal fueron “asunto público”, en el entendido de que las condenas debían ser avaladas por los pueblos. El castigo penal los reivindicaba de la reacción de los dioses y, por ello, se entendía que fuese la comunidad la que al cabo avalaba y pronunciaba la sentencia. Sin embargo, el desarrollo del Derecho y la dilatación de los pueblos en términos poblacionales, como también territoriales, hizo más improbable la reunión de la comunidad. En sustitución surgieron los jurados populares o jueces de conciencia, pero se conservó la práctica de audiencias abiertas al público.

Con el surgimiento de los esquemas de corte inquisitorial, fueron cerrándose los recintos judiciales hasta impedir completamente el acceso al público, lo que desencadenó mayores oportunidades de corrupción y un distanciamiento con consecuencias opuestas a la democracia y a la institucionalidad del sistema penal.

Con el movimiento francés de finales del siglo XVIII se retomaron las tendencias democráticas del Derecho Criminal, específicamente la reapertura de las audiencias a la presencia del pueblo. Con ello se reivindicó el papel de los defensores y se recuperó el control social sobre la administración de la justicia penal.

Como se ha observado, las audiencias del esquema de procesamiento penal con base en la Ley 906 de 2004, pese a no haberse implementado el jurado de conciencia, se incorpora en el mecanismo de control social y aproximación a la comunidad del espacio judicial, al reabrir las audiencias al público, con las salvedades obligadas que algunas diligencias exigen, pero son apenas una excepción.

Respecto al procesamiento penal de menores, se genera la tensión entre el carácter abierto y democrático de las audiencias y la protección especial y preventiva de los derechos de los menores. Dicha tensión se resuelve a partir del principio de prevalencia constitucional, el cual indica que cuando un derecho prevalece sobre otro, no hay lugar a proporcionarlos, sino a hacer efectivo el privilegio. Por ello encontramos disposiciones al interior de la Ley 1098 de 2006 que, de acuerdo con las Reglas de Beijing, previnieron acerca de la necesidad

de blindar los derechos de los menores y extender tanto como sea necesario, la reserva de las diligencias.

Encontramos que, a la letra del Artículo 147, 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 al niño, a la niña o al adolescente a un daño psicológico. En consecuencia, los denominados “sujetos procesales” apenas pueden intervenir, lo cual resalta, como ya se observó, la actividad del defensor de Familia.

Por otra parte, el Artículo 153 ordenó que 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.

No muy adecuada resulta la mención indistinta a “sujetos procesales” y “partes”, cuando parece más apropiado hablar de estas. Lo cierto es que quienes están facultados para conocer las diligencias serían, fuera de los jueces de garantías y de conocimiento, el fiscal, sus investigadores, el defensor público o de fianza y el defensor de Familia.

La misma norma garantiza la reserva de la identidad del menor procesado, al prohibir adicionalmente cualquier forma de revelación de la identidad o de las imágenes, cuando den lugar a la identificación del procesado.

1.4. La edad como criterio fijador

Si bien la forma legal de acreditar el estado civil de las personas y su edad es el registro civil y, subsecuentemente, el documento oficial de identidad, las ventajas que registra el procesamiento penal de menores frecuentemente resultan deseables para los procesados mayores y, al amparo de las ambigüedades en cuanto a la certeza de la edad así como de la indocumentación, pueden generarse prácticas de inversión de los nobles propósitos que estimularon la generación de las leyes internacional y nacional en la protección especial para los menores.

En primer lugar, lo que fija la competencia por el factor subjetivo de la minoría de edad es justamente esa condición. Es indiferente que la persona procesada adquiera la mayoría de edad en desarrollo de las actuaciones penales.

El legislador proveyó de mecanismos idóneos a las autoridades para evitar fraudes por parte de los delincuentes en su tentativa de pasar como menores

cuando no lo son. Así, se faculta la determinación de la edad por medios científicos o procedimientos científicamente válidos a partir de los protocolos generados para tal finalidad.

La duda se resuelve proveyendo una presunción *iuris tantum* de minoría de edad, es decir, si hay duda razonable, hay lugar a presumir que la persona procesada es menor, hasta tanto se acredite lo contrario. Luego, la prueba certera de la edad no es una condición procedimental, lo que no obsta cuestionar ulteriormente el fundamento del factor subjetivo.

Dados los efectos sustanciales del factor concreto de competencia y su trascendencia, de procesarse a un menor como si fuere un mayor de edad, esto es, por los funcionarios ordinarios, debe sobrevenir la nulidad o inexistencia de lo actuado; lo primero, cuando la irregularidad afecte la legalidad del proceso y lo segundo, cuando se hayan fulminado derechos o garantías especialmente reconocidas en razón de la minoría de edad, por ejemplo, la reserva de la identidad.

1.5. Testimonios, entrevistas y declaraciones

La noción que descubre el Artículo 150 de la Ley 1098 es que los menores pueden ser interrogados en el escenario judicial y el extrajudicial bajo reglas de control conforme con las cuales se confiere al defensor de Familia la formulación de las preguntas y puede limitarse a hacer exclusivamente las que resulten adecuadas a la condición del menor. La intervención directa del juez se estima como excepcional, condicionada a que sea necesaria para que el menor dé respuesta a lo que se le pregunta.

La norma empieza refiriendo los procesos que se siguen contra adultos y que requieren de la atestación de un menor. No obstante, resultaría incomprensible su inaplicación en desarrollo de las causas contra los mismos menores.

En primer lugar, es perfectamente posible que los menores, conforme se construya la propuesta de juicio o teoría del caso por parte de su defensor, deban declarar en su propio proceso. En segundo lugar, nada obsta pretender el testimonio de otro menor en desarrollo de la actuación que se sigue contra uno de ellos.

Por otra parte, indica la disposición que “el mismo procedimiento se adoptará para las declaraciones y entrevistas que deban ser rendidas ante la Policía Judicial y la Fiscalía durante las etapas de indagación o investigación”, sin que la limite a procesos contra mayores.

Finalmente y en aras de la protección de la identidad y de la salud física y mental del menor, sea testigo o procesado, es probable que se disponga la práctica del testimonio mediante comunicación de audio y video y prescindir de su presencia física.

1.6. Inmediación como presupuesto procesal

En la experiencia del espacio judicial colombiano, el esquema de enjuiciamiento de corte napoleónico, en el que se alternan características tanto acusatorias como inquisitoriales, incurrió en prácticas toleradas y altamente nocivas de la recta impartición de justicia. Una de esas prácticas ha sido el distanciamiento de los jueces de los escenarios procesales. Así, se encuentra fácilmente cómo se surten audiencias preparatorias y de juzgamiento sin su presencia, lo cual hace muy improbable que pueda formarse un juicio concienzudo tanto legal como probatorio. La consecuencia es que da igual que haya o no juez, puesto que las decisiones se adoptan a partir de formas o modelos prediseñados, que apenas se actualizan con los nombres y así surgen las decisiones, incluso sentencias condenatorias.

Desde luego, una administración de justicia con tales tendencias es menos que vulgar y no genera sino adeptos a los métodos de autocomposición de conflictos.

Una de las principales motivaciones en la generación de un cambio tan drástico como fue la implementación de un modelo de enjuiciamiento criminal tipo acusatorio y adversarial consistió en superar estas falencias y abrir el desarrollo del proceso de cara al pueblo. Las audiencias desarrolladas al amparo de la Ley 906 de 2004 parecen blindadas contra este tipo de práctica, en la medida en que resultan imposibles sin la presencia del juez, bajo la vigilancia permanente de la comunidad interesada en presenciar el desarrollo de la audiencia respectiva.

La Ley 1098 de 2006, en su Artículo 155, consagró que “ninguna actuación que se adelante en la etapa de juicio tendrá validez si no es adelantada directamente por el funcionario judicial. La violación de este principio será causal de destitución del cargo”.

Pareciera que en el procedimiento ordinario se abriera la alternativa contraria, es decir, la procedencia de actuaciones sin la presencia e intervención pertinente del juez. Lo que no es correcto definitivamente. Al parecer, la intención legislativa tuvo motivaciones no demasiado claras en el texto de la disposición. En primer

lugar, parece que se busca reiterar la correspondiente inmediación, conforme a la comprensión habitual que implica tal principio, pero parece querer completarse con la pretendida continuidad, al entender que se busca evitar las reasignaciones de actuaciones penales y garantizar que sea el mismo funcionario quien conozca de la totalidad del proceso.

Como se recuerda, las Reglas de Beijing reclaman el carácter especializado de los funcionarios que interviene, puesto que la inmediación no solo se trataría de la garantía de percepción del juez de la causa, sino además de un juez especializado en el procesamiento penal de menores.

Es importante reivindicar la razón de ser del principio de inmediación y su trascendencia en el proceso penal de corte acusatorio adversarial.

No debe entenderse que la mutación de evidencia en prueba resulte ser una banalidad procesal o una veleidad dogmática. La verdad es que, en el proceso de construcción de la verdad judicial, la fenomenología de la percepción adquiere dimensiones socialmente trascendentales, en cuanto se confía al funcionario judicial no solo la adopción de una decisión fundamentada, sino ante todo, el deber de construir una transformación social con fundamento en su percepción específica. Quizás deba recordarse que Husserl, padre de la Fenomenología, definió la evidencia como “todo aquello que permite tener experiencia de un suceso”. Una vez propiciada la experiencia en el juez, la evidencia se consolida como prueba, en tanto ya ha generado en el juez una experiencia de la manera como pudieron haber sucedido las cosas o las acciones puestas a su consideración. Por esta razón, el principio de inmediación es el instrumento de minimización de interferencias en la experiencia concreta del juez. Si el fiscal y el defensor ofrecen sus propias experiencias mediante los diseños probatorios en los que fundamentan sus respectivas propuestas de juicio o teorías del caso, el juez va a generar una propia con base en ellas, es decir, parte de una mediación pronunciada por los intereses de parte que le son formulados. Dada esta situación, una segunda mediación, por ejemplo, causada por la intervención de otro funcionario en cuya mente se propicia la experiencia cimera de las evidencias traídas por las partes, implicaría un distanciamiento que raya en la artificialidad total del juicio. Por esta misma razón, el principio es predicado de la etapa de juicio, no de las anteriores.

Blindar el juicio del juez frente a ese distanciamiento es lo que acentúa la norma de la Ley 1098 de 2006, ya propiciado por el respectivo principio de

la Ley 906 de 2004. Un suceso de mediación, como antónimo de intermediación, implicaría seguramente la ineficacia total del acto procesal, con manifestaciones de inexistencia.

1.7. Improcedencia de formas acordadas de terminación anticipada del proceso

Las formas de enjuiciamiento con tendencia acusatoria y adversarial fueron profundamente impactadas por la Epistemología del siglo XX, una de cuyas principales expresiones se hizo manifiesta en la conocida teoría de los juegos económicos.

En las prácticas de las instituciones, esta teoría buscó involucrar inversiones inteligentes, de suerte que se procuraran resultados óptimos con un mínimo de inversión, de manera que la economía estaría basada en una racionalidad informada de la búsqueda de las mejores alternativas, para la obtención de resultados propicios dentro de un contexto de escasez presunta.

Cuando esta episteme toca la institución jurídica, en particular la jurídico-penal, se verifica la preocupación por generar soluciones heterocompositivas a los conflictos penales, se disminuye la inversión de recursos tanto públicos como privados en el procesamiento penal y se procura alcanzar el desatamiento de los conflictos, desde luego, con criterio de justicia. Desde esta lógica, el proceso se concibe como la institución que resuelve los conflictos penales dentro de la ortodoxia constitucional de los Estados. Sin embargo, la inversión social es exponencialmente significativa, tanto más si se mide en perspectiva de valores económicos involucrados. Por ello, se propician las llamadas salidas alternas o formas anticipadas de solución de los conflictos penales y se advierte una multiplicidad, entre las que cabe resaltar las tradicionales y las de vieja data, como el indulto o la amnistía, así como las más recientes, esto es, principio de oportunidad, negociaciones, aceptación de cargos, etcétera.

Una mirada más jurídica nos informa acerca del surgimiento de una serie de actos jurídico-procesales especiales, participantes de características tradicionales como la necesidad de capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos, así como de la generación de especiales prestaciones, por ejemplo, que el fiscal sea conteste ante el juez respecto al acuerdo concluido.

Sobre el primer aspecto, no sería cuestionable que en los procesos contra adolescentes se practicaran salidas alternas basadas en los acuerdos con el fiscal.

•Procesamiento penal contra menores•

Desde el punto de vista jurídico, se explicaría por la falta de capacidad que, en todo caso, sería susceptible de superarse con la voluntad o el aval del representante legal.

Si se estima que la salida alterna termina constituyendo una renuncia a la garantía que es el proceso, quizás se halle una explicación razonable para que no operen los acuerdos con el fiscal, pero sería la misma razón más que suficiente para suprimir todas las restantes salidas alternas.

Sin duda, asiste una intención protectora del menor; en todo caso, el legislador no consideró que, conforme al precedente judicial generado por la Corte Suprema, los allanamientos deben surgir fundamentados *ex ante* o *ex post* en un acuerdo con el fiscal acerca del quantum de la reducción de la pena, para así vincular la decisión del juez.

Al margen de la fundamentación, lo cierto es que la prohibición de salidas alternas basadas en los acuerdos debió contemplar la manera de garantizar la ventaja que para el menor implica el acuerdo con el fiscal.

1.8. Informe de la Defensoría de Familia

El Artículo 157 de la Ley 1098 de 2006 faculta al juez de conocimiento para demandar de la Defensoría de Familia actuante ante su despacho un estudio en el que se verifiquen las condiciones familiares, económicas, sociales, psicológicas y culturales del adolescente. El informe que se produzca con fundamento en la información debe presentarse en la audiencia de imposición de la sanción. Lo anterior significa que dicho informe se erige criterio de orientación para la determinación y dosificación de la sanción.

En primer lugar, no parece consecuente que se trate de una facultad, en el entendido de que el juez pueda hacerlo. Desde luego, estimar lo contrario surge de una errónea interpretación, a partir de los mismos derroteros interpretativos con los que se opera la hermenéutica de la Ley 906 de 2004. En efecto, probablemente esta disposición quiera verse como correlato del Artículo 447 de esta Ley, con base en el cual, en el evento en que el juez llegue a estimar que para individualizar la pena a imponer es necesario ampliar la información proveída por el fiscal y el defensor, puede solicitar a cualquier institución, pública o privada, la designación de un experto para que, en el término de diez días, atienda su

requerimiento¹⁷. Con base en esta última, ciertamente se trata de una facultad o un recurso otorgado al juez, quien debe motivar la determinación de la pena y para consolidar su juicio, puede proveerse de información adicional para la respectiva dosificación. Esta labor ha sido tradicionalmente entendida como compleja, al punto de que la Ley 599 de 2000 dispuso de criterios pretendidamente objetivos para reducir el margen de arbitrariedad en su fijación.

La causa de requerir esta información al tratarse de procesamiento penal de adolescentes y menores, en general, surge de la Regla 17 de Beijing, conforme con la cual la determinación de la sanción debe estar informada de las circunstancias y la gravedad del delito, pero es preciso considerar las necesidades específicas del menor y de la sociedad, sin perder de vista que, conforme a la misma disposición, la privación de la libertad debe reducirse al mínimo necesario y “sólo procede tras un estudio minucioso de viabilidad”¹⁸.

.....
17 Artículo 447. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA Y SENTENCIA. Si el fallo fuere condenatorio, o si se aceptare el acuerdo celebrado con la Fiscalía, el juez concederá brevemente y por una sola vez la palabra al fiscal y luego a la defensa para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. Si lo consideraren conveniente, podrán referirse a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado.

Si el juez para individualizar la pena por imponer, estimare necesario ampliar la información a que se refiere el inciso anterior, podrá solicitar a cualquier institución, pública o privada, la designación de un experto para que este, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles, responda su petición.

Escuchados los intervinientes, el juez señalará el lugar, fecha y hora de la audiencia para proferir sentencia, en un término que no podrá exceder de quince (15) días calendario contados a partir de la terminación del juicio oral, en la cual incorporará la decisión que puso fin al incidente de reparación integral.

PARÁGRAFO. En el término indicado en el inciso anterior se emitirá la sentencia absolutoria.

18 Adicionalmente, la Regla 25 señala: “Objetivos del tratamiento en establecimientos penitenciarios:

1. La capacitación y el tratamiento de menores confinados en establecimientos penitenciarios tienen por objeto garantizar su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional para permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad.
2. Los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria —social, educativa, profesional, psicológica, médica y física— que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano.
3. Los menores confinados en establecimientos penitenciarios se mantendrán separados de los adultos y estarán detenidos en un establecimiento separado o en una parte separada de un establecimiento en el que también estén encarcelados adultos.
4. La delincuencia joven confinada en un establecimiento merece especial atención en lo que atañe a sus necesidades y problemas personales. En ningún caso recibirá menos cuidados, protección, asistencia, tratamiento y capacitación que el delincuente joven. Se garantizará su tratamiento equitativo.
5. En el interés y bienestar del menor confinado en un establecimiento penitenciario, tendrán derecho de acceso los padres o tutores.

•Procesamiento penal contra menores•

No puede dejarse de lado que las funciones llamadas a operarse respecto a los menores no se orientan igual que las previstas para adultos. La pena para el adulto tiene una manifiesta vocación afflictiva, mientras que tal espectro desaparece respecto a los menores y se sustituye por una pretensión de tipo rehabilitador y socializador.

Adicionalmente, la aplicación de la sanción privativa de la libertad en sí debe superar dos juicios de exclusión. En primer lugar, por la razón objetiva de la pena estimada en el tipo penal concreto: a falta del mínimo de seis años, no sucede. Por otro lado y con carácter igualmente excluyente, solo se aplica en caso de ser extremadamente necesaria para el logro de los objetivos y, en todo caso, deben revisarse periódicamente los avances, con el fin de provocar su sustitución sobreviniente. Por consiguiente, no se presta a duda que la imposición de esta sanción respecto a menores es mucho más exigente, así que debe basarse en criterios comprobados de factibilidad y una forma de satisfacerlo es acudiendo a este tipo de fuente de información, esto es, el informe consulto de los criterios ya mencionados.

Podemos agregar, con fundamento en la misma Regla de Beijing, que se fuerza a que en cada caso se considere como primordial y predominante la búsqueda del bienestar del menor. Por tal no puede entenderse, desde luego, una complacencia de intereses mezclados con caprichos, sino la consideración evaluativa de provisión de condiciones más apropiadas para alcanzar los objetivos ordenados. Nadie ignora que la prisión como método de aislamiento, pese al tratamiento penitenciario, frecuentemente se aleja bastante de ser el medio para conducir a ese resultado. Al ser extremo, tendría que acreditarse de una manera óptima su necesidad para que el menor específicamente considerado deba sujetarse a ese medio, en busca de su habilitación social y correlacional.

Como no podría ser de otra forma, la ley interna se guía por las Reglas de Beijing, muy particularmente en cuanto a la determinación de la sanción. Se expresa al ordenar que criterios como la naturaleza y gravedad de los hechos, la proporcionalidad e idoneidad de la sanción, la edad y otros como la aceptación de cargos por el adolescente, el desconocimiento de compromisos previos impuestos por el juez y el incumplimiento de las sanciones tiene que estimarlos el

Se fomentará la cooperación entre los Ministerios y los departamentos para dar formación académica o, según proceda, profesional adecuada al menor que se encuentre confinado en un establecimiento penitenciario, a fin de garantizar que al salir no se encuentre en desventaja en el plano de la educación”.

juez para la imposición de la sanción. ¿Cómo, entonces, si no es con fundamento en un estudio como el dispuesto en el Artículo 157 de la Ley 1098 de 2006 puede el juez proveerse de la suficiente información para determinar adecuadamente la sanción?

En segundo lugar, se precisa considerar otro aspecto. Si bien el estudio es necesario, no por ello puede concluirse que resulte vinculante, en el entendido de que el juez y las partes se encuentren atados por su contenido.

Si persistimos en comparar la legislación de menores con la de adultos, entre otros porque el reenvío permanente a la Ley 906 de 2004 así lo exige, encontramos que el informe del que dispone el juez para dosificar la pena de los mayores está sujeto a controversia, como lo reclama el Artículo 29 de la Constitución y demás disposiciones de igual o inferior jerarquía. En efecto, el Artículo 447 de la Ley 906 de 2004, tras haberse allegado el informe, indica que “escuchados los intervinientes, el juez señalará el lugar, fecha y hora de la audiencia para proferir sentencia”. Esa escucha a los intervinientes da lugar a que quienes no produjeron el informe se expresen respecto al mismo.

No puede ser de otra forma, como se desprende del principio de contradicción que, en el contexto del Artículo 378 de la Ley 906 de 2004, aplicable al enjuiciamiento penal de menores, dispuso que las partes tienen la facultad de controvertir tanto los medios de prueba como los elementos materiales probatorios y la evidencia física presentados en el juicio o aquellos que se practiquen por fuera de la audiencia pública, es decir, todos aquellos que el juez pueda estimar como base de su decisión.

En conclusión, el informe es necesario si de sanciones se trata y diríamos, con sobrada razón, que es condición de legalidad para la sanción privativa de la libertad, pero de ello no se desprende que adquiera una especie de “inmunidad probatoria” sustraída de los principios acusatorio y adversarial, para adquirir connotaciones de verdad presunta. Considerarlo como una fuente incontrovertible conllevaría la inversión de principios demasiado caros a la administración de justicia, por ejemplo, el del juez natural, porque si se le otorgan efectos vinculantes, quien adoptaría la decisión final o parte de ella sería el defensor de Familia y no el juez. Por otra parte, la falta de posibilidad real de controversia implicaría la defraudación del derecho de defensa, tan decididamente defendido y auspiciado por las Reglas de Beijing, la Ley 1098 de 2006 y la Constitución Política.

1.9. Prohibición de juzgamiento en ausencia

Una de las más grandes incoherencias advertidas en la Ley 906 de 2004 es no haber dado solución de continuidad a esa tendencia inquisitorial, evidenciada en Códigos como el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000, que facultan al Estado a ejercer la acción penal contra personas que carecen de todo conocimiento sobre el suceso del proceso que se adelanta en su contra. Es un inconveniente desproporcionado, por cuanto esas personas no tienen una auténtica defensa material, en cambio sí técnica por parte de la Defensoría Pública o, como en el pasado reciente y lamentablemente aún parte del presente, mediante defensores oficiosos.

El gran avance operado con la reforma iniciada por el Acto Legislativo 03 de 2002 y concretada en la Ley 906 de 2004 se evidencia en la novedad del principio adversarial —no tanto en el acusatorio, respecto al cual la legislación colombiana había registrado avances significativos—, por cuanto confía a las partes en conflicto la consolidación de la oferta de propuestas de juicio, con fundamento en las cuales el juez producirá su decisión, ¿Cómo propiciar la adversación si se carece de uno de los adversarios?

Sin embargo, se perpetuó esa práctica indeseable que es el procesamiento de personas ausentes.

Tan inadecuado y violatorio de derechos fundamentales resulta, que no se patrocinó respecto a los menores, conforme fue ordenado en el Artículo 158 de la Ley 1098 de 2006. Indica la disposición que los adolescentes sometidos a procesos judiciales por responsabilidad penal no serán juzgados en su ausencia. Sin embargo, faculta la investigación sin su presencia, con lo que la actuación puede avanzar hasta la acusación, caso en el cual tendrá que suspenderse hasta tanto se logre que comparezca.

En caso de no lograrse su comparecencia se continuará la investigación y el defensor público o apoderado asumirá plenamente su defensa hasta la acusación o la preclusión. Si hay acusación, se notificará al defensor público o apoderado y al defensor de Familia. El proceso se suspenderá mientras se logra la comparecencia del procesado. En estos eventos, la prescripción de la acción penal se aumentará en una tercera parte.

Esta disposición revela profundos efectos que pasan a estudiarse.

1.9.1. El límite de la acusación

En un esquema auténticamente acusatorio y adversarial, es probable que se alcance la acusación sin presencia del acusado, por cuanto no ha habido un ejercicio específico de la acción penal con anterioridad.

En estos esquemas, el proceso se formaliza mediante la acusación, con las salvedades implicadas en la captura en flagrancia, el aseguramiento físico de las personas y la práctica de pruebas anticipada. Significa que, en rigor, hay proceso cuando sobreviene la acusación. Se recuerda que en estas formas de enjuiciamiento la acción penal tiene inicio con la acusación, puesto que es de esta de lo que se defiende el acusado, por lo que el fiscal busca la condena y es el marco de movilidad del juez, en el entendido de que es de esa precisa acusación por lo que condena o absuelve al procesado.

Una de las más lamentables tergiversaciones que se hizo al esquema procesal en Colombia indica que todas las investigaciones deben ser formalizadas mediante la mal llamada audiencia de imputación y, en consecuencia, la acción penal se ejerce a partir de ella. Obsérvese que lo que se intenta garantizar es la indemnidad del derecho de defensa, profundamente menguado en ausencia de la persona procesada. Si lo que desata su ejercicio en el esquema de la Ley 906 de 2004 es la imputación, solo hasta tal acto podría avanzarse sin contar con el procesado.

No obstante, cuando se creó la audiencia de imputación en Colombia, fue injertada al aprobar la mayor parte de las disposiciones del Código y no se revisó para adaptarla a la nueva realidad del esquema procesal y se la dejó con un apéndice que desdice de su integridad, como es la audiencia de imputación (para una comprensión suficiente de este tema, diríjase a la lectura complementaria).

Si el legislador hubiera sido consciente de esta alteración a la originalidad del esquema procesal, para ser consecuente debería haber ordenado que no se avanzara más allá de la imputación cuando el menor no estuviera presente.

1.9.2. La no comparecencia: ¿ausencia o contumacia?

Una muy básica lectura del título de la norma que se analiza puede dar lugar a concluir que el legislador colombiano excluyó el procesamiento en ausencia de los menores, pero no su contumacia. En cambio, una lectura integrada del sentido de la institución conlleva conclusiones muy distintas.

•Procesamiento penal contra menores•

Ciertamente, no es igual procesar personas ausentes que personas contumaces, como que no es igual enjuiciar personas que no concurren al proceso porque ignoran la existencia de la actuación penal en su contra, que procesar personas que, con conocimiento de ser sujetos de un proceso criminal, optaron libremente por desatenderlo, aunque pudieran hacerlo personalmente o mediante su defensor.

Hay una tendencia manifiesta a rechazar el procesamiento de personas ausentes, dados los serios cuestionamientos que esa situación desata respecto al derecho material de defensa. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es receptivo de la contumacia así entendida, pero no previó el procesamiento de personas ausentes (Artículo 63). Otros códigos más o menos recientes también contemplan dicha opción, de donde podemos considerar que la rebeldía es una situación frente a la cual la ley —o, mejor dicho, la tendencia legislativa— la contempla, como en cambio no ocurre con las personas que de ninguna manera han podido enterarse de estar siendo penalmente procesadas.

La Comisión Redactora Constitucional que generó el proyecto finalmente convertido en la Ley 906 de 2004, consideró este tema (Actas 020 del 6 de junio de 2003 y 027 del 7 de julio de 2003) e incluso sostuvo la contumacia, pero no la otra opción; de hecho, se propuso la siguiente disposición: “Artículo 387. En todo caso solo podrá procederse a la apertura del juicio oral cuando el acusado habiendo debido conocer la existencia del proceso penal, sin justa causa actúe en rebeldía siendo declarado por el juez o tribunal en contumacia”.

Se agrega que la Corte Constitucional, en Sentencia C-488 de 1996, ha mantenido el derecho que se tiene a asistir al proceso, lo cual implica necesariamente la oportunidad real de haberse enterado del mismo. Con respecto a las personas ausentes, en las Sentencias C-100 de 2003, C-330 de 2003 y C-248 de 2004 la Corte agregó que si la situación surgía por causa imputable al Estado, la actuación sería nula; en consecuencia, si el Estado, por medio de la Fiscalía, acreditaba su diligencia en la búsqueda y ubicación de la persona, no podía objetarse su procedimiento, pero en todo caso resultaba la persona ausente como una condición excepcional de procesamiento. Se invocó como razón para sostener el procesamiento en ausencia dentro del esquema procesal de la Ley 906 de 2004, además de la eficacia, la excepcionalidad de la figura y el control judicial extremo¹⁹.

.....
19 En Sentencia C-591 de 2005, la Corte Constitucional expresó: “Del examen de constitucionalidad de las normas acusadas, la Corte extrae las siguientes conclusiones:

De ahí surge que la regla general es el derecho de asistir al proceso y, como excepciones, la contumacia y la ausencia; esta última, como una situación completamente extraordinaria, justificada por razones atribuibles a las personas que se procesan y, en momento alguno, a la inoperancia del Estado.

Si con la Ley 1098 de 2006 se procuró un trámite procesal más benigno para los menores, nada se obtiene al excluir el procesamiento en ausencia y permitir el de la contumacia. Incluso sería un contrasentido. En primer lugar, el procesamiento en contumacia es anormal y se explica por un acto extraprocesal en el que interviene la voluntad del procesado, en el sentido de no comparecer. En consecuencia, la decisión de no comparecer para no obstaculizar el proceso que

-
1. Es la regla general, que no se pueden adelantar investigaciones o juicios en ausencia; tanto menos en el marco de un sistema procesal penal de tendencia acusatoria caracterizado por la realización de un juicio oral, público, con intermediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.
 2. Solo (sic) de manera excepcional, y con el único propósito de dar continuidad y eficacia a la administración de justicia en tanto que servicio público esencial, la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, pueden admitirse las figuras de la declaratoria de persona ausente y la contumacia, casos en los cuales la audiencia respectiva se realizará con el defensor que haya designado para su representación, o con el defensor que le designe el juez, de la lista suministrada por el sistema nacional de defensoría pública, según el caso. Adicionalmente, la persona puede renunciar a su derecho a hallarse presente durante la audiencia de formulación de la acusación. Con todo, siendo mecanismos de carácter excepcional, su ejecución debe estar rodeada de un conjunto de garantías y controles judiciales.
 3. La declaratoria de persona ausente por parte del juez de control de garantías sólo procederá cuando verifique de manera real y material y no meramente formal, que al fiscal le ha sido imposible localizar a quien requiera para formularle la imputación o tomar alguna medida de aseguramiento que lo afecte, y se le hayan adjuntado los elementos de conocimiento que demuestren la insistencia en ubicarlo mediante el agotamiento de mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado. Una vez verificados tales requisitos, la persona será emplazada mediante un edicto que se fijará por el término de cinco días en un lugar visible de la secretaría del juzgado y se publicará en un medio radial y de prensa de cobertura local. De igual manera, se le nombrará un defensor designado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública.
 4. En tal sentido, la Corte considera que la declaratoria de persona ausente debe estar rodeada de las debidas garantías procesales y ser objeto de un estricto control judicial, y que por lo tanto no se agota con la actividad que despliega de manera obligatoria la Fiscalía para demostrarle al juez de control de garantías el agotamiento de las diligencias suficientes y razonables para la declaratoria de ausencia, sino que igualmente éstas deben continuar por parte de la Fiscalía con posterioridad a esta declaración, a fin de que el juez de conocimiento, al momento de la citación para la celebración de la audiencia de formulación de acusación, realice una labor de ponderación en relación con el cumplimiento de la carga de ubicación del procesado, y constate que el Estado ha continuado con su labor de dar con el paradero del acusado, a fin de autorizar de manera excepcional el juicio en ausencia, o declare la nulidad de lo actuado por violación del derecho fundamental al debido proceso, bien de oficio o a solicitud del acusado de conformidad con lo previsto en el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, o del defensor respectivo. Cabe recordar, que la actividad del Sistema Nacional de Defensoría Pública debe encaminarse a que en materia de juicios en ausencia el Estado cumpla efectivamente con su deber de demostrar que adelantó todas las gestiones necesarias y pertinentes para localizar al investigado o enjuiciado, así como que el rol que juega el Ministerio público en estos casos se acentúa para el seguimiento y vigilancia del cumplimiento de las garantías constitucionales en el proceso”.

se adelanta contra un menor tendría que tener el aval de su representante legal, situación no contemplada en la ley procesal penal.

Si se piensa que el legislador pretendió suprimir el procesamiento en ausencia de menores, no habría ganancia respecto al procesamiento contra adultos, al considerar que la tendencia universal es no admitir tal posibilidad en caso alguno, como surge de la propia Comisión Redactora Constitucional.

Por consiguiente, procesar adolescentes en contumacia es hacer decir a la norma lo que por ninguna parte surge de ella; en primer lugar, porque si el propósito del legislador era permitirlo, simplemente lo habría expresado literalmente y, en segundo lugar, frente a la ley internacional tal posibilidad es inconcebible.

Nos preguntaríamos, finalmente, si se prohíbe la fijación de antecedentes a los menores en los términos en que proceden para los adultos, con el fin de protegerlos ¿Cómo podría decirse que, en cambio, sí se les puede procesar en contumacia igual que como si fueran adultos?