

COLECCIÓN **JUS** PENAL

Los menores en el sistema penal colombiano

Manuel Fernando Moya Vargas
Carlos Andrés Bernal Castro

PENAL 3



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia

Manuel Fernando Moya Vargas

Es abogado, doctor en Sociología Jurídica. Su tesis posdoctoral constituye un modelo teórico aplicado de semiótica penal.

Profesor investigador de la Universidad Católica de Colombia en estas áreas del saber y, desde hace al menos veinte años, se ocupa del desarrollo de la semiótica de la justicia penal. Autor de quince obras contentivas de sus investigaciones, se dedica también a la transferencia del conocimiento que produce, por medio de clases de posgrado en Derecho Penal.

Carlos Andrés Bernal Castro

Abogado, magíster en Derecho Penal. Profesor investigador de la Universidad Católica de Colombia y litigante. Desde hace varios años practica la docencia universitaria en pregrado y posgrados. Es director de las Oficinas especiales de apoyo de la Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo. Autor de varias obras y artículos científicos en materia penal, publicados en distintos medios de divulgación.

Manuel Fernando Moya Vargas
Carlos Andrés Bernal Castro

Los menores en el sistema penal colombiano

BS
PENAL 3



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia

Moya Vargas, Manuel Fernando

Los menores en el sistema penal colombiano / Manuel Fernando Moya Vargas y Carlos Andrés Bernal Castro. __1a ed.-- Bogotá : Universidad Católica de Colombia, 2015

172 p. 17 x 24 cm __ (Colección JUS penal)

ISBN: 978-958-8465-71-5 (impreso)

ISBN: 978-958-8465-72-2 (digital)

1. Derecho penal-Colombia 2. Niños-legislación 3. Niños-responsabilidad penal
4. Responsabilidad penal

I.Título II. Bernal Castro Carlos Andrés

Dewey 345.04861

Proceso de arbitraje

1er concepto

Evaluación: 2 de julio de 2015

2do concepto

Evaluación: 2 de julio de 2015

© Universidad Católica de Colombia

© Manuel Fernando Moya Vargas

Carlos Andrés Bernal Castro

Primera edición, Bogotá, D.C.

Julio de 2015

Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas 46-72 piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Armada electrónica

Claudia Margarita Vélez Gutiérrez

Publicación electrónica

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D. C., Colombia

Facultad de Derecho

Carrera 13 N° 47-49

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el DEPÓSITO LEGAL

© Derechos Reservados

CONTENIDO

Prólogo	7
Introducción	9

Capítulo 1. Sistemática de la responsabilidad penal

1. Ubicación conceptual	14
2. Especificidad de la responsabilidad penal.....	15
3. Poder punitivo de los Estados	16
4. Poder configurador y política penal	17
5. El Derecho Internacional y el programa constitucional de Derecho Penal	18
6. Elementos de la responsabilidad penal	21

Capítulo 2. Los menores frente al régimen de responsabilidad penal

1. El menor como sujeto de responsabilidad penal	27
2. Corresponsabilidad y sus efectos en la responsabilidad penal	31
3. Exclusión de responsabilidad	46
4. Sanciones	47

4.1 Contexto	47
4.2. Taxonomía de sanciones	50
4.3. Fundamentación de las sanciones	52

Capítulo 3. Procesamiento penal de menores

1. Esquema general	56
2. Flujoograma del proceso en función de la tipología de audiencias	59

Capítulo 4. Procesamiento penal contra menores (II)

Especificidades	63
1. Aspectos específicos del proceso penal contra menores	63
1.1. Perfil especializado	63
1.2. Fuero subjetivo	64
1.3. Reserva y privacidad	68
1.4. La edad como criterio fijador	70
1.5. Testimonios, entrevistas y declaraciones	71
1.6. Inmediación como presupuesto procesal	72
1.7. Improcedencia de formas acordadas de terminación anticipada del proceso	74
1.8. Informe de la Defensoría de Familia	75
1.9. Prohibición de juzgamiento en ausencia	79
1.9.1. El límite de la acusación	80
1.9.2. La no comparecencia: ¿ausencia o contumacia?	80

Capítulo 5. El menor víctima

1. Ubicación temática	85
1.1. ¿Qué es la Victimología?	85
1.2. Concepto de víctima	87
1.3. Elementos del concepto	88
1.3.1. Persona	88
1.3.2. Daño	89
1.3.3. Acción u omisión típicas	89
1.3.4. Autoría	89
1.3.5. Relación causal	90
1.3.6. Incondicionalidad	90
1.3.7 Homologación	91
1.3.8. Generalidad	91

2.	Victimología en la ley penal colombiana	92
2.1.	La legislación anterior a 1991	92
2.2.	La legislación posterior a 1991	93
2.1.2.	Decreto Ley 2700 de 1991	93
2.2.2.	Ley 600 de 2000	94
2.2.3.	Ley 906 de 2004	95
3.	El tratamiento de las víctimas en la Ley 906 de 2004	96
3.1.	Régimen general	96
3.2.	Régimen especial	97
3.3.	Atención y protección inmediata	97
3.3.1.	Protección	97
3.3.2.	Asistencia	99
3.4.	Competencia	99
3.5.	Garantía de comunicación y derecho de información	100
3.6.	Derechos de postulación de las víctimas	101
3.6.1.	Derecho a la justicia	101
3.6.2.	Derecho a la verdad	102
3.6.3.	Derecho a la reparación.....	102
3.7.	Intervención de las víctimas	103
3.7.1.	Facultades generales de las víctimas	103
3.7.2.	Facultades de las víctimas durante el juicio	105
3.7.3.	Facultades durante la audiencia de acusación	106
3.7.4.	Facultades durante la audiencia preparatoria	106
3.7.5.	Facultades durante el juicio oral	107
3.8.	Incidente de reparación integral	108
3.8.1.	Trámite del incidente	108

Capítulo 6. Procedimientos especiales considerados en la ley 1098 de 2006

1.	Criterios que desarrollan los principios	112
1.1.	Prioridad	112
1.2.	Representación	113
1.3.	Especial atención	113
1.4.	Oficiosidad	113
1.5.	Indemnidad de los derechos y condición de procedencia del principio de oportunidad	114
1.6.	Condicionalidad del subrogado de la condena de ejecución condicional	115
1.7.	Limitaciones a la intervención	115
1.8.	Limitaciones a los reconocimientos médicos	117
1.9.	Medidas especiales de protección	117
1.10.	Información y orientación	117

1.11. Prohibición de conceder la detención domiciliaria	118
1.12. Acompañamiento especial	118
1.13. Autonomía	118
2. Medidas especiales para el desarrollo de las audiencias	119
2.1. Medidas obligatorias	119
2.2. Medidas discrecionales	120
2.3. Intervención de los asistentes del menor	120
2.3.1. Defensor de Familia	120
2.3.2 Representante legal	121
2.3.3. Profesionales especializados	122
3. Limitaciones respecto a la concesión de beneficios y mecanismos sustitutivos que favorecen a los procesados	122
3.1. Medida de aseguramiento	123
3.2. Principio de oportunidad	125
3.3. Subrogados	126
3.4. Sustitución de la ejecución de la pena	127
3.5. Preacuerdos y negociaciones	128
3.6. Otros beneficios	129

Anexo

La formalización de la investigación como garantía fundamental del investigado

I. Desarrollo de las deliberaciones	133
1. Esquema procesal originalmente pretendido	134
2. La discusión relacionada con la formalización	136
II. Consecuencias de la decisión atendida la fundamentación	145
1. Prevalencia del derecho de defensa sobre el principio acusatorio	146
2. Prevalencia del derecho de defensa sobre el principio adversarial	150
3. Objeto de la formalización	152
4. Obligatoriedad de la formalización	153
5. Formalización como presupuesto del debido proceso	158
5.1. Formalización como presupuesto del archivo de la investigación	158
5.2. Formalización como presupuesto de la preclusión de la investigación ...	160
III. Conclusiones	162
 Bibliografía	 165

PRÓLOGO

La producción de conocimiento científico en materia penal ha sido discreta en Colombia. Esto por cuanto los autores se han empeñado en producir manuales de aprendizaje —esencialmente reproduciendo o recogiendo ideas de investigadores extranjeros—, más que en investigar con el rigor científico que demanda un saber apreciable en su valor social.

Por ello mismo podemos afirmar que poco ha sido el aporte de Colombia a la Ciencia Penal. Esta misma deficiencia ha provocado que el país no se piense en términos penales y que se persista en los consabidos extravíos, por ejemplo, carecer de programas de una auténtica política penal o el hecho de importar instituciones inconsultas de la realidad social a la cual se dirigen.

De hecho, se suele legislar para después generar manuales de enseñanza, cuando la prudencia enseña que se debe investigar para saber qué y cómo legislar.

Con el régimen penal de menores, incorporado mediante la Ley 1098 de 2006, ha sucedido lo mismo que con casi todas las instituciones penales vigentes, es decir, con el pretexto de contemporizar respecto a las tendencias internacionales de tratamiento penal de menores, se actualizó el Código del Menor y se generaron expectativas sociales sobre la mejoraría de la administración de justicia penal y lo que ha sucedido en la práctica es todo lo contrario.

Peor aún, se creyó que habría reducción del crimen en el que se involucraban menores y también ha sido todo lo contrario.

Lo más lamentable es que se propició una modificación al estimar que los cambios eran puntuales y mínimos. Sin embargo, la realidad es otra, es decir, sin demasiada conciencia, el legislador introdujo alteraciones profundas y radicales al régimen penal de los menores, al extremo que podemos afirmar que tenemos dos modelos penales paralelos: uno para adultos y otro para menores.

Esta investigación, cuyo resultado se está presentando, quiere mostrar que no solo se propició esa alteración, sino que muchas instituciones resultan susceptibles de inaplicación o, lo que puede ser peor, abandonadas a la interpretación epistemológicamente subjetiva de todos los operadores judiciales.

INTRODUCCIÓN

El siglo XX se ha caracterizado por muchos cambios sociales. Sin duda, algunos de esos cambios han sido más trascendentales que otros, pero la sociedad se ha transformado profundamente.

Uno de dichos cambios tiene que ver con el rol social adquirido por los menores. De hecho, que se sepa, en tiempos anteriores no había sucedido. Precisamente durante el siglo XX, el mundo se hizo más consciente de la fragilidad social, en el entendido de que no solo era susceptible de desaparecer, sino de sufrir tan graves consecuencias, que podía llegar a perderse el control político, militar y económico sobre ella.

Tras la Segunda Guerra Mundial, se desaprobaron las prácticas dirigidas al exterminio de grupos sociales y, unido a la llamada brecha generacional, se fundamentó la idea de que los menores son el futuro de la humanidad.

La mayor conciencia del riesgo anticipó una solución, precisamente la consistente en que los menores debían tomarse como seres especiales, en cierto modo, inmunes a los riesgos de los adultos, a fin de preservar mejores posibilidades a las sociedades.

Las esperanzas en los menores como seguro ante la fatalidad de la humanidad se integró a su mayor fragilidad, a sus riesgos mayores y a su mente inmaculada. Todas estas características, barnizadas con matices religiosos, terminaron produciendo el sentido social del menor como el símbolo de la inocencia.

Surgió así que los deberes de los adultos hacia los menores no podían ser apenas eso y pasaron a ser obligaciones, cuyo incumplimiento traería consecuencias de cierta consideración. Por ejemplo, la única deuda civil cuyo impago conlleva la posibilidad de perder la libertad del deudor es la obligación alimentaria cuyo acreedor sea un menor.

Incluso al terminar la segunda mitad del siglo XX, se estimó como derecho de los menores el cuidado especial que merecían de sus padres. Y con ello surgieron ideas como que las obligaciones alimentarias eran absolutas, lo cual riñe con la legislación original.

Pero esta idílica representación de los menores no iba del todo bien con la realidad. Al fin y al cabo, los menores también cometen delitos tan graves como los de los adultos. Aun arreció la idea de que allí donde un menor delinquía un adulto lo había determinado o, al menos, creado las condiciones para que ello sucediera.

La respuesta social fue prodigar unas condiciones especiales de tratamiento penal para los menores.

Este es un fenómeno de la segunda mitad del siglo XX y, pese al tiempo, solo hasta el siglo XXI Colombia se dispuso a contemporizar con la tendencia universal.

Una manifestación de ese ajuste es precisamente la Ley 1098 de 2006, mediante la cual ingresaron principios como el de protección y corresponsabilidad social respecto a los menores.

En materia penal, se reajusto todo el sistema, no solo algunos aspectos, sino todo el mecanismo de reacción penal. Se ha querido estimar que solo cambiaron algunos aspectos procesales, pero lo cierto es que, al escrutar todo el modelo penal, se halla que fue integralmente impactado en lo que tiene que ver con menores, al extremo que podemos discernir la existencia de un subsistema penal para ellos.

Puntualmente el Centro de Investigaciones Socio Jurídicas (CISJUC) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia ha impulsado este proceso investigativo, adscrito a la línea Fundamentos y transformaciones del poder punitivo, perteneciente al Grupo de investigación Conflicto y criminalidad, con el fin de contribuir a la reflexión científica, produciendo como resultado el presente libro de investigación contentivo del informe final, en el cual se precisan los aspectos que aún no se han mostrado como alterados por el llamado sistema penal de menores.

Se ha procedido con carácter deductivo a fin de precisar los aspectos generales del modelo penal y proceder a especificar qué cambian respecto a los menores.

Se ha querido proceder holísticamente, al entender que el modelo penal respecto a los menores no solo se alteró para cuando ellos son victimarios, sino también cuando son víctimas de delitos.

En cuanto a las técnicas aplicadas, predomina el análisis de textos por contraste, es decir, se comparan las normas para deducir no solo las diferencias, sino los efectos del tratamiento diferencial.

Es una investigación de tipo cualitativo, pues si bien disputamos la importancia de las de tendencia cuantitativa, apreciamos su empeño en demostrar que la legislación de 2006 no ha disminuido la frecuencia delictiva en cuanto a menores víctimas y victimarios. No participamos de la idea de que una ley pueda alterar la realidad social; no es su cometido. La función semiótica de una norma es crear cierto tipo de realidad social, pero no de cualquier orden, sino apenas las implicadas en el sentido social de justicia y ello puede no tener mucho que ver con las frecuencias delictivas.

SISTEMÁTICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

La protección penal de bienes jurídicos constituye una de las alternativas de las cuales dispone un Estado para garantizar el ejercicio de algunos derechos sustanciales. Dicha forma de protección es, sin embargo, la más violenta, por cuanto puede impactar de una forma acentuadamente negativa a las personas contra quienes se dirige.

Por esta razón, el Derecho Internacional y los programas constitucionales de Derecho Penal se han encargado de modular el poder punitivo de los Estados nacionales y una de esas manifestaciones, en algún instante, fue excluir a los menores del sistema penal. Sin embargo, la historia evidencia una tensión entre los derechos de los menores y la seguridad de un orden justo cuando se encuentra alterado a instancia de estos.

Ante la disyuntiva de prevalencia de derechos, la evolución del Derecho Internacional ha facultado a los Estados para ingresar a los menores en el sistema penal, a condición de que se cumplan determinadas condiciones y se opere en un horizonte penal particularizado en sus métodos y objetivos.

Son significativas al respecto las Reglas de Beijing, así como las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad, adoptadas por la Asamblea General mediante Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990. La Ley 1098 de 2006 es la expresión normativa nacional que aproxima

el Derecho interno al régimen internacional, mas no se trata de una simple contemporización de disposiciones, sino todo un entramado jurídico que provee de bases hermenéuticas y de interpretación como herramientas del espacio judicial que impacta a los menores.

A continuación se analizan esas instituciones, con el propósito de proveer de las herramientas de análisis e interpretación más adecuadas a una visión de corte funcionalista, a favor de la integración de la institución penal de los menores dentro del sistema penal colombiano.

Por ser el eje en torno al cual se edifica el universo jurídico penal de los menores, se inicia el estudio a partir de las generalidades del régimen de responsabilidad penal, para ir formulando las principales características del sistema con criterio deductivo, a fin de concretar el estado de la institución penal interna respecto a la internacional, así como sus principales manifestaciones y efectos dogmáticos en cuanto a la responsabilidad de los menores.

1. Ubicación conceptual

Tal vez la institución más importante en cualquier sistema jurídico es la tradicionalmente denominada responsabilidad. Mediante ella se disponen las condiciones bajo las cuales alguien queda sometido a las consecuencias jurídicas de una acción, omisión o de una situación en la que de hecho pueda hallarse, con o sin el concurso de la voluntad, incluso cuando no ha sido la persona denominada responsable quien actuó o dejó de hacerlo.

En otras palabras, la responsabilidad informa la conexión que existe entre las premisas de las normas jurídicas, en el entendido de que al menos una de ellas señala la situación, condición, acción u omisión que se reclama y la segunda premisa previene sobre la consecuencia. Dicha conexión no siempre resulta demasiado clara en el cuerpo mismo de la norma y se trata precisamente de la institución llamada responsabilidad.

Etimológicamente, la palabra proviene del latín *respondere*, conforme con cuyo significado es la condición adquirida por alguien para que pueda ser exigible algo a favor de alguien más, incluso contra su voluntad. Es un estado de sujeción jurídica que vincula a una persona con otra —natural o jurídica— y que, de cualquier forma, conlleva una disminución de su libertad,

en la medida en que pueden adoptarse decisiones que afectan negativamente sus derechos fundamentales y respecto a las cuales deberá someterse. Desde una óptica más positiva, si se prefiere “afirmativa”, la responsabilidad se encuentra edificada sobre la libertad de poder ser responsable, porque ciertamente es un reconocimiento jurídico el estar en condiciones de adquirir obligaciones generales o específicas y de ser responsable en caso de incumplimiento o ante el surgimiento de determinadas circunstancias. Nadie quisiera relacionarse en el mundo de las relaciones jurídicas con quien sabe que es incapaz de ser responsable, puesto que nada podría exigirle. Desde luego, en la historia del Derecho se encuentran manifestaciones permanentes acerca de quiénes pueden ser declarados responsables y ello es un reconocimiento.

En un sistema jurídico como el nuestro, ser responsable constituye una de las más importantes manifestaciones de ser plenamente un sujeto de derechos. Puede ser desde el cumplimiento mismo de una prestación y la consecuente extinción de la obligación, como también la determinación de quién puede ser castigado penalmente.

La institución de la responsabilidad presta varias funciones. En primer lugar, permite señalar al responsable, entendido como tal la persona contra quien puede dirigirse la acción. También contribuye a la determinación de la causa activa, esto es, indicaría quién puede formular la exigencia o enervar la acción. Con ello se satisfacen o, al menos, se contribuye significativa y determinadamente a establecer aspectos adyacentes y no menos trascendentes, por ejemplo, la competencia para el ejercicio de la acción.

2. Especificidad de la responsabilidad penal

Como se dijo la institución de la responsabilidad es el eje transversal del sistema normativo. La verdad es que opera en todos los ámbitos. Así, en cuanto al Derecho Internacional, puede señalarse qué y a cuál Estado puede formularse una exigencia en particular. En el ámbito nacional, respecto a las obligaciones y los deberes constitucionales, indica quiénes se encuentran vinculados por ellos y ante quién; basta observar, por ejemplo, el Artículo 95 de la Constitución para derivar una serie de responsabilidades de ese orden. No menos puede señalarse

acerca del Derecho Civil, Comercial, Administrativo o Laboral, incluso policivo. Con respecto al Derecho Penal pasa lo mismo.

Cada área especializada del Derecho ha generado los presupuestos o las condiciones de generación de la responsabilidad y una de las construcciones más complejas es la derivación de responsabilidad penal.

Si se recuerda a los primeros que se ocuparon de la teoría del Derecho, en general y del Derecho Penal, en particular, se encuentra inmediatamente a Hegel. Este filósofo alemán observó cuán grave era la responsabilidad penal, que solo en la guerra se podía encontrar un elemento válido de comparación, porque la responsabilidad penal, a diferencia de la estrictamente civil, comercial, administrativa o laboral que, si bien traen consecuencias trascendentales en la vida de las personas, normalmente de tipo patrimonial, nunca alcanzan los límites que en cambio sí invade la responsabilidad penal. Esta, a diferencia de aquellas, faculta a los estados para disminuir e, incluso, para suprimir temporal o permanentemente derechos fundamentales de las personas, como la libertad, el ejercicio de cierto tipo de actividad lícita, la locomoción y, en algunas legislaciones, hasta la vida.

La responsabilidad penal se encuentra profundamente involucrada con la denominada potestad o poder punitivo de los Estados y, en la actualidad, debe entenderse a partir de tal entidad.

3. Poder punitivo de los Estados

Desde que se generó el concepto de soberanía, mediante construcciones conceptuales originales como las que parten de los estudios de Bodino, forma parte de su configuración el abandono de las formas penales autocompositivas y la instalación definitiva de las formas heterocompositivas de justicia penal.

Por las primeras se entiende cualquier método de concepción y solución de los conflictos, por medio de mecanismos regidos por un esquema de acción-reacción. De tal manera, las personas resuelven sus problemas con sus propias herramientas y capacidades individuales de satisfacción de intereses. En esta concepción, por intuición o inteligencia inconsulta del *imago* social, las personas catalogan las situaciones como dañosas o lo contrario, según sus propias e individuales concepciones, pero lo más característico es que reaccionan con el mismo criterio, es decir, si se experimentan agredidos y concluyen que deben a su vez agredir,

lo harán sin otro límite que sus propias capacidades y sus alcances, así como la capacidad de defensa material de la que disponga la otra parte.

En cambio, la justicia heterocompositiva informa acerca de qué es un conflicto y las formas de solucionarlo o desatarlo, mediante reenvíos a construcciones socialmente compartidas, por ejemplo, la ley, que es una de las instituciones sociales que determina esos contenidos que se echan de menos en la justicia autocompositiva. La ley penal indica qué es un delito y cuáles son las formas que puede adquirir; pero también señala el castigo y las autoridades que pueden aplicarlo. La justicia heterocompositiva, a diferencia de la justicia autocompositiva, arrebató a los individuos el poder de determinar lo que es un conflicto y la manera de solucionarlo.

Ese poder de establecer lo que son y pueden llegar a ser los conflictos penales y las consecuencias que se derivan de ellos, como el castigo y la forma de aplicarlo, es lo que la soberanía toma y radica de forma exclusiva y excluyente en el Estado. Por consiguiente, es el Estado el que puede derivar la responsabilidad penal como consecuencia del suceso de los comportamientos que él mismo cataloga como delito o crimen, y aplica los castigos que diseña como consecuencia de la responsabilidad. Con el mismo asiento, señala las opciones de evitar ese castigo y genera alternativas de solución diversa al proceso penal, por ejemplo, la conciliación. A este entramado de poder sancionador es lo que tradicionalmente se designa como poder punitivo del Estado.

4. Poder configurador y política penal

Una consecuencia inevitable del poder punitivo de los Estados es el llamado poder configurador. Este, a diferencia del poder punitivo, se manifiesta en la producción de las formas penales, tanto en términos de delitos o crímenes como de esquemas de enjuiciamiento penal.

La Corte Constitucional generó una línea jurisprudencial sostenida conforme con la cual el Estado colombiano puede definir los comportamientos punibles, suprimir los que debe eliminar y diseñar las formas de procesamiento penal, sin otro límite que los dictados de la Constitución.

Se preguntará, qué papel desempeña la política penal, más comúnmente llamada política criminal. Es importante observar, ante todo, que el hecho de

carecer de un programa de política penal no implica que se carezca de esta. Estrictamente, la política penal informa acerca de la forma dispuesta por las autoridades de un Estado para ejercer su poder punitivo y se hace manifiesto en la generación, actualización, adecuación y reconducción del sistema penal mientras que el programa de política penal determina, a la manera de un plan de vuelo, los criterios, las metas y los pasos que ejecutaría un Estado para implementar su política penal.

Es probable que al no estar considerada en un discurso concreto, no sea demasiado clara la política penal, pero carecer de una documentación de tal linaje, no niega su existencia. De hecho, si un Estado ejerce su poder punitivo y lo administra, es porque ejerce una política penal. Ello es posible sin disponer de un programa de política penal, el cual reclama un diseño más o menos complejo de los criterios de diseño y ejecución de la política penal.

En consecuencia, quiérase o no que exista dicho programa, es muy improbable sostener que puede haber actualmente un Estado para el cual no exista política penal alguna. Desde este punto de vista, es preciso indagar acerca de los límites de configuración que informan a los Estados, en sus procesos de producción de los sistemas penales y, como lo expuso la Corte Constitucional, se encuentran, por un lado, en el programa constitucional de Derecho Penal y en el Derecho Internacional.

5. El Derecho Internacional y el programa constitucional de Derecho Penal

El poder punitivo de los Estados termina invariablemente concretándose en la capacidad de configuración penal, conforme a un diseño que responde a una política penal en general y que debería, en aras de la claridad democrática de las instituciones, hacerse manifiesta en un programa concreto. Constituye la fuente de producción del sistema de responsabilidad penal, por lo que podría concluirse, muy ligeramente, por cierto, que los Estados disponen de un acentuado grado de libertad en la producción de sus instituciones penales.

La verdad es que no es así; por el contrario, se advierten dos fuentes de control o limitación inmediatas al poder configurador penal de los Estados nacionales. Por un lado, el externo, se encuentra el derecho internacional. Por el otro, a nivel interno, se encuentra el programa constitucional de Derecho Penal.

El primero se ha venido haciendo manifiesto mediante el proceso general de la llamada globalización del Derecho, cuyos matices determinan que la validez del Derecho Penal interno se encuentra asociado con una cierta *ratio*, dispuesta en función de una serie de principios o, si se prefiere, de derechos y garantías infranqueables por los Estados nacionales. Así, por ejemplo, se encuentra que, desde el Derecho Internacional, se indica a los Estados que no pueden violentar la interdicción del *non bis idem*, la cosa juzgada, el principio de legalidad de los delitos y las penas, entre otros, a no ser que el Derecho Internacional lo apruebe.

Como puede rápidamente concluirse, esta serie de principios que, en nuestro caso, fueron “nacionalizados” mediante los títulos preliminares de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, opera una limitante dispuesta en contra del poder punitivo del Estado, por cuanto no pueden traspasarlos.

Nos preguntaríamos si a escala nacional no se atiende dicha *ratio* penal, ¿en qué quedaría un sistema penal que, por ejemplo, no atienda principios como el de la cosa juzgada o que admita condenar a una persona sin vencerla previamente en juicio, tras haberla escuchado por parte de un juez ordinario? Tal pretensión, prácticamente inconcebible, haría que el sistema penal y, por consiguiente, el poder punitivo, no fuesen aceptados por la comunidad internacional, que es tanto como arrojar a los jueces nacionales de dicho Estado a una situación en la que sus decisiones no tienen validez o reconocimiento alguno en la comunidad de naciones.

Si bien esta ha sido la primera manifestación de incursión del Derecho Internacional en el poder punitivo de los Estados nacionales, en la actualidad no es la única. En efecto, el Derecho Internacional o, mejor, el proceso de planetización del Derecho ha venido invadiendo más decididamente otras manifestaciones del poder punitivo de los Estados y por ello se encuentra que ha determinado incluso la tipicidad de muchos comportamientos. No puede menos que aceptarse tal aserto frente a la evidencia que registran fuentes como los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales (1953), la Convención única de estupefacientes (1961) y sus posteriores modificaciones (1974 y 1978), las Convenciones de Viena sobre relaciones diplomáticas y consulares (1963), la Convención de Viena sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (1988), la Convención sobre Derecho del mar (1982), la Convención contra la delincuencia transnacional organizada (2000) y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (2002).

Así, el Derecho Internacional ha indicado adicionalmente cuáles deben ser los contenidos de los tipos penales, lo cual implica una demarcación del poder configurador de los Estados.

Encontramos, por otra parte, el llamado programa constitucional de Derecho Penal. En efecto, una de las principales expresiones de la Criminología crítica fue la ubicación de una limitante interna dada por el constituyente primario, que limitara el poder punitivo de los Estados nacionales.

Adjunto a principios como el de la última ratio y el de fragmentariedad del Derecho Penal surgió el principio de delimitación constitucional, conforme con el cual la propia Carta Política dispone una serie de limitantes a los Estados en el proceso de generación o configuración penal. Frecuentemente, los programas constitucionales aparecen informados de principios provenientes del Derecho Internacional, pero en todo caso, la plataforma política en la que ónticamente se sustenta el poder político determina las posibilidades de configuración penal.

Así, en los Estados incorporantes del esquema social y de Derecho, el poder punitivo del Estado se sujeta a los límites que informa el principio de la dignidad humana. Por suerte, el sistema penal debe surgir y operar de manera correspondiente con tal principio y, desde luego, participan con la misma fuerza todos aquellos derivados inescindiblemente de la dignidad, como el desarrollo libre de la personalidad.

Se manifiesta específicamente tal principio en el poder punitivo, en el que el delito es una alternativa ofrecida a la libre voluntad de las personas, es decir, en un esquema de dignidad humana y de libre desarrollo de la personalidad se reconoce la voluntad como fundamento del poder sancionador. En otros términos, se puede sancionar a quien libremente hubiera podido optar por cometer o no un delito. Desde este punto de vista, se desprenden otras consecuencias directas sobre el poder punitivo del Estado, como que el fundamento de la responsabilidad debe radicar en la culpabilidad y, por consiguiente, que no puede haber responsabilidad penal objetiva, es decir, ajena u opuesta al principio de culpabilidad.

Como puede observarse, el poder punitivo de los Estados aparece profundamente impactado por el Derecho Internacional y fundamentado en sus propios principios por las bases constitucionales de cada Estado.

Dado lo anterior, es viable ingresar en otro aspecto de la responsabilidad como son sus elementos.

6. Elementos de la responsabilidad penal

Hemos recorrido los fundamentos sobre los cuales se sustenta el instituto de la responsabilidad, en general y de la responsabilidad penal, en particular. Este entramado inicial informa esencialmente acerca de sus bases semánticas o significativas y es conveniente ahora detenerse en sus bases morfológicas o sintácticas, para una mejor comprensión del instituto.

A este aspecto morfológico conciernen los tradicionalmente denominados elementos de la responsabilidad. Podemos enunciarlos como el suceso de una conducta típica, antijurídica y culpable; un sujeto condigno jurídicamente hablando de la imputación y la imputación. Sobre el particular conviene aclarar que el delito, conforme al discurso decimonónico, de corte positivista, se entiende como conducta típica, antijurídica y culpable; que el sujeto es el individuo a quien se atribuye la consecuencia de la acción, independientemente de haberla ejecutado por sí o por otro; que la imputación es la atadura que articula e imprime dinámica a los anteriores, es decir, la base de atribución de la pena sobre un sujeto a quien se declara culpable de la producción de un daño.

Como se sabe, las diversas escuelas del Derecho Penal, tradicionalmente conocidas como positivista, clásica, finalista y estructural funcionalista, han procurado construir los fundamentos de la responsabilidad penal, explicarla, sustentarla e incluso deconstruirla. Las dos primeras se caracterizaron por derivarla de una base factual causalista, es decir, la responsabilidad radicaba en quien hubiese generado la causa productora del daño que justificaría la aplicación de una pena. El finalismo, por su parte, la sustentó en la concreción de un propósito opuesto a los intereses protegidos por el Derecho Penal, mientras la estructural funcionalista la deriva del hecho de defraudar las expectativas sociales de rol, a condición de haber generado un riesgo antijurídico, concretado en un daño o riesgo cierto de lesión.

El Artículo 9 del Código Penal, Ley 599 de 2000, indica que, para la imputación jurídica del resultado la mera casualidad es insuficiente, de donde surge que se precisa, además, la generación causal del daño para que la imputación pueda fundamentarse en la producción de un riesgo antijurídico.

1. *El delito.* Como se dijo, el Código Penal colombiano sigue las tendencias del discurso decimonónico que, con pretensiones científicas, definió el delito como conducta típica, antijurídica y culpable. Las distintas escuelas han

formulado variables, por ejemplo, separar los elementos objetivos de los subjetivos y ubicar entre aquellos el injusto, sacar el dolo de la culpabilidad para reinstalarlo en el tipo e incluso, suprimirlo y también se advierte que la preterintención se encuentra frecuentemente abandonada.

En nuestro caso no es fácil proponer una determinación a partir de una adhesión concreta alguna escuela o corriente dogmática explicativa del delito, pues concursan criterios con tendencias opuestas. Lo cierto es que, al parecer, prevalece entre los elementos objetivos del tipo, la acción, en cuanto de ella depende que surja el fenómeno jurídico del delito. Por demás, es conocida la tendencia a identificar que la Carta Política ubicaría, a partir del Artículo 29, el sistema penal colombiano en lo que tradicionalmente se identifica como Derecho Penal de acto. Reclamos adyacentes de tipicidad demandan que el sujeto activo observe las cualidades exigidas en el tipo; asimismo, que se observen los elementos normativos que completan la imputación y que el injusto se verifique dentro de los límites admitidos por el tipo en su entidad óptica.

Otro factor concurrente es que, si aplican dispositivos amplificadores, sean operativos del tipo en particular, de suerte que, por ejemplo, admita la tentativa.

En cuanto a la culpabilidad, se dispuso como factor de imputación que todos los reatos descritos admiten la forma dolosa y, excepcionalmente, por atribución normativa concreta, las formas culposa o preterintencional. Las consabidas dificultades de distinción entre figuras como el dolo eventual y la culpa con representación no han sido superadas y la verdad es que la ley no aporta mayores alternativas de distinción, lo que abre un marco de operatividad a la dogmática, como fuente de comprensión.

La idea de conducta informa una comprensión penal objetiva, en el entendido de que al seguir los postulados del Derecho Penal de acto, solo se sanciona el acontecer externo del sujeto agente, sea el autor, coautor o partícipe y no su condición humana.

Para que esa conducta resulte objeto de una imputación, es preciso que, de conformidad con el principio de tipicidad de los delitos y de las penas, satisfaga los elementos estructurales de la definición que, de forma clara, expresa e inequívoca, aparece descrita en la ley penal.

2. *Sujetos*. El principio de personalidad de la pena informa que la responsabilidad penal es intransmisible e insustituible. Ello no riñe con que el Estado reconozca opciones distintas a la generación de la responsabilidad por medio de las llamadas salidas alternas.

Cuando nos referimos al sujeto, identificamos a quien puede ser declarado responsable del delito, no a otros sujetos que convergen en la estructura del delito, como las víctimas. Para ser sujeto responsable se precisan varias condiciones. En primer lugar, ser persona, caso en el cual algunas legislaciones admiten tanto a las naturales como a las jurídicas, pero en el caso nuestro, pese a que nuestro sistema penal puede gravar a las dos, se ha preferido evitar el desarrollo correspondiente al Derecho Penal Administrativo para acentuar la responsabilidad penal de las personas naturales. En el caso de las personas jurídicas, el Código Penal indica que están llamadas a responder sus representantes legales.

Conforme al Código Civil, la persona existe desde el nacimiento, siempre que se haya separado completamente de la madre y haya respirado al menos una vez y su vida jurídica se extiende hasta cuando el callo encefálico ha cesado de funcionar.

La distinción entre imputables e inimputables desafía los postulados mismos del Derecho Penal clásico, puesto que, al entender por los primeros a quienes comprenden lo que hacen y dirigen su comportamiento de conformidad con su comprensión y, al ser el dolo conocimiento de ilicitud y voluntad de producir el resultado, pareciera que no podrían ser responsables a este título quienes adquieren la condición de inimputables u obraron en tal situación. Lo cierto es que inimputable no es sinónimo de irresponsable; de hecho, el inimputable responde, pero las consecuencias son distintas. Se mantiene que responden sin culpabilidad, lo cual desafía el postulado de proscripción de la responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpabilidad. Lo cierto es que prevalece la concepción preventiva especial de la pena, al tratarse de inimputables y, por consiguiente, se busca protegerlo y rehabilitarlo por medio de la medida de seguridad, antes que castigarlo.

El sujeto puede actuar como autor, coautor o partícipe; a su vez, esta última condición la adquiere a título de determinador, cómplice o interviniente.

Conviene ahora precisar la situación de los menores como sujetos de la estructura jurídica de la responsabilidad penal.

En primer lugar, la Ley 1098 de 2006 alteró la mayoría de edad para efectos de la imputabilidad. Se indicó que serían imputables penalmente los mayores de 14 años y que se estimaban como sujetos sancionables con pena de privación de la libertad con fines pedagógicos a partir de los 16.

Significa lo anterior que la condición de autor, coautor o partícipe puede ser adquirida por cualquier persona mayor de 14 años y que le serán aplicadas las penas correspondientes, con la salvedad de la base pedagógica que acompaña la privación de la libertad, así como el límite de los 16 a partir del cual es probable la privación de la libertad. Se requiere que haya satisfecho las exigencias reclamadas objetivas y subjetivas, en la descripción típica, para que pueda satisfacer esta condición concreta de la responsabilidad.

3. *Imputación.* Sin duda, uno de los aspectos más complejos de la responsabilidad, en general y del Derecho Penal, en particular, tiene que ver con la imputación. Básicamente consiste en las condiciones de atribución de la responsabilidad al sujeto como consecuencia del delito. Se precisa que haya ocurrido un delito y que pueda atribuírsele a alguien, pero no basta.

En efecto, la teoría clásica basó la imputación en un concepto esencial de causalidad, conforme al cual resultaba responsable el sujeto a quien pudiese atribuírsele el haber desatado la causa del resultado antijurídico. La teoría finalista forja esa atribución a la fijación de la intención final, mientras que el estructural funcionalismo considera, básicamente, las condiciones de imputación objetiva.

Pareciera sencillo considerar como una alternativa plausible la causalidad física, pero no es así. A partir de la verificación de concausas, se procuró un esquema más justo de imputación; de ahí que el aporte de la dogmática hubiera procurado una serie de explicaciones aglutinadas en la famosa teoría de la equivalencia de las condiciones. Se dijo de la *ultima ratio*, la *conditio sine qua non*, la causa adecuada, etcétera, sin haberse logrado un punto de equilibrio que permitiera determinar un autor responsable dentro de una visión física de la causación del resultado. Al cabo se verificó que las teorías, en sus diversas estimaciones, llevarían a situaciones más o menos injustas.

Así, por ejemplo, el Digesto informa de un esclavo que muere a causa del degollamiento producido mediante una saliente metálica de un carruaje que rueda calle abajo, cuando el esclavo que lo empuja resbala a consecuencia del sobrepeso de la carga. Se pregunta quién es responsable de la muerte del primer esclavo: ¿su dueño, por ser el titular del derecho de dominio, él mismo por la imprudencia de caminar demasiado cerca del carruaje, el esclavo que resbaló, su dueño, el que sobrecargó el carruaje, quien imprudentemente dejó la saliente metálica en el carruaje, la gendarmería, por no haber prevenido la situación?

Si se piensa en ejemplos probables más recientes, consideraríamos a quien acaba de arrollar a alguien, tras conducir de manera imprudente y, en el acto de conducirlo a un centro asistencial, choca con otro vehículo cuyo conductor viola una norma de tránsito, lo que fuerza a detenerse y, en tal acto, se agrava la lesión, pero la persona lesionada muere desangrada en manos de un médico que lo recibe en estado de embriaguez. ¿Respondería el primer conductor por haber lesionado primero, el segundo por haber agravado la lesión o el médico, acaso?

Obsérvese que ninguna de las teorías de la equivalencia de las condiciones es satisfactoria. Por la misma razón surgió una alternativa en que no se estima exclusivamente la causación física, sino además, ante todo, la defraudación de las expectativas sociales de rol. Por consiguiente, se parte de la base esencial conforme con la cual la imputación es un asunto normativo y no un asunto físico, así que el legislador genera las bases de imputación.

Si verificamos el Artículo 9 de la Ley 599 de 2000, advertimos que, al decir el legislador que la mera causalidad es insuficiente para la imputación del resultado, está diciendo que se precisa además haber generado el riesgo anti-jurídico de causación de un daño, lo cual acontece o, mejor, la dogmática lo revierte a que se haya defraudado la expectativa de rol social cubierta por el sujeto agente.

Esta postura dogmática indudablemente trae consecuencias, puesto que formular la imputación sobre esos presupuestos implica que el sujeto agente hubiera sido sometido a un proceso de socialización suficiente, lo cual debería tener que demostrarse.

La socialización informa sobre los procesos de interiorización de principios y valores sociales vigentes. Se entiende que la socialización primaria se opera desde la base familiar y que la secundaria desde otro tipo de institución, como las escuelas de formación.

Al tratarse de menores, se hace aún más difícil, si se estima que no han completado los procesos de socialización, al menos secundaria. Por consiguiente, la imputación como presupuesto de responsabilidad demanda una visión al respecto que, a su vez, reclama acudir a los fundamentos demostrativos idóneos.

En esta perspectiva, se precisa añadir que la imputación asocia la llamada posición en garantía, conforme con la cual, dado cierto tipo de situación, una persona adquiere la protección específica de un bien jurídico.

La noción consecuente del Artículo 26 del Código Penal previó situaciones de garantía de origen legal y contractual, lo que controvierte que pueda generarse en el caso de menores, dado que su voluntad para efectos civiles y políticos se encuentra condicionada. Por ejemplo, no es válido que un menor adquiriera la obligación de guardar las espaldas de otra persona, aun cuando se encuentre en condiciones físicas y mentales de hacerlo. Civilmente, tal compromiso no genera consecuencias vinculantes para el menor, así que tampoco debe generarlas de orden penal.

LOS MENORES FRENTE AL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL

1. El menor como sujeto de responsabilidad penal¹

Las estructuras dogmáticas han tendido a excluir la responsabilidad penal de menores o, al menos, a atenuarla sobre la base de la inimputabilidad. Ello consulta otro tipo de presupuestos, incluso de orden constitucional, en la medida en que la

.....
1 Artículo 169. DE LA RESPONSABILIDAD PENAL. Las conductas punibles realizadas por personas mayores de catorce (14) años y que no hayan cumplido los dieciocho (18) años de edad, dan lugar a responsabilidad penal y civil, conforme a las normas consagradas en la presente ley.

En concordancia con las Reglas de Beijing que al respecto indican:

“Alcance de las reglas y definiciones utilizadas.

Para los fines de las presentes reglas, los Estados miembros aplicarán las definiciones siguientes en forma compatible con sus respectivos sistemas y conceptos jurídicos:

- a. Menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto;
 - b. Delito es todo comportamiento (acción u omisión) penado por la ley con arreglo al sistema jurídico de que se trate; y
 - c. Menor delincuente es todo niño o joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito.
3. En cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de justicia de menores, conjunto que tendrá por objeto:
- a. Responder a las diversas necesidades de los menores delincuentes, y al mismo tiempo proteger sus derechos básicos;
 - b. Satisfacer las necesidades de la sociedad”.

Carta Política consagra una especial protección y estimación de los derechos de los menores y los privilegia sobre los de los adultos. Ello atiende a una tendencia de orden internacional que busca darles privilegios específicos a los menores, en busca de generar mejores condiciones de desarrollo.

Por otra parte, los estudios criminológicos y de la Sociología del Delito exhiben un peligro acentuado en la intervención de menores dentro de las acciones punibles. De hecho, se acentúan las posibles consecuencias de daño cuanto más joven sea el agente o partícipe, pues no parecen haber interiorizado la trascendencia de sus actos, tanto en el ámbito social como en el penal.

Por lo anterior, el Derecho Internacional parece conciliar las dos realidades y permite que los Estados nacionales, dentro de su poder punitivo, puedan involucrar menores, aun cuando buscan acentuar el sentido rehabilitador de las consecuencias penales².

Colombia actualizó el Código del Menor e intentó contemporizarlo con las tendencias internacionales, al gravar la responsabilidad de los menores a partir de la edad de 14 años³. Esto implica que son sujetos imputables, siempre que concursen las demás condiciones que permitan y viabilicen la imputación, como lo ha sostenido la Corte Constitucional en las Sentencias C-173 de 1993, C-626 de 1996, C-839 de 2001 y C-203 de 2005.

Desde este punto de vista, en consideración a que la Ley 1098 de 2006 no desarrolló criterios normativos específicos que alteren la reglamentación de la responsabilidad penal respecto a las personas cuya edad oscila entre 14 y 18 años, se encontrarían sujetos al régimen ordinario, salvo cuanto tienen que ver con la pena

.....
2 Artículo 140. FINALIDAD DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES. En materia de responsabilidad penal para adolescentes, tanto el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral. El proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño.

En caso de conflictos normativos entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema.

PARÁGRAFO. En ningún caso, la protección integral puede servir de excusa para violar los derechos y garantías de los niños, las niñas y los adolescentes.

3 Artículo 139. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES. El sistema de responsabilidad penal para adolescentes es el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de cometer el hecho punible.

•Los menores frente al régimen de responsabilidad penal.

de prisión, operativa para las personas a partir de los 16 años. Como consecuencia, el régimen de construcción de la responsabilidad es el ordinario.

La doctrina ha debatido, sin embargo, cuál sería el fundamento de la responsabilidad de los menores. Se ha dicho, por ejemplo, que son inimputables y también se ha sostenido que no son culpables, pero sí penalmente responsables; incluso se ha hablado de una “culpabilidad atenuada”.

No es fácil una ubicación de la Ley 1098 de 2006 al respecto, puesto que no es manifiesto. Sin embargo, de las actas del Congreso surge que sí son culpables y que deben responder, aunque el principio de protección integral orienta la vocación de las penas hacia un factor predominantemente rehabilitador. Por demás, el Código Penal vigente, a diferencia del anterior (Decreto Ley 100 de 1980), no cataloga al menor como inimputable, sino sujeto al régimen penal que le corresponde. La Ley 1098 de 2006, con un sentido profundamente positivista, definió el sistema de responsabilidad penal para adolescentes como el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y el juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre 14 y 18 años al momento de cometer el hecho punible.

Lo que sí queda claro, con fundamento en la Ley 1098 de 2006, es que los menores de 14 años no pueden ser declarados penalmente responsables⁴.

.....
4 Artículo 142. EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES. Sin perjuicio de la responsabilidad civil de los padres o representantes legales, así como la responsabilidad penal consagrada en el numeral 2 del artículo 25 del Código Penal, las personas menores de catorce (14) años, no serán juzgadas ni declaradas responsables penalmente, privadas de libertad, bajo denuncia o sindicación de haber cometido una conducta punible. La persona menor de catorce (14) años deberá ser entregada inmediatamente por la Policía de Infancia y Adolescencia ante la autoridad competente para la verificación de la garantía de sus derechos de acuerdo con lo establecido en esta ley. La Policía procederá a su identificación y a la recolección de los datos de la conducta punible.

Tampoco serán juzgadas, declaradas penalmente responsables ni sometidas a sanciones penales las personas mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años con discapacidad psíquica o mental, pero se les aplicará la respectiva medida de seguridad. Estas situaciones deben probarse debidamente en el proceso, siempre y cuando la conducta punible guarde relación con la discapacidad.

Artículo 143. NIÑOS Y NIÑAS MENORES DE CATORCE (14) AÑOS. Cuando una persona menor de catorce (14) años incurra en la comisión de un delito sólo se le aplicarán medidas de verificación de la garantía de derechos, de su restablecimiento y deberán vincularse a procesos de educación y de protección dentro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, los cuales observarán todas las garantías propias del debido proceso y el derecho de defensa.

Si un niño, una niña o un adolescente menor de catorce (14) años es sorprendido en flagrancia por una autoridad de Policía, esta lo pondrá inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia a disposición de las autoridades competentes de protección y restablecimiento de derechos. Si es un particular quien lo sorprende, deberá ponerlo de inmediato a disposición de la autoridad policial para que esta proceda en la misma forma.

No obstante, hemos podido aproximar algunas diferenciaciones forzosas, surgidas particularmente de que el Código del Menor no ha alterado, como que no le corresponde por especialidad de la materia, otros regímenes. Así que podemos sintetizar dichas manifestaciones:

- a. No es probable la derivación de responsabilidad penal de menores de edad, esto es, de 18 años, cuando la imputación lo señala a partir de su condición de representante de otras personas. En primer lugar, de personas naturales, por cuanto tal condición no se sustenta en el Código Civil ni de Comercio. Podemos considerar, por ejemplo, si un menor invoca su condición de víctima de un reato y, con base en ello, formula una denuncia falsa o una pretensión en causa aquiliana falsa. Su incapacidad jurídica para actuar como mandatario restaría trascendencia penal a su acto ilícito.
- b. Asimismo, ni civil ni comercialmente podría adquirir la condición de representante de personas jurídicas, por razones muy similares. En consecuencia, las imputaciones sustentadas en actos atribuidos a persona jurídicas de las cuales sea él accionario, difícilmente harían viable la imputación, sobre las bases habituales de responsabilidad penal en este tipo de casos.
- c. Señalamos también que un menor no puede adquirir posición de garantía. La llamada posición en garantía amplía el margen de imputación y, por consiguiente, de responsabilidad, cuando la persona tiene a su cargo la protección en concreto de un bien jurídico, bien porque la ley lo defiere, bien porque operan las condiciones contractuales o de facto que las desatan. En el primer evento, por ejemplo, en el caso de la patria potestad, se desata una serie de obligaciones de protección sobre la persona objeto del ejercicio de la potestad. En el caso de menores padres, por ejemplo, al hallarse bajo potestad y siempre que dicha condición se mantenga, el

PARÁGRAFO 1. Cuando del resultado de una investigación o juicio surjan serias evidencias de la concurrencia de un niño, una niña o un adolescente menor de catorce (14) años en la comisión de un delito, se remitirá copia de lo pertinente a las autoridades competentes de protección y restablecimiento de derechos.

PARÁGRAFO 2. El ICBF establecerá los lineamientos técnicos para los programas especiales de protección y restablecimiento de derechos, destinados a la atención de niños, niñas o adolescentes menores de catorce (14) años que han cometido delitos.

•Los menores frente al régimen de responsabilidad penal•

titular de sus derechos es quien queda afecto por la situación de garantía. En relación con las fuentes generadas por contrato, la capacidad de los sujetos es elemento esencial de los negocios jurídicos y mientras la imputación se base en tal acto, estimamos que es uno de los efectos que quedan imposibilitados en su sustento jurídico. Inquieta, sin embargo, otro tipo de fuente de garantía, como por ejemplo, la convivencia. Creemos que, si se trata en todo caso de una fuente de obligaciones, es preciso estimar circunstancias como si el menor se encuentra emancipado y si se encuentra en verdaderas posibilidades de evitar los resultados, considerada desde luego su edad y los efectos que ello trae. Al menos, la evitabilidad se hallaría profundamente atenuada, dado que para muchos efectos se disminuyen sus opciones de evitación de resultados. Por lo demás, para sustentarla quizás podría buscarse una base constitucional como la del Artículo 95 de la Carta, que no distingue entre mayores y menores. Sin embargo, se daría el caso típico de choque de disposiciones constitucionales frente a normas como la que privilegia los derechos de los menores y, sobre la base del principio de prevalencia, las conclusiones serían las ya anotadas.

2. Corresponsabilidad y sus efectos en la responsabilidad penal

Una de las más trascendentales novedades que trajo la Ley 1098 fue la consagración del principio de corresponsabilidad. De conformidad con él, los derechos de los menores y, en general, su situación sociojurídica, no es asunto exclusivo de su familia, sino también de su sociedad y del Estado. Los tres actores se encuentran vinculados en la provisión de su satisfacción y deben incoar las acciones pertinentes, siempre que sea preciso, al margen del vínculo familiar que sostengan con el menor en particular.

El Artículo 10 de la Ley 1098 de 2006 lo consagró, al señalar que se entiende por tal la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. En consecuencia, la familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección.

Sin embargo, sugiere un orden de prevalencia conforme con el cual se encuentra más acentuadamente afectado el Estado, antes que las demás instituciones

sociales. Así surge de que, en la letra de la misma norma en cita, la corresponsabilidad y la concurrencia aplican en la relación que se establece entre todos los sectores e instituciones del Estado y agrega: “No obstante lo anterior, instituciones públicas o privadas obligadas a la prestación de servicios sociales, no podrán invocar el principio de la corresponsabilidad para negar la atención que demande la satisfacción de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes”.

El principio de corresponsabilidad tiene su origen en el Derecho Internacional, específicamente en la Convención sobre los derechos del niño, la cual convino en que los Estados parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados parte adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de los que disponga.

La misma Convención grava a los Estados parte en el respeto por las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres (Artículo 5) y advierte que deben empeñarse en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y al desarrollo del niño. Agrega en su Artículo 6:

Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño [...]. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados parte prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños [...]. Los Estados parte adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

Surge del principio de corresponsabilidad que cada instancia social afecta a la protección de los menores. Al respecto, indica el Artículo 38 de la Ley 1098 de 2006 que: “Además de lo señalado en la Constitución Política y en otras disposiciones legales, serán obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado en sus niveles nacional, departamental, distrital y municipal el conjunto de disposiciones que contempla el presente Código” y bien procedió el legislador al fijar los parámetros obligacionales de cada uno.

• Los menores frente al régimen de responsabilidad penal.

1. *Familia*⁵. En primer lugar, mencionó a la familia como promotora de la igualdad de derechos, del afecto, de la solidaridad y del respeto recíproco entre todos sus integrantes y generó bases de imputación penal respecto a cualquier forma de violencia en la familia.

Endilgó responsabilidad en garantía respecto a los menores cuando generó su obligación de protegerles contra cualquier acto que amenace o vulnere su vida, su dignidad y su integridad personal, así como de la obligación de proporcionarles las condiciones necesarias para que alcancen una

.....
5 Artículo 39. OBLIGACIONES DE LA FAMILIA. La familia tendrá la obligación de promover la igualdad de derechos, el afecto, la solidaridad y el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad y debe ser sancionada. Son obligaciones de la familia para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes:

1. Protegerles contra cualquier acto que amenace o vulnere su vida, su dignidad y su integridad personal.
2. Participar en los espacios democráticos de discusión, diseño, formulación y ejecución de políticas, planes, programas y proyectos de interés para la infancia, la adolescencia y la familia.
3. Formarles, orientarles y estimularles en el ejercicio de sus derechos y responsabilidades y en el desarrollo de su autonomía.
4. Inscribirles desde que nacen en el Registro Civil de Nacimiento.
5. Proporcionarles las condiciones necesarias para que alcancen una nutrición y una salud adecuadas, que les permita un óptimo desarrollo físico, psicomotor, mental, intelectual, emocional y afectivo y educarles en la salud preventiva y en la higiene.
6. Promover el ejercicio responsable de los derechos sexuales y reproductivos y colaborar con la escuela en la educación sobre este tema.
7. Incluirlos en el sistema de salud y de seguridad social desde el momento de su nacimiento y llevarlos en forma oportuna a los controles periódicos de salud, a la vacunación y demás servicios médicos.
8. Asegurarles desde su nacimiento el acceso a la educación y proveer las condiciones y los medios para su adecuado desarrollo, garantizando su continuidad y permanencia en el ciclo educativo.
9. Abstenerse de realizar todo acto y conducta que implique maltrato físico, sexual o psicológico, y asistir a los centros de orientación y tratamiento cuando sea requerida.
10. Abstenerse de exponer a niños, niñas y adolescentes a situaciones de explotación económica.
11. Decidir libre y responsablemente el número de hijos e hijas a los que pueda sostener y formar.
12. Respetar las manifestaciones e inclinaciones culturales de niños, niñas y adolescentes y estimular sus expresiones artísticas y sus habilidades científicas y tecnológicas.
13. Brindarles las condiciones necesarias para la recreación y la participación en actividades deportivas y culturales de su interés.
14. Prevenirles y mantenerles informados sobre los efectos nocivos del uso y el consumo de sustancias psicoactivas legales e ilegales.
15. Proporcionarles a los niños, niñas y adolescentes con discapacidad un trato digno e igualitario con todos los miembros de la familia y generar condiciones de equidad de oportunidades y autonomía para que puedan ejercer sus derechos. Habilitar espacios adecuados y garantizarles su participación en los asuntos relacionados en su entorno familiar y social.

PARÁGRAFO. En los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos las obligaciones de la familia se establecerán de acuerdo con sus tradiciones y culturas, siempre que no sean contrarias a la Constitución Política, la ley y a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

nutrición y una salud adecuadas, que les permita un óptimo desarrollo físico, psicomotor, mental, intelectual, emocional y afectivo y educarles en la salud preventiva y en la higiene. Luego, la familia es garante respecto a las lesiones antijurídicas que, por omisión suya, se verifiquen en la integridad física y psicológica de los menores.

En razón a que la ley colombiana no deriva responsabilidad penal de organizaciones, estarían llamados a responder sus representantes, conforme lo indica la ley penal.

2. *Sociedad*⁶. Las obligaciones de la sociedad se encuentran referidas en el Artículo 40 de la Ley 1098 de 2006. Según esta disposición, por sociedad se comprenden las organizaciones que se engendran en ella, esto es, las asociaciones, las empresas, el comercio organizado, los gremios económicos y demás personas jurídicas, así como las personas naturales. Por consiguiente, se les exige responder con acciones que procuren la protección inmediata ante situaciones que amenacen o menoscaben estos derechos.

Surge posición de garantía cuando, por omisión, se desconoce esta específica obligación, la cual debe concretarse en las personas naturales por cuya omisión hayan desatado daños antijurídicos, así como sobre los representantes legales de personas jurídicas que desplieguen el mismo efecto.

.....
 6 Artículo 40. OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD. En cumplimiento de los principios de corresponsabilidad y solidaridad, las organizaciones de la sociedad civil, las asociaciones, las empresas, el comercio organizado, los gremios económicos y demás personas jurídicas, así como las personas naturales, tienen la obligación y la responsabilidad de tomar parte activa en el logro de la vigencia efectiva de los derechos y garantías de los niños, las niñas y los adolescentes. En este sentido, deberán:

1. Conocer, respetar y promover estos derechos y su carácter prevalente.
2. Responder con acciones que procuren la protección inmediata ante situaciones que amenacen o menoscaben estos derechos.
3. Participar activamente en la formulación, gestión, evaluación, el seguimiento y control de las políticas públicas relacionadas con la infancia y la adolescencia.
4. Dar aviso o denunciar por cualquier medio los delitos o las acciones que los vulneren o amenacen.
5. Colaborar con las autoridades en la aplicación de las disposiciones de la presente ley.
6. Las demás acciones que sean necesarias para asegurar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

Artículo 214. PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD. En desarrollo del principio de corresponsabilidad, las organizaciones sociales especializadas, como las veedurías ciudadanas o cualquier otra forma de organización de la ciudadanía, participarán en el seguimiento y la vigilancia de las políticas públicas y de las acciones y decisiones de las autoridades competentes. Las autoridades nacionales y territoriales deben garantizar que esta función se cumpla.

• Los menores frente al régimen de responsabilidad penal.

Les corresponde dar aviso o denunciar por cualquier medio los delitos o las acciones que vulneren o amenacen los derechos de los menores, situación que genera efectos similares a los que acaban de describirse.

Por otra parte, es preciso destacar que la Ley 1098 de 2006 fijó obligaciones especiales exigibles de algunas organizaciones y entidades, como pasa a precisarse.

En primer lugar, grava de especial manera la responsabilidad de las entidades educativas⁷. Por una parte, les exige garantizar tanto el acceso como la

.....
7 Artículo 42. OBLIGACIONES ESPECIALES DE LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS. Para cumplir con su misión, las instituciones educativas tendrán entre otras las siguientes obligaciones:

1. Facilitar el acceso de niños, niñas y adolescentes al sistema educativo y garantizar su permanencia.
2. Brindar una educación pertinente y de calidad.
3. Respetar en toda circunstancia la dignidad de los miembros de la comunidad educativa.
4. Facilitar la participación de los estudiantes en la gestión académica del centro educativo.
5. Abrir espacios de comunicación con los padres de familia para el seguimiento del proceso educativo y propiciar la democracia en las relaciones dentro de la comunidad educativa.
6. Organizar programas de nivelación de niños y niñas que presenten dificultades de aprendizaje o estén retrasados en el ciclo escolar y establecer programas de orientación psicopedagógica y psicológica.
7. Respetar, permitir y fomentar la expresión y el conocimiento de las diversas culturas nacionales y extranjeras y organizar actividades culturales extracurriculares con la comunidad educativa para tal fin.
8. Estimular las manifestaciones e inclinaciones culturales de niños, niñas y adolescentes, y promover su producción artística, científica y tecnológica.
9. Garantizar la utilización de los medios tecnológicos de acceso y difusión de la cultura y dotar al establecimiento de una biblioteca adecuada.
10. Organizar actividades conducentes al conocimiento, respeto y a la conservación del patrimonio ambiental, cultural, arquitectónico y arqueológico nacional.
11. Fomentar el estudio de idiomas nacionales y extranjeros y de lenguajes especiales.
12. Evitar cualquier conducta discriminatoria por razones de sexo, etnia, credo, condición socioeconómica o cualquier otra que afecte el ejercicio de sus derechos.

Artículo 43. OBLIGACIÓN ÉTICA FUNDAMENTAL DE LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS. Las instituciones de educación primaria y secundaria, públicas y privadas, tendrán la obligación fundamental de garantizar a niños, niñas y adolescentes el pleno respeto a su dignidad, vida, integridad física y moral dentro de la convivencia escolar. Para tal efecto, deberán:

1. Formar a niños, niñas y adolescentes en el respeto por los valores fundamentales de la dignidad humana, los derechos humanos, la aceptación, la tolerancia hacia las diferencias entre personas. Para ello deberán inculcar un trato respetuoso y considerado hacia los demás, especialmente hacia quienes presentan discapacidades, especial vulnerabilidad o capacidades sobresalientes.
2. Proteger eficazmente a niños, niñas y adolescentes contra toda forma de maltrato, agresión física o psicológica, humillación, discriminación o burla de parte de los demás compañeros y de los profesores.
3. Establecer en sus reglamentos los mecanismos adecuados de carácter disuasivo, correctivo y reeducativo para impedir la agresión física o psicológica, los comportamientos de burla, desprecio y humillación hacia niños y adolescentes con dificultades en el aprendizaje, en el lenguaje o hacia niños y adolescentes con capacidades sobresalientes o especiales.

permanencia, lo que confina a que, si llegaran a generarse daños directos de la desatención de esta obligación, hay lugar a responsabilidad en garantía, consecuencia de la omisión. Otro tanto podría concluirse de impartir una impertinente o mala educación, a partir de la cual, en relación causal, se generen situaciones punibles que padezca el menor. En tanto es su obligación especial, las instituciones educativas deben evitar cualquier conducta discriminatoria por razones de sexo, etnia, credo, condición socioeconómica o cualquier otra que afecte el ejercicio de sus derechos, su desconocimiento concretado en daños antijurídicos o que, por la omisión de implementar las condiciones pertinentes, dé lugar a los mismos, pues implica la correspondiente responsabilidad.

También se generarían efectos parecidos en el caso en que los niños, las niñas y los adolescentes no sean formados o se formen en contra del respeto por los valores fundamentales de la dignidad humana, los derechos humanos, la aceptación, la tolerancia hacia las diferencias entre personas, fruto de un trato irrespetuoso y desconsiderado hacia los demás,

Artículo 44. OBLIGACIONES COMPLEMENTARIAS DE LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS. Los directivos y docentes de los establecimientos académicos y la comunidad educativa en general pondrán en marcha mecanismos para:

1. Comprobar la inscripción del Registro Civil de Nacimiento.
2. Establecer la detección oportuna y el apoyo y la orientación en casos de malnutrición, maltrato, abandono, abuso sexual, violencia intrafamiliar, y explotación económica y laboral, las formas contemporáneas de servidumbre y esclavitud, incluidas las peores formas de trabajo infantil.
3. Comprobar la afiliación de los estudiantes a un régimen de salud.
4. Garantizar a niños, niñas y adolescentes el pleno respeto a su dignidad, vida, integridad física y moral dentro de la convivencia escolar.
5. Proteger eficazmente a niños, niñas y adolescentes contra toda forma de maltrato, agresión física o psicológica, humillación, discriminación o burla de parte de los demás compañeros o profesores.
6. Establecer en sus reglamentos los mecanismos adecuados de carácter disuasivo, correctivo y reeducativo para impedir la agresión física o psicológica, los comportamientos de burla, desprecio y humillación hacia los niños, niñas y adolescentes con dificultades de aprendizaje, en el lenguaje o hacia niños o adolescentes con capacidades sobresalientes o especiales.
7. Prevenir el tráfico y consumo de todo tipo de sustancias psicoactivas que producen dependencia dentro de las instalaciones educativas y solicitar a las autoridades competentes acciones efectivas contra el tráfico, la venta y el consumo alrededor de las instalaciones educativas.
8. Coordinar los apoyos pedagógicos, terapéuticos y tecnológicos necesarios para el acceso y la integración educativa del niño, de la niña o del adolescente con discapacidad.
9. Reportar a las autoridades competentes las situaciones de abuso, maltrato o peores formas de trabajo infantil detectadas en niños, niñas y adolescentes.
10. Orientar a la comunidad educativa para la formación en la salud sexual y reproductiva y la vida en pareja.

especialmente hacia quienes presentan discapacidades, especial vulnerabilidad o capacidades sobresalientes.

Muy concretamente, la ley estableció que las instituciones educativas públicas o privadas tienen la obligación de proteger eficazmente a niños, niñas y adolescentes contra toda forma de maltrato, agresión física o psicológica, humillación, discriminación o burla de parte de los demás compañeros y de los profesores; opera una muy concreta obligación en garantía, cuyo desconocimiento genera responsabilidad.

Sucede igual en el evento de que los reglamentos no dispongan de los mecanismos adecuados de carácter disuasivo, correctivo y reeducativo para impedir la agresión física o psicológica, los comportamientos de burla, desprecio y humillación hacia niños, niñas y adolescentes con dificultades en el aprendizaje o en el lenguaje o hacia niños, niñas y adolescentes con capacidades sobresalientes o especiales.

En cuanto les corresponde establecer la detección oportuna y el apoyo y la orientación en casos de malnutrición, maltrato, abandono, abuso sexual, violencia intrafamiliar y explotación económica y laboral, las formas contemporáneas de servidumbre y esclavitud, incluidas las peores formas de trabajo infantil, la omisión en la implementación de dichas medidas generaría responsabilidad en posición de garantía.

Agrega la Ley 1098 de 2006 que corresponde a las instituciones educativas proteger eficazmente a niños, niñas y adolescentes contra toda forma de maltrato, agresión física o psicológica, humillación, discriminación o burla de parte de los demás compañeros o profesores, lo cual corrobora su responsabilidad probable en causa penal, consecuencia de la omisión en el cumplimiento de la obligación.

De manera particularmente grave, puede encontrarse afectada la responsabilidad penal de las instituciones educativas y, por consiguiente, de sus representantes legales cuando se abstengan de prevenir el tráfico y consumo de todo tipo de sustancias psicoactivas que producen dependencia dentro de las instalaciones educativas y, además, no requieran de las autoridades competentes acciones efectivas contra el tráfico, la venta y el consumo alrededor de las instalaciones educativas, así como no reportar

a las autoridades competentes las situaciones de abuso, maltrato o peores formas de trabajo infantil detectadas en niños, niñas y adolescentes.

La Ley 1098 de 2006 precisó especiales obligaciones al sistema de seguridad social en salud⁸. Dado el tipo de obligaciones asignadas en la fuente legal, en el evento de producirse un daño antijurídico mediante conducta ilícita derivada de su desconocimiento, resultan particularmente

8 Artículo 46. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. Son obligaciones especiales del sistema de seguridad social en salud para asegurar el derecho a la salud de los niños, las niñas y los adolescentes, entre otras, las siguientes:

1. Diseñar y desarrollar programas de prevención en salud, en especial de vacunación, complementación alimentaria, suplementación nutricional, vigilancia del estado nutricional y mejoramiento de hábitos alimentarios.
2. Diseñar y desarrollar programas de prevención de las infecciones respiratorias agudas, la enfermedad diarreica aguda y otras enfermedades prevalentes de la infancia.
3. Diseñar, desarrollar y promocionar programas que garanticen a las mujeres embarazadas la consejería para la realización de la prueba voluntaria del VIH/SIDA y en caso de ser positiva tanto la consejería como el tratamiento antirretroviral y el cuidado y atención para evitar durante el embarazo, parto y posparto la transmisión vertical madre-hijo.
4. Disponer lo necesario para garantizar tanto la prueba VIH/SIDA como el seguimiento y tratamiento requeridos para el recién nacido.
5. Garantizar atención oportuna y de calidad a todos los niños, las niñas y los adolescentes, en especial en los casos de urgencias.
6. Garantizar la actuación inmediata del personal médico y administrativo cuando un niño, una niña o un adolescente se encuentre hospitalizado o requiera tratamiento o intervención quirúrgica y exista peligro inminente para su vida; carezca de representante legal o este se encuentre en situación que le impida dar su consentimiento de manera oportuna o no autorice por razones personales, culturales, de credo o sea negligente, en atención al interés superior del niño, niña o adolescente o a la prevalencia de sus derechos.
7. Garantizar el acceso gratuito de los adolescentes a los servicios especializados de salud sexual y reproductiva.
8. Desarrollar programas para la prevención del embarazo no deseado y la protección especializada y el apoyo prioritario a las madres adolescentes.
9. Diseñar y desarrollar programas especializados para asegurar la detección temprana y adecuada de las alteraciones físicas, mentales, emocionales y sensoriales en el desarrollo de los niños, las niñas y los adolescentes, para lo cual capacitará al personal de salud en el manejo y la aplicación de técnicas específicas para su prevención, detección y manejo, y establecerá mecanismos de seguimiento, control y vigilancia de los casos.
10. Capacitar a su personal para detectar el maltrato físico y psicológico, el abuso, la explotación y la violencia sexual en niños, niñas y adolescentes, y denunciar ante las autoridades competentes las situaciones señaladas y todas aquellas que puedan constituir una conducta punible en la que el niño, la niña o el adolescente sea víctima.
11. Diseñar y ofrecer programas encaminados a educar a los niños, las niñas y los adolescentes, a los miembros de la familia y a la comunidad en general en prácticas de higiene y sanidad; en el manejo de residuos sólidos, el reciclaje de basuras y la protección del ambiente.
12. Disponer lo necesario para que todo niño, niña o adolescente que presente anomalías congénitas o algún tipo de discapacidad, tengan derecho a recibir por parte del Estado, atención, diagnóstico, tratamiento especializado y rehabilitación, cuidados especiales de salud, orientación y apoyo a los miembros de la familia o las personas responsables de su cuidado y atención.

• Los menores frente al régimen de responsabilidad penal.

trascendentes en este sentido las omisiones derivadas de la ausencia del diseño y desarrollo de programas de prevención en salud, en especial de vacunación, complementación alimentaria, suplementación nutricional, vigilancia del estado nutricional y mejoramiento de hábitos alimentarios; prevención de las infecciones respiratorias agudas, la enfermedad diarreica aguda y otras enfermedades prevalentes de la infancia; no garantizar la prueba VIH/sida o el seguimiento y tratamiento requeridos para el recién nacido; no garantizar atención oportuna y de calidad a todos los niños, las niñas y los adolescentes, en especial en los casos de urgencias o la actuación inmediata del personal médico y administrativo cuando un niño, una niña o un adolescente se encuentre hospitalizado o requiera tratamiento o intervención quirúrgica y exista peligro inminente para su vida; carezca de representante legal o este se encuentre en situación que le impida dar su consentimiento de manera oportuna o no autorice por razones personales, culturales, de credo o sea negligente en atención al interés superior del niño, de la niña o del adolescente o a la prevalencia de sus derechos.

Otro tanto ocurriría si no se garantizara el acceso gratuito de los adolescentes a los servicios especializados de salud sexual y reproductiva o no se desarrollaran programas para la prevención del embarazo no deseado, la protección especializada y el apoyo prioritario a las madres adolescentes.

Es fuente de responsabilidad no capacitar a su personal para detectar el maltrato físico y psicológico, el abuso, la explotación y la violencia sexual en niños, niñas y adolescentes y denunciar ante las autoridades competentes las situaciones señaladas y todas aquellas que puedan constituir una conducta punible en la que el niño, la niña o los adolescentes sean víctimas. La precisión de obligaciones especiales fue extendida a los medios de comunicación⁹. Las obligaciones de los medios de comunicación

9 Artículo 47. RESPONSABILIDADES ESPECIALES DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN. Los medios de comunicación, en el ejercicio de su autonomía y demás derechos, deberán:

1. Promover, mediante la difusión de información, los derechos y libertades de los niños, las niñas y los adolescentes, así como su bienestar social y su salud física y mental.
2. El respeto por la libertad de expresión y el derecho a la información de los niños, las niñas y los adolescentes.
3. Adoptar políticas para la difusión de información sobre niños, niñas y adolescentes en las cuales se tenga presente el carácter prevalente de sus derechos.

han sido tradicionalmente difusas, en cuanto prescriben códigos éticos, más que obligaciones propiamente dichas, pero en materia de menores adquirieron la precisión que demanda la generación de la posición en garantía y la consecuente posibilidad de responsabilidad penal. Empero, no todo incumplimiento daría lugar a ello, dado que algunas de esas obligaciones resultan demasiado amplias y aun difusas. Entre las situaciones que darían lugar a responsabilidad hallamos el caso de que no se divulgue la información que permita la localización de los padres o las personas responsables de niños, niñas o adolescentes cuando, por cualquier causa, se encuentren separados de ellos, se hayan extraviado o sean solicitados por las autoridades competentes, cuando se realicen transmisiones o publicaciones que atenten contra la integridad moral, psíquica o física de los menores, que inciten a la violencia, que hagan apología de hechos delictivos o contravenciones o que contengan descripciones morbosas o pornográficas. Asimismo, el hecho de entrevistar, dar el nombre, divulgar datos que identifiquen o que puedan conducir a la identificación de niños, niñas y adolescentes que hayan sido víctimas, autores o testigos de hechos delictivos, salvo cuando sea necesario para garantizar el derecho a establecer la identidad del niño, de la niña o del adolescente víctima del delito o la de su familia, si esta fuera desconocida y de ello surgieran atentados contra los bienes jurídicos de la vida o integridad física de

4. Promover la divulgación de información que permita la localización de los padres o las personas responsables de niños, niñas o adolescentes cuando por cualquier causa se encuentren separados de ellos, se hayan extraviado o sean solicitados por las autoridades competentes.
5. Abstenerse de transmitir mensajes discriminatorios contra la infancia y la adolescencia.
6. Abstenerse de realizar transmisiones o publicaciones que atenten contra la integridad moral, psíquica o física de los menores, que inciten a la violencia, que hagan apología de hechos delictivos o contravenciones, o que contengan descripciones morbosas o pornográficas.
7. Abstenerse de transmitir por televisión publicidad de cigarrillos y alcohol en horarios catalogados como franja infantil por el organismo competente.
8. Abstenerse de entrevistar, dar el nombre, divulgar datos que identifiquen o que puedan conducir a la identificación de niños, niñas y adolescentes que hayan sido víctimas, autores o testigos de hechos delictivos, salvo cuando sea necesario para garantizar el derecho a establecer la identidad del niño o adolescente víctima del delito, o la de su familia si esta fuere desconocida. En cualquier otra circunstancia, será necesaria la autorización de los padres o, en su defecto, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

PARÁGRAFO. Los medios de comunicación serán responsables por la violación de las disposiciones previstas en este artículo. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar podrá hacerse parte en los procesos que por tales violaciones se adelanten contra los medios.

• Los menores frente al régimen de responsabilidad penal.

los menores y en cualquier otra circunstancia en la que se carezca de la autorización de los padres o, en su defecto, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se produzca el mismo resultado.

Finalmente, la Ley 1098 de 2006 especificó una especial obligación para la Comisión Nacional de Televisión¹⁰. Al ser su obligación especial garantizar que en la difusión de programas y materiales emitidos en la franja infantil no se presentaran escenas o mensajes violentos o que hagan apología a la violencia, su incumplimiento y ulterior producción de efectos antijurídicos contra la vida, integridad física o sexual de menores, generaría responsabilidad penal.

3. *Estado*¹¹. Por medio de sus dependencias específicamente concernidas, adquiere posición de garantía respecto a los bienes jurídicos de los

.....
10 Artículo 49. OBLIGACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN. La Comisión Nacional de Televisión o quien haga sus veces garantizará el interés superior de la niñez y la familia, la preservación y ampliación de las franjas infantiles y juveniles y el contenido pedagógico de dichas franjas que asegure la difusión y conocimiento de los derechos y libertades de los niños, las niñas y los adolescentes consagradas en la presente ley. Así mismo, la Comisión Nacional de Televisión garantizará que en la difusión de programas y materiales emitidos en la franja infantil no se presentarán escenas o mensajes violentos o que hagan apología a la violencia.

11 Artículo 41. OBLIGACIONES DEL ESTADO. El Estado es el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. En cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá:

1. Garantizar el ejercicio de todos los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.
2. Asegurar las condiciones para el ejercicio de los derechos y prevenir su amenaza o afectación a través del diseño y la ejecución de políticas públicas sobre infancia y adolescencia.
3. Garantizar la asignación de los recursos necesarios para el cumplimiento de las políticas públicas de niñez y adolescencia, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal para asegurar la prevalencia de sus derechos.
4. Asegurar la protección y el efectivo restablecimiento de los derechos que han sido vulnerados.
5. Promover la convivencia pacífica en el orden familiar y social.
6. Investigar y sancionar severamente los delitos en los cuales los niños, las niñas y los adolescentes son víctimas, y garantizar la reparación del daño y el restablecimiento de sus derechos vulnerados.
7. Resolver con carácter prevalente los recursos, peticiones o acciones judiciales que presenten los niños, las niñas y los adolescentes, su familia o la sociedad para la protección de sus derechos.
8. Promover en todos los estamentos de la sociedad, el respeto a la integridad física, psíquica e intelectual y el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes y la forma de hacerlos efectivos.
9. Formar a los niños, las niñas y los adolescentes y a las familias en la cultura del respeto a la dignidad, el reconocimiento de los derechos de los demás, la convivencia democrática y los valores humanos y en la solución pacífica de los conflictos.
10. Apoyar a las familias para que estas puedan asegurarle a sus hijos e hijas desde su gestación, los alimentos necesarios para su desarrollo físico, psicológico e intelectual, por lo menos hasta que cumplan los 18 años de edad.
11. Garantizar y proteger la cobertura y calidad de la atención a las mujeres gestantes y durante el parto; de manera integral durante los primeros cinco (5) años de vida del niño, mediante servicios y programas de atención gratuita de calidad, incluida la vacunación obligatoria contra toda enfermedad prevenible, con agencia de responsabilidad familiar.

menores, sobre la base del desconocimiento de algunas de sus obligaciones concretas hacia ellos. Corresponde al Estado prevenir la amenaza o afectación de los derechos de los menores, mediante del diseño y la ejecución de políticas públicas sobre infancia y adolescencia. Asimismo, debe asegurar la protección y el efectivo restablecimiento de los derechos que hayan sido vulnerados. Su incumplimiento y correspondiente daño antijurídico enerva la responsabilidad penal, como cuando no se garantiza que los niños, las niñas y los adolescentes tengan acceso al Sistema de Seguridad Social en Salud de manera oportuna, por no asegurar los servicios de salud y subsidio alimentario, definidos en la legislación del sistema de seguridad social en salud para mujeres gestantes y lactantes, familias en situación de debilidad manifiesta y niños,

12. Garantizar la inscripción y el trámite del registro civil de nacimiento mediante un procedimiento eficaz y gratuito. Para el efecto, la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Ministerio de la Protección Social conjuntamente reglamentarán el trámite administrativo que garantice que el niño o niña salga del centro médico donde nació, con su registro civil de nacimiento y certificado de nacido vivo.
13. Garantizar que los niños, las niñas y los adolescentes tengan acceso al Sistema de Seguridad Social en Salud de manera oportuna. Este derecho se hará efectivo mediante afiliación inmediata del recién nacido a uno de los regímenes de ley.
14. Reducir la morbilidad y la mortalidad infantil, prevenir y erradicar la desnutrición, especialmente en los menores de cinco años, y adelantar los programas de vacunación y prevención de las enfermedades que afectan a la infancia y a la adolescencia y de los factores de riesgo de la discapacidad.
15. Asegurar los servicios de salud y subsidio alimentario definidos en la legislación del sistema de seguridad social en salud para mujeres gestantes y lactantes, familias en situación de debilidad manifiesta y niños, niñas y adolescentes.
16. Prevenir y atender en forma prevalente, las diferentes formas de violencia y todo tipo de accidentes que atenten contra el derecho a la vida y la calidad de vida de los niños, las niñas y los adolescentes.
17. Garantizar las condiciones para que los niños y las niñas, desde su nacimiento, tengan acceso a una educación idónea y de calidad, bien sea en instituciones educativas cercanas a su vivienda, o mediante la utilización de tecnologías que garanticen dicho acceso, tanto en los entornos rurales como urbanos.
18. Asegurar los medios y condiciones que les garanticen la permanencia en el sistema educativo y el cumplimiento de su ciclo completo de formación.
19. Garantizar un ambiente escolar respetuoso de la dignidad y los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes y desarrollar programas de formación de maestros para la promoción del buen trato.
20. Erradicar del sistema educativo las prácticas pedagógicas discriminatorias o excluyentes y las sanciones que conlleven maltrato, o menoscabo de la dignidad o integridad física, psicológica o moral de los niños, las niñas y los adolescentes.
21. Atender las necesidades educativas específicas de los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad, con capacidades excepcionales y en situaciones de emergencia.
22. Garantizar la etnoeducación para los niños, las niñas y los adolescentes indígenas y de otros grupos étnicos, de conformidad con la Constitución Política y la ley que regule la materia.
23. Diseñar y aplicar estrategias para la prevención y el control de la deserción escolar y para evitar la expulsión de los niños, las niñas y los adolescentes del sistema educativo.

• Los menores frente al régimen de responsabilidad penal.

niñas y adolescentes o por no prevenir y atender en forma prevalente las diferentes formas de violencia y todo tipo de accidentes que atenten contra el derecho a la vida y la calidad de vida de los niños, las niñas y los adolescentes.

Ocurriría igual si el daño se derivara de:

- Desatender la obligación de investigar y sancionar severamente los delitos en los cuales los niños, las niñas y las adolescentes son víctimas

24. Fomentar el deporte, la recreación y las actividades de supervivencia, y facilitar los materiales y útiles necesarios para su práctica regular y continuada.
25. Fomentar la participación en la vida cultural y en las artes, la creatividad y producción artística, científica y tecnológica de niños, niñas y adolescentes y consagrar recursos especiales para esto.
26. Prevenir y atender la violencia sexual, las violencias dentro de la familia y el maltrato infantil, y promover la difusión de los derechos sexuales y reproductivos.
27. Prestar especial atención a los niños, las niñas y los adolescentes que se encuentren en situación de riesgo, vulneración o emergencia.
28. Protegerlos contra los desplazamientos arbitrarios que los alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual.
29. Asegurar que no sean expuestos a ninguna forma de explotación económica o a la mendicidad y abstenerse de utilizarlos en actividades militares, operaciones psicológicas, campañas cívico-militares y similares.
30. Protegerlos contra la vinculación y el reclutamiento en grupos armados al margen de la ley.
31. Asegurar alimentos a los niños, las niñas y los adolescentes que se encuentren en procesos de protección y restablecimiento de sus derechos, sin perjuicio de las demás personas que deben prestar alimentos en los términos de la presente ley, y garantizar mecanismos efectivos de exigibilidad y cumplimiento de las obligaciones alimentarias.
32. Erradicar las peores formas de trabajo infantil, el trabajo de los niños y las niñas menores de 15 años, proteger a los adolescentes autorizados para trabajar, y garantizar su acceso y la permanencia en el sistema educativo.
33. Promover estrategias de comunicación educativa para transformar los patrones culturales que toleran el trabajo infantil y resaltar el valor de la educación como proceso fundamental para el desarrollo de la niñez.
34. Asegurar la presencia del niño, niña o adolescente en todas las actuaciones que sean de su interés o que los involucren cualquiera sea su naturaleza, adoptar las medidas necesarias para salvaguardar su integridad física y psicológica y garantizar el cumplimiento de los términos señalados en la ley o en los reglamentos frente al debido proceso. Procurar la presencia en dichas actuaciones de sus padres, de las personas responsables o de su representante legal.
35. Buscar y ubicar a la familia de origen o las personas con quienes conviva a la mayor brevedad posible cuando sean menores de edad no acompañados.
36. Garantizar la asistencia de un traductor o un especialista en comunicación cuando las condiciones de edad, discapacidad o cultura de los niños, las niñas o los adolescentes lo exijan.
37. Promover el cumplimiento de las responsabilidades asignadas en el presente Código a los medios de comunicación.

PARÁGRAFO. Esta enumeración no es taxativa y en todo caso el Estado deberá garantizar de manera prevalente, el ejercicio de todos los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes consagrados en la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales de derechos humanos y en este Código.

y no se garantiza la reparación del daño y el restablecimiento de sus derechos vulnerados.

- Cuando el daño sobreviene a consecuencia de no resolver, con carácter prevalente, los recursos, las peticiones o las acciones judiciales que presenten los niños, las niñas y los adolescentes, su familia o la sociedad para la protección de sus derechos.
- Surgimiento del daño a causa de no haber garantizado y protegido la cobertura y calidad de la atención a las mujeres gestantes y durante el parto de manera integral durante los primeros 5 años de vida del niño, mediante servicios y programas de atención gratuita de calidad, incluida la vacunación obligatoria contra toda enfermedad prevenible, con agencia de responsabilidad familiar.
- Por no atender las necesidades educativas específicas de los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad, con capacidades excepcionales y en situaciones de emergencia.
- Por no prevenir y atender la violencia sexual, las violencias dentro de la familia y el maltrato infantil y promover la difusión de los derechos sexuales y reproductivos.
- No prestar especial atención a los niños, las niñas y los adolescentes que se encuentren en situación de riesgo, vulneración o emergencia, no protegerlos contra los desplazamientos arbitrarios que los alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual.
- No cuidarlos de ser expuestos a formas de explotación económica o a la mendicidad y abstenerse de utilizarlos en actividades militares, operaciones psicológicas, campañas cívico-militares y similares.
- No protegerlos contra la vinculación y el reclutamiento en grupos armados al margen de la ley.
- No asegurar alimentos a los niños, las niñas y los adolescentes que se encuentren en procesos de protección y restablecimiento de sus derechos, sin perjuicio de las demás personas que deben prestar alimentos en los términos de la ley y garantizar mecanismos efectivos de exigibilidad y cumplimiento de las obligaciones alimentarias.

•Los menores frente al régimen de responsabilidad penal.

En todo caso, indica el párrafo, la enumeración no es taxativa y el Estado deberá garantizar, de manera prevalente, el ejercicio de todos los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes consagrados en la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales de derechos humanos y en el Código, de suerte que la derivación de daños antijurídicos fruto de omisiones del Estado da lugar a la responsabilidad penal de sus representantes.

Como puede apreciarse, la ley colombiana dispuso una serie de obligaciones a partir de las cuales puede generarse la responsabilidad. Conviene tener en claro que esta taxonomía de obligaciones y de sujetos vinculados por las respectivas prestaciones, patrimoniales o no, conllevan dos tipos de consecuencia, derivados de su eventual incumplimiento o defraudación.

En primer lugar, dadas las obligaciones asociadas con la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, su defraudación por acción u omisión, en el evento de afectar intereses jurídicos de los menores, puede generar responsabilidad penal tanto a los funcionarios del Estado encargados de dar cumplimiento a las obligaciones como a los restantes actores familiares y sociales gravados en concreto, inclusive en condición de garantes de su preservación. Desde este punto de vista, el principio de corresponsabilidad impacta en la responsabilidad en esta dirección.

Por otra parte, la responsabilidad de los menores infractores se encontraría alterada por la misma fuente. Si consideramos que la corresponsabilidad de los distintos actores implica el cumplimiento de una serie de obligaciones orientadas a la protección integral de los menores, es preciso preguntarse sobre el efecto que tiene el incumplimiento cuando, a causa del mismo, se generan las condiciones para que los menores infrinjan la ley penal.

Al apreciar el contenido y alcance del Artículo 9 del Código Penal, disposición que respecto a menores se encuentra incólume y es rectora del sistema penal colombiano, tendremos que estimar que se genera un riesgo, por cuanto se caldea la posibilidad de que el menor incurra en comportamientos punibles, por ejemplo, cuando la escuela a la que pertenece defrauda la obligación de evitar o dar a conocer las actividades de tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos dentro del recinto o en sus inmediaciones o también cuando se defraudan las obligaciones alimenticias y el menor viola la ley penal motivado por su situación de abandono.

Mas quien está generando el riesgo es aquel a quien es exigible la obligación; luego, si entre el incumplimiento y el efecto antijurídico se logra establecer una relación de causación, es perfectamente probable que la responsabilidad recaiga sobre quien incumplió su obligación con el menor. Que el riesgo es antijurídico, no se presta a duda, en la medida en que proviene del incumplimiento de una obligación con fuente en la ley, por cierto privilegiada constitucionalmente, en cuanto beneficia a un menor.

Lo anterior permite concluir que el principio de corresponsabilidad altera de manera significativa la configuración de la responsabilidad penal en cuanto a los delitos de los cuales son agentes los menores y algunos de los cuales victimizan al menor.

3. Exclusión de responsabilidad

Conforme a la redacción de la Ley 1098 de 2006, no son sujetos de responsabilidad penal los menores de 14 años y los mayores de dicha edad y menores de 18 en circunstancias de discapacidad psíquica o mental. Indica la Ley que cuando una persona menor de 14 años incurre en la comisión de una conducta punible, solo se le aplicarán medidas de verificación de la garantía de derechos y de su restablecimiento y deberán vincularse a procesos de educación y de protección dentro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, los cuales observarán todas las garantías propias del debido proceso y el derecho de defensa.

A los menores de 14 años y los menores de 18 con las discapacidades señaladas no se les puede someter a la derivación de responsabilidad por conductas punibles, lo que significa que es una exclusión del sistema penal, más que una exclusión de responsabilidad. La exclusión se opera ante la ocurrencia de una conducta típica que no supera el juicio de desvalor en términos de antijuridicidad o de culpabilidad y genera la improbabilidad de penalizar a la persona que actuó u omitió, al entender que no es viable someterla a la consecuencia de la norma. Las exclusiones de responsabilidad son tratados en el Artículo 32 de la Ley 599 de 2000.

Sin embargo, al concluir que los menores de 14 años solo pueden ser sujetos a medidas de verificación, se entiende que ello procede a condición de haberse demostrado la conducta punible, lo cual impone el procesamiento. En todo caso, la probable responsabilidad en garantía e indirecta de tipo civil impondría

•Los menores frente al régimen de responsabilidad penal•

cubrir la investigación y el correspondiente juicio. No obstante, el párrafo del Artículo 143 de la Ley 1098 de 2006 sugiere que, cuando una investigación arroje “serias evidencias” del compromiso de un menor en una conducta punible, debe remitir copia de lo pertinente a las autoridades de protección y restablecimiento del derecho. Es preciso advertir que, conforme a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, las funciones de investigación y juzgamiento solo pueden ser ejecutadas por fiscales y jueces constitucionales; luego, resulta de muy dudosa constitucionalidad la disposición, lo que no obsta que existan jueces especializados para estas personas.

Por otra parte, al verificar las auténticas causales de exclusión de responsabilidad del Artículo 32 del Código Penal, se encuentran algunas cuya aplicabilidad a menores de 18 años son, al menos, discutibles, por ejemplo, la basada en la disposición de bienes jurídicos disponibles, caso en el cual se preguntaría si el menor puede hacerlo y si el representante legal lo puede autorizar en cada caso y circunstancia.

También merece verificarse si la orden legítima de autoridad competente puede vincularlo en los mismos términos que a un adulto.

Tal vez esté de más advertir que otras casuales como el error en cualquiera de sus manifestaciones deben atender las verdaderas y reales condiciones del menor en cuanto a la valoración de la insuperabilidad.

4. Sanciones

4.1. Contexto

Uno de los aspectos más determinantes del sistema penal es el régimen de sanciones. Dicho régimen implica tanto las penas como su vocación y su ejecución. Se han forjado las bien conocidas teorías de la pena general y especial; la primera acentúa el carácter disuasivo dirigido a la comunidad, mientras la segunda realza el sentido resocializador, puesto que enfatiza en la situación del individuo sancionado.

El Código Penal colombiano, en su Artículo 4, indica:

[...] pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

Respecto a las medidas de seguridad, agrega el Artículo 5: “En el momento de la ejecución de la medida de seguridad operan las funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación”.

Como puede apreciarse, la Ley nacional hace concurrir las dos teorías sobre las penas, en el sentido de que incluye las funciones contempladas por unas y otras, si bien desde la perspectiva constitucional debería prevalecer la función resocializadora, porque es más compatible con el principio de la dignidad humana. Por demás, los derechos de las víctimas y la vocación con la que el Estado ejerce su poder punitivo demandan que la pena sea afflictiva.

Surge una serie de especificidades en relación con los menores. En primer lugar, indican las Reglas de Beijing sobre principios rectores de la sentencia y la resolución que, además de proporcionarse la pena que debe imponerse al menor en función de las circunstancias y la gravedad del delito, es preciso considerar las necesidades mismas del menor y de la sociedad.

Agrega, en segundo lugar, que la privación de la libertad debe reducirse al mínimo necesario y que solo procede tras un estudio minucioso de viabilidad.

Por otro lado, señala que en el estudio de los casos se considerará como primordial el bienestar del menor.

En la taxonomía de penas posibles fue señalada la privación efectiva de la libertad, con énfasis en las penas alternativas entre de las cuales se presentaron las siguientes:

- a. Órdenes en materia de atención, orientación y supervisión.
- b. Libertad vigilada.
- c. Órdenes de prestación de servicio a la comunidad.
- d. Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones.
- e. Órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento.
- f. Órdenes de participación en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas.
- g. Órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos.
- h. Otras órdenes pertinentes.

• Los menores frente al régimen de responsabilidad penal.

De este marco general de concepción de las penas para menores surge que no se atienen a las mismas tendencias que en materia de penas para mayores. En primer lugar, no parece consecuente con estos principios que la pena aplicable al menor pueda ser afflictiva. En segundo lugar, la pena se orienta con un sentido bastante próximo a como se conciben las medidas de seguridad, es decir, se cifran en la situación individual del menor y buscan habilitarlo para su reinserción social; diríamos, en un sentido bastante sociológico, que para superar las deficiencias de socialización primaria en las que haya incurrido durante su consolidación social.

Si bien es procedente la pena privativa de la libertad, por medio de las llamadas Reglas para la protección de los menores privados de la libertad, adoptadas por la Asamblea General mediante Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990, la ONU desplegó un plexo axiológico para la ejecución de dichas penas, en las que condiciona su aplicación a un contexto altamente especializado, en el que se promuevan condiciones rehabilitadoras para los menores y procuren un mecanismo de introducción a la comunidad, con un sentido marcadamente pedagógico y no afflictivo.

Si se considera que el eje de la pena es el menor, se faculta a los jueces para que, de forma progresiva, revisen la situación del menor, verifiquen y adecúen la sanción a su progreso y estado tras el inicio de la ejecución de la pena, para actualizarla a su situación real cuantas veces resulte preciso.

En este contexto, la Ley 1098 de 2006 procura contemporizar el régimen interno a favor de la ley internacional. De ahí que encontremos que las finalidades de las penas se orientan a la protección educativa y la restauración, con apoyo de la familia y de especialistas, razón por la cual se faculta a los jueces para modificar la sanción en función de las circunstancias individuales del adolescente y sus necesidades especiales¹².

Por otra parte, es indiscutible la tendencia del legislador cuando prescribió, a la letra de las Reglas de Beijing, la obligación para los jueces de considerar, al momento de fijar las sanciones, criterios como la naturaleza y gravedad de

12 Artículo. 178. FINALIDAD DE LAS SANCIONES. Las sanciones señaladas en el artículo anterior tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa, y se aplicarán con el apoyo de la familia y de especialistas.

El juez podrá modificar en función de las circunstancias individuales del adolescente y sus necesidades especiales las medidas impuestas.

los hechos, la proporcionalidad e idoneidad de la sanción y la edad y agrega otros adecuados como la aceptación de cargos por el adolescente, el desconocimiento de compromisos previos impuestos por el juez y el incumplimiento de las sanciones¹³.

Se dudaría de la constitucionalidad de la prescripción conforme con la cual la reincidencia conlleva fatalmente la sanción de privación de libertad. Esto por cuanto la ley interna puede ampliar el marco internacional, mas no lo puede restringir y esta parece una evidente restricción. En efecto, si la vocación de la sanción es educativa, la reincidencia es un diagnóstico social, no individual, que evidenciaría las deficiencias del sistema y, en consecuencia, una falta manifiesta a una de las obligaciones del Estado con niños, niñas y adolescentes, en desarrollo del principio de corresponsabilidad, acaso de otras instituciones sociales. Asumir que el adolescente que reincide debe ser sujeto a tratamiento penitenciario implica desconocer su condición individual y ello contradice el sistema internacional.

4.2. Taxonomía de sanciones

De acuerdo con las Reglas de Beijing, la Ley 1098 de 2006 estimó seis sanciones probables¹⁴ y las desarrolló una a una con criterio eminentemente normativo.

.....
13 Artículo 179. CRITERIOS PARA LA DEFINICIÓN DE LAS SANCIONES. Para definir las sanciones aplicables se deberá tener en cuenta:

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

PARÁGRAFO 1. Al computar la privación de la libertad en centro de atención especializada, la autoridad judicial deberá descontar el período de internamiento preventivo al que haya sido sometido el adolescente.

PARÁGRAFO 2. Los adolescentes entre 14 y 18 años que incumplan cualquiera de las sanciones previstas en este Código, terminarán el tiempo de sanción en internamiento.

El incumplimiento por parte del adolescente del compromiso de no volver a infringir la ley penal, ocasionará la imposición de la sanción de privación de libertad por parte del juez.

14 Artículo 177. SANCIONES. Son sanciones aplicables a los adolescentes a quienes se les haya declarado su responsabilidad penal:

1. La amonestación.
2. La imposición de reglas de conducta.

•Los menores frente al régimen de responsabilidad penal•

En un despliegue significativo en su orden, da inicio con la sanción de amonestación, definida como “la recriminación que la autoridad judicial le hace al adolescente sobre las consecuencias del hecho delictivo y la exigencia de la reparación del daño” y agregó en el Artículo 182 que, en todos los casos, el adolescente deberá asistir a un curso educativo sobre respeto a los derechos humanos y convivencia ciudadana, que estará a cargo del Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Dentro del plexo sancionatorio, esta es la primera alternativa que debe evacuar el juez, de conformidad con las consideraciones asociadas y que fueron objeto de verificación supra, con prevalencia evidentemente de la condición del menor.

En segundo orden se encuentran las llamadas “reglas de conducta”. Indica el Artículo 183 de la Ley que se trata de la imposición al adolescente, por parte de la autoridad judicial, de obligaciones o prohibiciones para regular su modo de vida, así como promover y asegurar su formación, sanción que no puede extenderse por un período superior a dos años.

En tercer lugar se halla “la prestación de servicios sociales a la comunidad”, entendida según el Artículo 184 como las tareas de interés general que el adolescente debe realizar, en forma gratuita, por un período que no exceda los seis meses, durante una jornada máxima de ocho horas semanales, de preferencia los fines de semana y festivos o en días hábiles, sin afectar su jornada escolar.

En cuarto orden, la libertad vigilada, señalada en el Artículo 185, comprendida como la concesión de la libertad que da la autoridad judicial al adolescente con la condición obligatoria de someterse a la supervisión, la asistencia y la orientación de un programa de atención especializada, la cual no puede exceder de dos años.

-
3. La prestación de servicios a la comunidad.
 4. La libertad asistida.
 5. La internación en medio semicerrado.
 6. La privación de libertad en centro de atención especializado.

Las sanciones previstas en el presente artículo se cumplirán en programas de atención especializados del Sistema Nacional de Bienestar Familiar y deberán responder a lineamientos técnicos diseñados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

PARÁGRAFO 1. Para la aplicación de todas las sanciones la autoridad competente deberá asegurar que el adolescente esté vinculado al sistema educativo. El defensor de Familia o quien haga sus veces deberá controlar el cumplimiento de esta obligación y verificar la garantía de sus derechos.

PARÁGRAFO 2. El juez que dictó la medida será el competente para controlar su ejecución.

En quinto lugar, el confinamiento en medio semicerrado, el cual comprende la vinculación del adolescente a un programa de atención especializado al que deberá asistir obligatoriamente durante horario no escolar o en los fines de semana, sanción que no puede exceder de tres años, de acuerdo con el Artículo 186.

En sexto y último lugar se encuentra la privación de la libertad. En seguimiento a los patrones de Naciones Unidas, el régimen nacional señala que opera en centro de atención especializada, en donde se recibirán adolescentes entre 16 y 18 años de edad, siempre que hayan sido condenados por un delito cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda seis años de prisión; sin embargo, la duración de la sanción no superará el máximo de cinco años ni será inferior a un año. En el evento de delitos de homicidio doloso, secuestro o extorsión, esos límites cambian de dos hasta ocho años.

Parte de la sanción impuesta podrá ser sustituida por el establecimiento de presentaciones periódicas, servicios a la comunidad, el compromiso de no volver a delinquir y guardar buen comportamiento por el tiempo que fije el juez. El incumplimiento de estos compromisos acarrea la pérdida de estos beneficios y el cumplimiento del resto de la sanción inicialmente impuesta bajo privación de libertad, según el Artículo 187.

4.3. Fundamentación de las sanciones

El hecho de haberse producido un orden consulto de la ley internacional trae varias implicaciones que vinculan la libertad determinadora del juez y que bien puede ser expuesta o propuesta por el fiscal de Infancia y Adolescencia. En primer lugar, el juez tiene que considerar que la última sanción, la posibilidad más extrema y menos deseable para el menor, es la privación de la libertad.

En segundo lugar, la viabilidad de esta sanción se condiciona a tres tipos de análisis: inicialmente, la pena conforme a los límites indicados, es decir, solo cuando se contempla con un mínimo de seis años de prisión en el tipo penal concreto. Además, debe ser una pena apropiada para que el adolescente se rehabilite en concurso con su familia; luego, si la prisión niega, por sus propias condiciones materiales, el acceso familiar, sería inaplicable. Asimismo, la gravedad del delito y sus circunstancias, fuera de la edad del menor, su participación en el proceso y las demás estimadas en la ley nacional e internacional que justifiquen la medida extrema.

En tercer lugar, ordena la ley penal ordinaria, en su Artículo 59, que “toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”. Por la manera en que la sentencia condenatoria debe estar motivada, la pena determinada por el juez se debe fundamentar en razones epistemológicamente objetivas, es decir, que no dependan de la conciencia del juez, que consulten los criterios previamente dispuestos y que se edifique sobre pruebas legalmente allegadas, conforme reza el Artículo 29 de la Constitución, que conforme a las reglas de la sana crítica permitan sustentar que la pena aplicable es la señalada.

PROCESAMIENTO PENAL DE MENORES

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.

•Procesamiento penal de menores.

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.



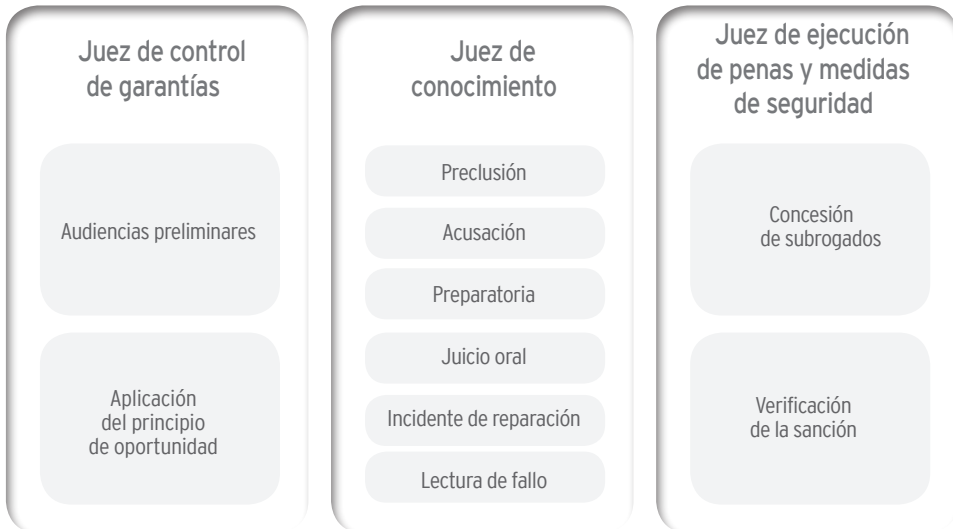
b. Audiencias de juicio. Se incluyen, desde esta perspectiva, las audiencias de acusación, preparatoria, de juicio oral, incidente de reparación, lectura de sentencia y verificación de la sanción.



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

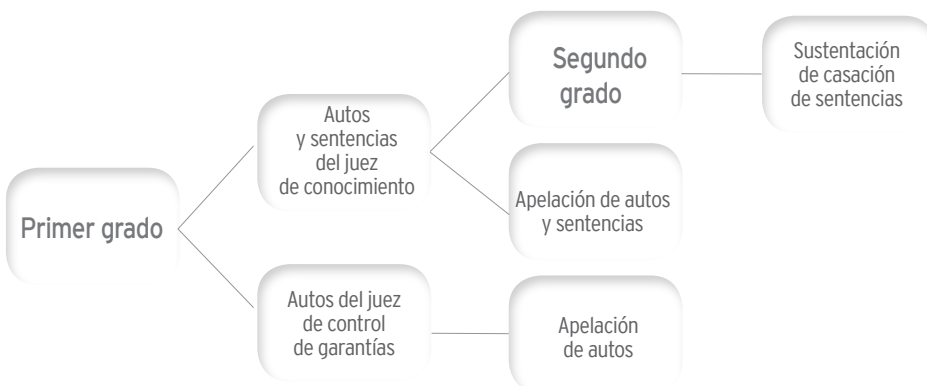
- a. Audiencias ante el juez de control de garantías. En este caso se consideran todas la preliminares y la de aplicación del principio de oportunidad.
- b. Audiencias ante el juez de conocimiento. Son las audiencias que puede conocer este funcionario, esto es, de preclusión, acusación, preparatoria,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



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 insustanciales, 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?

1. Ubicación temática

1.1. ¿Qué es la Victimología?

Una primera necesidad de orden lógico es ubicar temáticamente el estudio de las víctimas, para avanzar de inmediato al concepto técnico de víctima.

En términos generales, el estudio de las víctimas tiene orígenes inciertos, confundidos con los orígenes mismos del surgimiento de la teoría de las obligaciones. De hecho, la tradición jurídica anterior a la primera mitad del siglo XX había asumido el tema de las víctimas como un aspecto comprendido dentro del estudio general de la responsabilidad tanto civil como penal.

En efecto, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, particularmente la extracontractual o aquiliana, se tomaba a la víctima como componente del extremo necesario que reclama la estructura lógica de las obligaciones²⁰. Así, formaba parte del estudio mismo de las obligaciones. Como se sabe, este conforma una estructura altamente compleja del estudio del Derecho, en el que se asume

.....
²⁰ Institutas: 3,13, pr.

a la víctima como una categoría jurídica, es decir, como la persona que sufre un daño antijurídico, a causa de lo cual debe ser resarcida, conforme se observen los demás requisitos de la estructura de la responsabilidad, esto es, el otro extremo subjetivo, la relación causal, el daño y la fuente.

Por otra parte, el estudio de la responsabilidad penal, desde la perspectiva clásica basada en el causalismo, que pasó luego a la posición del finalismo hasta alcanzar las más recientes composiciones dogmáticas tributarias del estructural funcionalismo, sentaron las bases de lo que actualmente es conocido como imputación objetiva. Se asumió el estudio de la víctima sin abordarlo como entidad autónoma, sino como componente lógico de la estructura legal de la responsabilidad, es decir, la víctima asumida desde la perspectiva del titular del bien jurídico que había sufrido las consecuencias de la acción típica, sea esta activa u omisiva y frente a quien se consolidaba el principio de prevención especial, como fundamento óptico de la pena.

Sería hasta hace relativamente poco tiempo, diríamos que durante el siglo XX, cuando las instituciones jurídicas internacionales conocidas como “derechos humanos” se ocuparon concretamente del estudio de las víctimas y en la segunda mitad de esa centuria adquirió autonomía e independencia temática, para ser desarrollada dentro de un área epistemológica conocida como Victimología (Congreso español de Victimología, 2005). La verdad es que, desde el punto de vista del Derecho Internacional, las víctimas siguen siendo tratadas dentro del plexo normativo correspondiente a los derechos humanos, aun cuando estos se caracterizan por enfatizar en los ataques sistemáticos a los mismos. El carácter autónomo del estudio de las víctimas no se confunde con esas formas específicas de victimización, sino que adquiere amplitud y concreción temática que deben ser vistas en la actualidad desde la perspectiva de la Victimología (Waller, 2002).

Por Victimología se entiende el estudio sistemático de los derechos, del tratamiento y de la rehabilitación de las personas que, tras ser objeto de un daño antijurídico, adquieren la titularidad de los derechos a conocer la verdad de los hechos que desataron su situación, a que las personas que lo causaron sean sometidas a un proceso legal, a que se realice la justicia como valor admitido en un medio deontológicamente compatible con tal principio y a que sean rehabilitados sus derechos, en la medida de lo posible, para volver a la situación que tenían

•El menor víctima•

antes de sufrir la agresión o, al menos, a recibir la compensación que proporcionalmente le permitiría un sustituto indemnizatorio²¹.

1.2. Concepto de víctima

Como acabamos de apreciar, el estudio de las víctimas adquirió una autonomía general frente al del derecho de las obligaciones y de la responsabilidad penal en particular, por lo que el concepto de “víctima” dejó de ser una categoría jurídica integrada a esas áreas especializadas del conocimiento. De hecho, desbordó lo estrictamente jurídico para asumir un estudio transdisciplinar, en el que a lo propiamente jurídico se agrega lo psicológico, lo sociológico y lo antropológico (Seminario La resiliencia, 2002). Al haber adquirido autonomía, estructura y concepto autónomo, es preciso aproximarse a su significación actual²².

Lo primero que debe saberse es que el concepto de víctima es producto de la legislación internacional. Se sabe que en la concepción normativista, dentro de la cual se destacó Hans Kelsen, el Derecho Internacional se erige como un condicionante de la ley interna de los Estados, en la medida en que informa a las legislaciones nacionales acerca de los límites normativos que deben adquirir algunas figuras en particular. De ahí que la tendencia actual señale que el estudio del Derecho debe partir del Derecho Internacional, porque frente a este el Derecho nacional tiende a desarrollar las figuras jurídicas creadas por aquel sin poder restringirlas, particularmente cuando versan directa o indirectamente sobre derechos humanos. De ahí que el concepto de víctima deba buscarse precisamente en el derecho internacional (García Rodríguez, 2007).

Es así como la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985, se encargó de fijar una definición de “víctima” en los siguientes términos:

.....
21 Al respecto, puede verse Beristain (2000; 2005).

22 Los procesos de investigación sociojurídica han permitido consolidar el concepto mismo de víctima. Puede verse García España (2006) y Ministerio Público (2002).

1. Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.
2. Podrá considerarse “víctima” a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión “víctima” se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.
3. Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico.

1.3. Elementos del concepto

Como puede apreciarse, se trata de un concepto altamente elaborado que compromete una serie de elementos integradores, a partir de la cual pueden establecerse las características que debe adquirir una persona para ser identificada como “víctima”. Como es un concepto que las legislaciones nacionales deben observar, es importante determinar cada uno de sus elementos para verificar hasta qué punto una ley de orden nacional resulta compatible con la internacional que, en este caso, por ser parte de la general sobre derechos humanos, forma parte del bloque de constitucionalidad.

1.3.1. Persona

Lo primero que surge de la definición fundamental de Naciones Unidas es que “víctimas” no pueden serlo sino las “personas”. Como se sabe, “persona” es una categoría jurídica, es decir, un concepto que, dentro de la estructura del sistema jurídico, cumple una función epistemológica. Esa persona víctima puede haber sufrido el daño de manera individual o colectiva, lo que significa que puede ser víctima una pluralidad de personas.

•El menor víctima•

1.3.2. Daño

Para que una persona sea considerada como “víctima”, debe haber sufrido un daño antijurídico. Si bien la legislación internacional no se ocupó de crear una definición acerca del daño, es suficiente guiarse por los conceptos universalmente admitidos, conforme con los cuales se entiende por tal el deterioro injustificado de un bien jurídico, de manera que el bien jurídico debe encontrarse desmejorado a causa de una acción u omisión antijurídica. De ahí que la definición señale que el daño incluye las lesiones físicas o mentales, el sufrimiento emocional, la pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales.

1.3.3. Acción u omisión típicas

El daño debe ser fruto de una acción o una omisión consideradas en el Código Penal. Este es un elemento particularmente exigente que, en primer lugar, señala que el daño debe provenir de una acción u omisión, lo cual significa que se relaciona con el tipo de Derecho Penal conocido como de acto que, a diferencia del Derecho Penal de autor, se ocupa exclusivamente de acciones objetivadas, aquellas que superaron lo que en Psicología se conoce como motilidad, esto es, el paso del pensamiento a la acción.

En cambio, el Derecho Penal de autor es el que castiga a las personas por ser ellas, por pensar como piensan, por sentir como sienten, etcétera, lo que confirma una posición peligrosista del Derecho.

Entonces, para que pueda haber daño, es preciso que este provenga de una acción constatada y verificable. Además, dicha acción debe hallarse prevista como acción típica en el Derecho Penal nacional, como lo indica la definición al señalar que es “consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribiera el abuso de poder”.

1.3.4. Autoría

De lo visto hasta el momento se concluye que para que exista una víctima, debió haber un daño causado. La regla internacional no plantea nada sobre el particular, mas se entiende que el dañador puede ser persona natural, persona jurídica, objeto o animal que haya servido de medio para crear el riesgo antijurídico a partir del cual se desató la consecuencia que es el daño.

1.3.5. Relación causal

Una persona se considera “víctima” cuando, a causa de una acción u omisión típica, sufre un daño *contra legem* de un bien jurídicamente tutelado del cual es titular.

¿Qué tipo de relación se reclama entre la fuente y el daño? La ley internacional no se ha encargado de procurar precisiones sobre el particular, lo que implica que el contenido o la base de imputación debe buscarse en los fundamentos mismos de la ley nacional. Podría decirse que la relación debe ser de causa y efecto en términos naturales, es decir, típicamente causalista. Sin embargo, la evolución del concepto de causalidad, desde las ideas naturalistas hasta las recientes, de orden normativistas, señala que la producción del resultado no tiene que ser necesariamente natural. En términos del Artículo 9 del Código Penal, podemos sostener que para poder imputar el resultado se precisa haber creado un riesgo antijurídico a la víctima, a partir del cual fuera posible la producción del daño. Al tratarse de delitos omisivos, la base de imputación se completa cuando la persona a quien se atribuye la autoría ha adquirido posición de garantía con respecto al bien jurídico que resultó afectado.

Lo anterior significa que la guía esencial es de imputación objetiva, en la que la constitución del riesgo es determinante para la imputación jurídica del resultado. No es necesario haber producido el daño en términos causalistas, puesto que es admisible responder cuando, al tener el deber jurídico de evitar el resultado, el agente se abstiene sin que exista motivación atendible para que haya adoptado la actitud omisiva.

1.3.6. Incondicionalidad

En general, dados los elementos precedentes, puede decirse que no puede haber víctima sin victimario, es decir, siempre que se pretende la condición en causa activa de “víctima”, es preciso poder señalar la existencia de un victimario, que es la persona llamada a responder por la acción o la omisión de la cual derivó el daño. Al ser este un reclamo lógico de la relación, no puede confundirse con la situación procesal de los extremos subjetivos.

En efecto, hay una relación en causa activa y otra pasiva, ocupada la primera por la víctima y la segunda por el autor del daño, pero se trata de una necesidad lógica y no un condicionante procesal, es decir, el hecho de que no haya sido

•El menor víctima•

posible identificar, aprehender, enjuiciar o condenar al perpetrador no está estimado como condicionante para adquirir la condición de víctima, siempre que se hayan demostrado todos los elementos. Es tanto como sostener que se puede ser víctima de un dañador anónimo, sin que ello permita concluir que la condición de víctima admita eventos en los que no existe autor del daño.

1.3.7 Homologación

Estamos acostumbrados a la tradicional clasificación de víctimas directas e indirectas o *per saltum*, conforme lo han señalado la Sala de Casación Civil y el Consejo de Estado.

Por víctima directa se entiende al titular del bien jurídico que resultó dañado como consecuencia de la acción o de la omisión generadora de la imputación. Son víctimas indirectas todas las demás personas que, por la misma causa, encuentran comprometidos efectos jurídicamente tutelados de su vida, como su salud física o mental, su manutención personal, etcétera, sin que la acción o la omisión hubieran tenido por objeto la afectación de tales efectos.

Lo cierto es que la regla internacional ubica en la misma condición a las víctimas directas que a las indirectas, al señalar:

En la expresión “víctima” se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

1.3.8. Generalidad

En términos de la Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985, la persona considerada “víctima” puede ser cualquier persona natural, sin más reclamos que la condición humana.

Ha sido tradición que los sistemas normativos definan lo que es persona y propongan exclusiones. Por ejemplo, dentro del Derecho Romano clásico, los esclavos no eran personas y en el Derecho del Tercer Reich no lo eran los judíos, de manera que las legislaciones han promovido discriminaciones que en la actualidad resultan decididamente odiosas e inaceptables para el Derecho Internacional, así que se encuentra consagrada la interdicción de cualquier

medida de discriminación tendiente a desaprobar la condición de víctima a las personas que, tras llenar los requisitos que acaban de precisarse, han adquirido, por naturaleza o decisión, alguna característica particular como el color de piel, las creencias, el origen racial o étnico, etcétera. Específicamente indica la regla:

Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico.

2. Victimología en la ley penal colombiana

Respecto al tratamiento que nuestra legislación penal, más exactamente la procesal penal, ha impartido al tema de las víctimas, se registran dos instantes históricamente diferenciables. El primero, caracterizado por un distanciamiento y la ausencia de unidad temática respecto a las víctimas, las cuales se encuentran al menos conceptualmente confundidas con los perjudicados y la parte civil; surge con anterioridad a la Constitución de 1991. El segundo se registra respecto a la legislación y la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el particular. En este segundo segmento histórico, por intervención de la Corte Constitucional se empieza a operar una transformación en la que se llega a impartir un reconocimiento concreto de la condición de las víctimas dentro de las actuaciones penales.

2.1. La legislación anterior a 1991

La nota característica de la ley colombiana al respecto es que el tema de las víctimas se encuentra abandonado a la legislación particular sobre acción civil dentro del proceso penal, constituido por el Código Penal de entonces y el Código Civil.

En verdad, los trabajos preparatorios al Código Penal de 1980 no revelan una preocupación importante por desarrollar el tema de las víctimas (Comisión Redactora del Código Penal, 1981); de hecho, el principal referente normativo se encuentra entre los Artículos 103 y 110 del Decreto Ley 100 de 1980 que, en líneas generales, sigue la tradición del Código de 1936.

Estas disposiciones agotan el tratamiento de las víctimas en la responsabilidad civil derivada del delito, que a su vez se encuentra desarrollado sustantivamente a partir del Artículo 2345 del Código Civil. Desde este punto de vista,

•El menor víctima•

una víctima venía a ser básicamente el sujeto pasivo del delito, quien adquiriría la condición de actor aquiliano dentro del proceso penal si formulaba la respectiva demanda.

Su condición no lo facultaba sino para pretender el resarcimiento de los daños materiales y morales, por consiguiente, sus pretensiones; en general, su derecho de postulación estaba contraído a procurar la indemnización.

2.2. La legislación posterior a 1991

En vigencia de la Carta Constitucional de 1991, podemos señalar que se han registrado tres Códigos de Procedimiento Penal: el Decreto Ley 2700 de 1991, la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004. Los dos primeros no registraron un avance importante en materia de Victimología, la cual solo vino a recibir un desarrollo importante en el último Código mencionado. Pese a ello, fue la Corte Constitucional la que primero llamó la atención sobre el particular y sentó las bases de lo que se convertiría en norma con la Ley 906.

2.2.1 Decreto Ley 2700 de 1991

Inicialmente, en el Decreto 2700 del mismo año fue muy poco lo que se avanzó. Al fin y al cabo, seguía rigiendo el Código Penal de 1980, rector en todo caso en cuanto el Código de Procedimiento Penal se contrajo a desarrollar sus líneas generales sobre responsabilidad civil proveniente del delito. Sin embargo, respecto a la legislación precedente registra dos avances que merecen mencionarse. El primero consistió en que introdujo dos disposiciones rectoras orientadas a proveer herramientas jurídicas a las víctimas del delito, esto es, protección y asistencia (Artículo 11) y el restablecimiento del derecho (Artículo 14).

De acuerdo con la Resolución 2700 de 1996, la primera disposición incluyó la obligación de proveer seguridad a las víctimas, la cual fue ejecutada por medio del entonces Programa de protección a testigos, víctimas y demás intervinientes en el proceso.

La segunda norma informaba que, cuando sea posible, los funcionarios judiciales “deberán adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión del hecho punible y las cosas vuelvan al estado anterior, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados”.

El otro avance consistió en que con la reforma operada mediante la Ley 81 de 1993 se introdujo la disposición conocida como “efectos de la cosa juzgada penal absoluta”, mediante la cual se convirtió en ley un principio ya reconocido por la jurisprudencia nacional y extranjera, conforme con el cual no toda forma de exclusión de responsabilidad del procesado elimina necesariamente los derechos de las víctimas. Fue así como se indicó que solo existían tres causales de preclusión de la investigación, cesación del procedimiento o de absolución que eliminaban *ipso facto* el derecho indemnizatorio de las víctimas; estos son: que el hecho causante del perjuicio no existiera, que el procesado no lo realizara o que, tras haberlo realizado, actuara en estricto cumplimiento de un deber legal o legítima defensa. Esto significa que cuando la decisión favorable al procesado se fundamentara en cualquier otra causal, por ejemplo, el error o el estado de necesidad, la víctima sostendría incólume su derecho resarcitorio.

2.2.2. Ley 600 de 2000

Cuando sobrevino la Ley 600 de 2000, el tema de las víctimas no avanzó mayormente con respecto al Decreto Ley 2700 de 1991; lo que hizo fue distinguir entre perjudicados directos e indirectos y convertir en norma lo que había venido sosteniendo la Sala de Casación Penal, la cual había señalado que en el proceso penal eran admisibles únicamente los perjudicados directos. Ciertamente así lo concretó la Ley 600, en su Artículo 52, al facultar el rechazo de la demanda de constitución en parte civil cuando el actor fuese el perjudicado *per saltum*.

Fue a propósito de este Código que la Corte Constitucional entró a pronunciarse sobre las víctimas, hizo precisiones conceptuales e intentó contemporizar al país en la materia respecto a los pronunciamientos de las Naciones Unidas. En efecto, mediante Sentencia C-228 de 2002, con ponencia de los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett, la Corte distinguió que los conceptos perjudicado, víctima y parte civil no eran coincidentes. Respecto a la víctima, indicó, es la persona en quien se materializa la conducta típica, mientras el perjudicado resultaba ser quien hubiera sufrido cualquier daño a propósito del delito y la parte civil era la calificación procesal que adquiriría una parte concreta dentro del ejercicio de la acción penal. Sin embargo, para la Corte, en

•El menor víctima•

mayor o menor medida la víctima era un perjudicado que, si actuaba al interior del proceso penal, era, parte civil.

A partir de esa taxonomía y del fundamento constitucional de su intervención, esto es la dignidad humana, la Corte concluyó que tanto víctimas como perjudicados tenían tres clases de derechos: verdad, justicia y reparación, de tal suerte que sus pretensiones no quedaron agotadas en la mera búsqueda de resarcimiento como había sido tradición. De ahora en adelante, se faculta a las víctimas para intervenir de forma mucho más activa en el proceso penal, pues, si se encuentran asistidos del derecho de establecer lo que en realidad sucedió, pueden pedir pruebas en este sentido e impugnar las decisiones judiciales, en cuanto no consultan la realidad procesal o, en su criterio, se apartan de las disposiciones legales que los jueces están llamados a realizar.

2.2.3. Ley 906 de 2004

Con este importante precedente surgió el Acto Legislativo 03 de 2002, que facultó la implementación de las formas de enjuiciamiento acusatorio y adversarial, el cual hizo varias menciones a los derechos de las víctimas:

- a. En primer lugar erigió en la Fiscalía la función de requerir al juez de control de garantías la solicitud de las medidas necesarias para la protección de las víctimas.
- b. En segundo lugar, es igualmente función de la Fiscalía requerir al juez de conocimiento las medidas necesarias de asistencia a las víctimas, así como para restablecer los derechos quebrantados y reparar integralmente a los afectados.
- c. En tercer lugar, le corresponde velar por la protección a las víctimas.

Por primera vez, en la Exposición de motivos de Luis Camilo Osorio Isaza, se distinguió en el ámbito legal entre víctimas y perjudicados y, más aún, desde el mismo ámbito constitucional.

En este contexto y como desarrollo del Acto Legislativo 03 de 2002, se consolidó el último Código o Ley 906 de 2004.

Es preciso considerar que si bien con posterioridad a la Ley 906 de 2004 la Ley 1098 de 2006 se ocupó de forma especial de las víctimas, esta se encuentra integrada a aquella frente al régimen procesal, limitada a formular algunas

excepciones al régimen de la primera ley; por consiguiente, el marco normativo fundamental sigue siendo el Código de Procedimiento Penal y de ahí que sea necesario desarrollar integralmente su estudio acerca del tratamiento a las víctimas.

3. El tratamiento de las víctimas en la Ley 906 de 2004

3.1. Régimen general

A diferencia de lo que había venido sucediendo con los códigos precedentes, la Ley 906 de 2004 introdujo una regulación relacionada con los derechos procesales de las víctimas. Dicha regulación se encuentra esencialmente en los Artículos 11 del Título Preliminar y el Capítulo IV del Título IV del Libro II (Rincón Achury, 2006).

La primera disposición consagra los derechos de las víctimas dentro del proceso penal. Es preciso tener en cuenta que este Artículo es una norma rectora; por consiguiente, constituye una base obligada de interpretación de las restantes disposiciones y, en el evento en que llegara a existir incompatibilidad con cualquier disposición ordinaria, prevalece sobre esta (Molina Arrubla, 2005). Por consiguiente, el catálogo de derechos allí dispuestos son inquebrantables y consisten en:

1. Recibir trato humano y digno durante toda la actuación.
2. Protección a su intimidad.
3. Garantía de su seguridad y la de familiares y testigos.
4. Pronta e integral reparación de los daños sufridos.
5. Ser oídas en todo el proceso.
6. Aportar pruebas.
7. Recibir información pertinente para la protección de sus intereses.
8. Conocer la verdad de los hechos.
9. Valoración de sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto, por ejemplo, el principio de oportunidad.
10. Legitimación en causa activa para recurrir la decisión sobre el proceso.

•El menor víctima•

11. Ser asistidas por un abogado. A partir del juicio, su asistencia es obligatoria.
12. Recibir asistencia integral para su recuperación.
13. Ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete, de ser necesario.

3.2. Régimen especial

La regulación sobre la intervención de las víctimas se encuentra entre los Artículos 132 y 137.

La primera define lo que se entiende por víctimas y señala que, para efectos del Código, lo son “las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto”²³. Agrega la norma que dicha condición es independiente de lograr identificar, aprehender, enjuiciar o condenar al autor del injusto, sin que se pierda a causa de mantener una relación familiar con él.

3.3. Atención y protección inmediata

Es importante aclarar previamente los conceptos que conciernen a la protección y asistencia las víctimas, puesto que cada uno tiene un rango concreto de significación y efectos sobre sus alcances.

3.3.1. Protección

La protección consiste en la adopción de todas las medidas orientadas a contrarrestar los riesgos antijurídicos contra la vida e integridad física de las personas. Esos riesgos generan dos clases de medidas: las ordinarias y las extraordinarias²⁴.

.....
23 Esta definición fue adoptada durante la reunión de la Comisión Redactora Constitucional el 9 de mayo de 2003, consignada en el Acta 016. La definición inicialmente propuesta señalaba: “Se entiende por víctimas a las personas que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia de acciones u omisiones que violen la ley penal. Igualmente son víctimas los familiares o personas a cargo que tengan relación con la víctima directa y las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o prevenir la victimización. La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la relación familiar entre éste y la víctima”.

Si bien se trata de una definición fiel a la internacional consolidada por Naciones Unidas, la Comisión discutió en torno a la comprensión del concepto “persona” y, a fin de que no se presentaran inconvenientes, optó por incluir los términos “persona natural o jurídica y demás sujetos de derechos” (Osorio Isaza y Morales Marín, 2005).

24 Pueden verse las Sentencias C-288 de 2.002, T-815 de 2002, T-719 de 2003 y T-976 de 2003.

Sin embargo, se ha entendido que adicionalmente pueden existir otro tipo de medidas de protección de orden procesal.

La existencia de estas categorías se encuentra reconocida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia²⁵. Se dice que las medidas ordinarias son aquellas que, por su inmediatez, por no exigir acciones particularmente especializadas y por ser de las que cualquier persona puede llegar a necesitar, deben ser proveídas por las autoridades que por mandato legal están encargadas de prestar protección a cualquier persona, independientemente de su condición, cargo o actividad (Ortiz Ricaurte, 2004a).

Estas medidas operan frente a riesgos no catalogados, esto es, peligros antijurídicos que no reclaman acciones complejas para repelerlos, de manera que se ha concluido que son exigibles de instituciones como la Policía Nacional²⁶.

En cambio, las medidas extraordinarias se caracterizan porque comprometen acciones altamente calificadas de protección. Se requieren cuando el riesgo antijurídico tiene una alta probabilidad de acontecer y afectar gravemente la integridad física o la vida de las personas, suspender sus actividades o incidir decididamente en su desarrollo. Las medidas extraordinarias son aquellas que superan las posibilidades reales de las ordinarias para sustraer del riesgo a la persona comprometida, de modo que van más allá de las acciones normales que aplican las autoridades para repeler las acciones de riesgo.

Entre las medidas extraordinarias pueden mencionarse el cambio de identidad, la modificación alternativa de residencia y el traslado administrativo, entre otras, las cuales frecuentemente reclaman decisiones que afectan competencias múltiples y conllevan, por sí mismas, efectos que alteran significativamente la vida de la persona que se encuentra en riesgo (Ortiz Ricaurte, 2004b).

En tercer lugar, las medidas procesales de protección son aquellas dirigidas a impedir que el proceso mismo ponga en riesgo a la víctima o que produzca efectos indeseables contra ella. Puede pensarse, por ejemplo, en lo que sería someter a interrogatorio a una persona que ha sufrido un ataque sexual sin consideración

.....
25 Si bien los dos tipos de medidas son susceptibles de definición e identificación, la calificación de una situación específica como de riesgo ordinario o extraordinario compete a la autoridad destacada para hacer la respectiva evaluación.

26 Al respecto pueden consultarse los trabajos preparatorios correspondientes al proyecto de ley sobre protección a víctimas, fiscales, jueces, defensores y otros intervinientes en procesos penales, arriba referido (Ortiz Ricaurte, 2006).

•El menor víctima•

por su especial situación o lo que sería permitir que a un niño se le interrogue como si fuera un adulto.

3.3.2. Asistencia

Son medidas asistenciales todas aquellas que se precisan para restablecer los derechos personales afectados, como la salud física y mental o sostener un estado de ejercicio de esos mismos derechos, por ejemplo, la asistencia alimentaria o médica que toda persona precisa para el mantenimiento de su vida.

3.4. Competencia

Las medidas de protección y asistencia de las víctimas son exigibles a la Fiscalía General de la Nación, conforme indica el Artículo 133 de la Ley 906 de 2004. Se encuentran extendidas a la familia de la víctima y comprenden las que resulten necesarias para su protección frente a toda publicidad que implique un ataque indebido a su vida privada o dignidad.

El tipo de medida a adoptarse es algo que debe decidir la Oficina de protección a víctimas y testigos de la Fiscalía General de la Nación; sin embargo, la misma norma contenida en el Artículo 133 plantea que no puede, con el pretexto de la protección, adoptar medidas que conlleven disminuir los derechos procesales del imputado ni el proceso justo e imparcial.

Con fundamento en el Artículo 134 de la Ley 906 se ha entendido que las medidas ordinarias de protección pueden ser ordenadas por el juez de control de garantías, dirigidas a las entidades del Estado que se encuentren en condiciones de proveerla, por ejemplo, la Policía Nacional.

Por esta razón, tanto el fiscal como la víctima misma o su representante pueden requerir al juez de control de garantías que ordene la práctica de dichas medidas.

Es de anotar que, si bien las medidas de protección y asistencia a las víctimas y sus familiares debe proveerlas la Fiscalía General de la Nación, existen medidas procesales de protección, cuya adopción no depende del fiscal, sino del juez de conocimiento. Por esta razón, el Artículo 342 de la Ley 906 de 2004 señala que, una vez formulada la acusación, el fiscal podrá requerir al juez de conocimiento la adopción de las siguientes medidas:

1. Que para los efectos de las citaciones y notificaciones se fije como domicilio la sede de la Fiscalía, que las hará llegar reservadamente al destinatario.
2. Que se adopten las medidas necesarias tendientes a ofrecer eficaz protección a víctimas y testigos para conjurar posibles reacciones contra ellos o su familia, originadas en el cumplimiento de su deber testifical.

Agregamos que, conforme al Artículo 137, se previó como medida adicional que el juez de conocimiento suprima la publicidad de la audiencia y la celebre a puerta cerrada.

3.5. Garantía de comunicación y derecho de información

Como se ha podido apreciar, la Ley 906 de 2004 provee a las víctimas una serie de derechos, cuyo ejercicio no es posible si las personas que sufrieron los daños ignoran que pueden ejercerlos o si no reciben información oportuna y adecuada sobre el proceso.

Es por ello que el Artículo 135 obliga al fiscal encargado del caso a comunicar a las personas que llenan la definición legal de víctimas acerca de los derechos que los asisten respecto al hecho que se investiga, al proceso y a las personas que son objeto de investigación.

Por su parte, el Artículo 136 señala el tipo de información procesal y extra-procesal que debe proveer el fiscal o la Policía Judicial a las personas víctimas. Ese tipo de información está referido a los siguientes aspectos:

1. Organizaciones a las que puede dirigirse para obtener apoyo.
2. El tipo de apoyo o de servicios que puede recibir.
3. El lugar y el modo de presentar una denuncia o una querrela.
4. Las actuaciones subsiguientes a la denuncia y su papel respecto a aquellas.
5. El modo y las condiciones para pedir protección.
6. Las condiciones en que puede acceder de modo gratuito a asesoría o asistencia jurídica, asistencia o asesoría psicológica u otro tipo de asesoría.
7. Los requisitos para acceder a una indemnización.
8. Los mecanismos de defensa que puede utilizar.

•El menor víctima•

9. El trámite dado a su denuncia o querrela.
10. Los elementos pertinentes que, en caso de acusación o preclusión, le permitan seguir el desarrollo de la actuación.
11. La posibilidad de dar aplicación al principio de oportunidad y a ser escuchada tanto por la Fiscalía como por el juez de control de garantías, cuando haya lugar a ello.
12. La fecha y el lugar del juicio oral.
13. El derecho que le asiste a promover el incidente de reparación integral.
14. La fecha en la que tendrá lugar la audiencia de dosificación de la pena y sentencia.
15. La sentencia del juez.
16. Sobre la puesta en libertad de la persona inculpada cuando ello le represente un riesgo.

3.6. Derechos de postulación de las víctimas

Como lo han admitido la legislación internacional, la nacional y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las víctimas tienen tres órdenes esenciales de postulación, es decir, tres clases de pretensiones que legitimarían su intervención: los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación (Alastuey Dobón, 2000).

Conforme a la Sentencia C-370 de 2006, en concordancia con la Sentencia C-228 de 2002, cualquiera de estas pretensiones puede ejercerse separada o conjuntamente durante cualquier etapa de la actuación penal.

3.6.1. Derecho a la justicia

En cuanto se refiere a la víctimas, de acuerdo con la Ley 975 de 2005, consiste en que el Estado les asegure el acceso a los recursos eficaces “que reparen el daño infligido, y tomar todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones”²⁷.

.....
27 “Artículo 6. Derecho a la justicia. De acuerdo con las disposiciones legales vigentes, el Estado tiene el deber de realizar una investigación efectiva que conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por delitos cometidos por los miembros de grupos armados al margen de la ley; asegurar a las víctimas de esas

3.6.2. Derecho a la verdad

El derecho a la verdad consiste en conocer lo sucedido respecto a los delitos a causa de los cuales sufrieron algún tipo de daño, esto es, la acción que lo produjo, el autor o los autores y sus cómplices, los móviles y cualquier otra circunstancia aneja, como el paradero de las víctimas de secuestro o desaparición forzada. De la misma forma, en virtud de la pretensión que asiste a las víctimas al establecimiento de la verdad, las investigaciones deben orientarse a demostrar lo que en realidad les sucedió y a que se informe “lo pertinente” a sus familiares, según la Ley 975 de 2005²⁸.

Incluso se permite acudir a mecanismo no judiciales para indagar en el futuro procesos de reconstrucción de la verdad.

3.6.3. Derecho a la reparación²⁹

En tercer lugar los asiste la pretensión de reparación. Esta es la pretensión tradicional y hunde sus raíces en épocas tan remotas que no ha sido posible establecerlo, aun cuando se piensa que procedería del siglo III a. C., por medio de la llamada *Lex Aquilia*.

conductas el acceso a recursos eficaces que reparen el daño infligido, y tomar todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones.

Las autoridades públicas que intervengan en los procesos que se tramiten con fundamento en la presente ley deberán atender, primordialmente, el deber de que trata este artículo”.

28 “Artículo 7. Derecho a la verdad. La sociedad, y en especial las víctimas, tienen el derecho inalienable, pleno y efectivo de conocer la verdad sobre los delitos cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley, y sobre el paradero de las víctimas de secuestro y desaparición forzada.

Las investigaciones y procesos judiciales a los que se aplique la presente ley deben promover la investigación de lo sucedido a las víctimas de esas conductas e informar a sus familiares lo pertinente.

Los procesos judiciales que se adelanten a partir de la vigencia de la presente ley no impedirán que en el futuro puedan aplicarse otros mecanismos no judiciales de reconstrucción de la verdad” (Artículo declarado exequible mediante Sentencia 575 de 2006, comunicada, pero aún no publicada).

29 Acerca de la reparación, un referente legal importante está constituido por la Ley 975 de 2005, conforme con la cual la reparación es el derecho que asiste a las víctimas a la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y a las garantías de no repetición de las conductas. Esta Ley clasifica la reparación en tres modalidades: individual, colectiva y simbólica.

Con respecto a la reparación individual, contempló la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción o compensación moral, las garantías de no repetición y la reparación simbólica.

•El menor víctima•

La reparación provoca el restablecimiento del derecho cuando ello es posible o un sustituto pecuniario que refleje la magnitud del daño³⁰.

3.7. Intervención de las víctimas

Luego de precisar el concepto legal de víctima, sus derechos, garantías, las medidas de protección y asistencia, las autoridades competentes para solicitarlas, ordenarlas y aplicarlas y los derechos de postulación que los asiste, es preciso señalar cómo puede intervenir una persona dentro del proceso penal en calidad de víctima.

3.7.1. Facultades generales de las víctimas

Lo primero que cabe recordar es que las víctimas son intervinientes y no partes del proceso. En términos generales, por partes se entienden todos aquellos que pueden ejercer el derecho de postulación, esto es, investigar y recaudar evidencia, presentarla en el juicio oral, formular pretensiones concretas sobre la forma como debe resolverse el litigio, impugnar las decisiones, demandar nulidades, etcétera. Mientras, los meramente intervinientes tienen algunos de esos derechos, pero no

Precisó cada uno de estos derechos al definir la "restitución" como el retorno de la víctima a la situación anterior a la comisión del delito (Artículo 46; respecto a esta norma, la Corte se inhibió de conocer el cargo mediante Sentencia C-370 de 2006). La "indemnización", como la compensación de los perjuicios causados por el delito, con base en lo cual el Artículo 11, numeral 11.5 señala como requisitos para la elegibilidad de la desmovilización, la entrega de bienes producto de la actividad ilegal para que se repare a la víctima. La expresión "cuando se disponga de ellos" fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-370 de 2006. La "rehabilitación" fue definida como la recuperación de las víctimas de sus traumas físicos y psicológicos (Artículo 47, condicionalmente declarado executable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-370 de 2006). La "satisfacción o compensación moral" fue especificada en el restablecimiento de la dignidad de la víctima y la difusión de la verdad de lo ocurrido (Artículo 48, condicionalmente declarado executable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-370 de 2006).

Las "garantías de no repetición" comprenden medidas como la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley (Artículo 48, condicionalmente declarado executable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-370 de 2006).

El Artículo 8 agrega una definición de "reparación simbólica", esto es, toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas.

En cuanto a la reparación colectiva, la Ley señala que está orientada a la reconstrucción psicosocial de las poblaciones afectadas por la violencia, especialmente para las comunidades afectadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática (Artículo 49).

30 La literatura especializada al respecto es abundante. Puede verse Sainz Cantero (1997).

todos; por ejemplo, el Ministerio Público que, si bien puede impugnar e incluso solicitar una sentencia de condena o de absolución, no está facultado para investigar ni acopiar evidencia (Vargas, 2006).

La condición de víctima en el esquema procesal de la Ley 906 de 2004 le impartía condición de interviniente, a causa de que sus intereses se harían por medio del abogado del Estado, es decir, del fiscal. No obstante, le concedía algunas prerrogativas como actuar mediante un apoderado, que podía ser designado de oficio y plantearle al tiempo unas limitaciones como no poder practicar pruebas, situación que corroboraba que se trataba de un interviniente, pero no de una parte.

Pese a ello, en algunas sentencias la Corte Constitucional ha potenciado los derechos de las víctimas y les ha otorgado derechos como el poder aportar pruebas e intervenir en su práctica³¹. En consecuencia, podría concluirse que las víctimas son parte dentro del proceso, pero la misma Corporación es del parecer de que las víctimas no podrían plantear teorías del caso paralelas a las del fiscal, situación que controvierte su condición de parte.

A partir de las disposiciones vigentes, así como de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, puede concretarse la intervención de las víctimas en el proceso conforme a las siguientes reglas generales:

1. Pueden intervenir en cualquier etapa del proceso y a partir de cualquier etapa del mismo. No están obligadas a hacerlo desde un principio y el que intervengan en un momento posterior al inicio no controvierte su legitimidad ni la legalidad del procedimiento.
2. Tienen derecho a las medidas de protección ordinarias y extraordinarias necesarias; por consiguiente, pueden solicitarlas a la Fiscalía o al juez de garantías o de conocimiento, según el momento procesal en el que se encuentre. Es importante reiterar que eso no significa que pueda decidir el tipo de medidas que demanda su situación.
3. Las personas víctimas pueden ser interrogadas durante las indagaciones, las investigaciones o el juicio oral e incluso, de ser necesario, para justificar una medida de aseguramiento o durante audiencias preliminares. Si ello ocurre, tienen derecho a que su situación particular,

31 Puede verse la Sentencia 209 de 2007.

•El menor víctima•

sus derechos y su dignidad condicionen la forma y el contenido de los interrogatorios.

4. Por cuanto los intereses de las víctimas son representados por el abogado del Estado, es decir, el fiscal, no tienen que actuar mediante un apoderado. Sin embargo, la ley consideró que si quieren designar un abogado, pueden hacerlo desde cualquier momento procesal. En todo caso, una vez alcanzada la etapa del juicio, específicamente a partir de la audiencia preparatoria, para poder seguir interviniendo tienen que estar asistidas de un procurador judicial, que puede ser abogado particular, estudiante practicante de un consultorio jurídico, un abogado de oficio o un defensor público³². La única limitación sobre el particular es que si hay más de una víctima, no podrán intervenir sino hasta dos abogados que los representen y, de no haber acuerdo, el fiscal será quien establezca lo más conveniente.

3.7.2. Facultades de las víctimas durante el juicio

Conforme al esquema procesal de la Ley 906 de 2004, el juicio es la etapa procesal que sucede a la investigación. Inicia con la formulación del escrito de acusación por parte del fiscal, con base en lo cual el juez de conocimiento realiza la audiencia de acusación, durante la cual se da traslado formal del escrito, se formula la acusación y el fiscal descubre a la defensa las pruebas que tiene. Cumplido este acto procesal, se cita y realiza la audiencia preparatoria del juicio oral, en donde la defensa se pronuncia acerca del descubrimiento hecho por la Fiscalía, descubre sus pruebas y se determinan las que cada una de las partes hará valer durante el juicio oral. Asimismo, se establece el orden en el que serán presentadas; de ahí que puedan excluirse las que resulten ilegales o impertinentes al caso que se juzga. Finalmente, se celebra la audiencia de juicio oral, durante la cual las partes exponen sus teorías del caso, se despliega la actividad probatoria, consistente en la prácticas de la pruebas, posteriormente se presentan los alegatos de conclusión y el juez expone el sentido del fallo. Finalmente, cita a audiencia de lectura del fallo.

.....
³² Puede verse la Sentencia C-370 de 2006.

Para efectos de esclarecer las facultades de las víctimas, se van a determinar en cada una de estas etapas procesales.

3.7.3. Facultades durante la audiencia de acusación

La audiencia de acusación se encuentra regulada en los Artículos 338 a 347 de la Ley 906 de 2004. Dichas disposiciones hacen algunas referencias a la intervención de las víctimas; sin embargo, fue la Corte Constitucional, en Sentencia C-209 de 2007, la que vino a precisar el alcance de dichas facultades. Con base en las normas y la jurisprudencia, pueden concretarse las siguientes facultades de las víctimas:

1. Corresponde al juez de conocimiento determinar la calidad de víctima de las personas que fueron presentadas como tales por el fiscal. Ese reconocimiento se realiza en la audiencia de formulación de acusación, acto en el cual también se procederá a reconocer al representante legal en caso de que se constituya.
2. En el evento de existir un número plural de víctimas, el juez podrá determinar igual número de representantes al de defensores para que intervengan en el transcurso del juicio oral³³.
3. Durante la audiencia de acusación, el juez deberá conceder la palabra a las víctimas con las mismas potestades reconocidas al fiscal, al Ministerio Público y a la defensa, para que expresen causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades o planteen observaciones al escrito de acusación, a fin de que el fiscal lo aclare, complemente o corrija. Además, pueden solicitar medidas especiales de protección al juez de conocimiento.
4. Tienen derecho a participar en el descubrimiento de elementos materiales probatorios y evidencia que pueda presentar la defensa.

3.7.4. Facultades durante la audiencia preparatoria

Si bien las normas de la Ley 906 de 2004 relacionadas con la audiencia preparatoria (Artículos 355 a 365) no hacen referencia alguna a las víctimas, varias de sus disposiciones fueron declaradas condicionalmente exequibles en la sentencia

.....
³³ Puede verse el Artículo 340 de la Ley 906 de 2004.

•El menor víctima•

209 de 2007 y la condición fue que se interpretara que las víctimas estaban asistidas de los derechos procesales reconocidos en disposiciones precedentes. De tal manera, podemos señalar cuáles son los fundamentos generales de la intervención de las víctimas durante esta etapa procesal.

Tienen derecho a que la defensa les descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física.

1. Pueden requerir la exclusión, el rechazo o la inadmisión de medios de prueba de la defensa.
2. En el evento de estar asistidas del interés de presentar pruebas, deberán enunciar las que harán valer durante la audiencia de juicio oral.
3. Pueden solicitar la práctica de pruebas durante el juicio oral, de manera que tendrán que descubrirlas en ese mismo acto.

3.7.5. Facultades durante el juicio oral

El juicio oral, público y concentrado previsto en las disposiciones de la Ley 906 de 2004, entre los Artículos 366 y 454, no tiene mayores referencias a la intervención de las víctimas y se limita a concederles el uso de la palabra durante los alegatos de conclusión, así como al momento de individualizar la pena. Ello se debe a que el juicio corresponde a un esquema de procesamiento acusatorio y, particularmente, adversarial, en el que los llamados a intervenir son las partes y ellas son la defensa y la Fiscalía. Sin embargo, en la Sentencia C-209 de 2007, la Corte Constitucional condicionó la exequibilidad de algunas disposiciones a que se garantizara el derecho de intervención de las víctimas. En todo caso, advirtió que por este hecho la víctima no adquiere la condición de parte y, por consiguiente, no se encuentran autorizadas para formular teorías del caso paralelas a las del fiscal.

Con estas observaciones pueden concretarse las siguientes facultades de las víctimas durante el juicio oral:

1. Pueden intervenir en la práctica de las pruebas, tanto de las propias como las de la defensa y las del fiscal.
2. Pueden controvertir los medios de prueba, como elementos materiales probatorios y las evidencias.

3. Tienen derecho a presentar alegatos de conclusión después de la intervención del fiscal.
4. Pueden solicitar la apertura del incidente de reparación integral.

3.8. Incidente de reparación integral

Las víctimas podrán formular ante el juez de conocimiento el incidente de reparación integral una vez establecida la responsabilidad penal del imputado, a fin de realizar cualquiera de sus pretensiones. Existen las siguientes condiciones para su ejercicio:

1. Que haya concluido el juicio oral con anunciación del fallo condenatorio.
2. Que la víctima haya sido reconocida como tal y tenga un abogado admitido como representante judicial (Artículos 102 a 106 de la Ley 906 de 2004).
3. Que tenga legitimidad en causa activa, es decir, que lo enerve la víctima, el fiscal o el Ministerio Público a instancia de ella (Artículo 132 de la Ley 906 de 2004).

Conforme se ha podido advertir, acerca de las pretensiones, las víctimas se encuentran asistidas de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. Sin embargo, cuando únicamente los asiste este último derecho, deben acreditar el ser víctimas directas, sus herederos, sucesores o causahabientes; los restantes, es decir, las llamadas víctimas *per saltum*, tendrán que adelantar la acción aquiliana ante la jurisdicción civil³⁴.

3.8.1. Trámite del incidente

La solicitud debe ser formulada una vez se haya pronunciado el sentido del fallo de sentido condenatorio y, a más tardar, dentro de los treinta días siguientes; de lo contrario, caduca la acción.

Formulada la solicitud, el juez de conocimiento debe citar a la primera audiencia pública dentro de los ocho días siguientes.

.....
34 Sentencias C-760 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-288 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; C-775 de 2003, M. P. Jaime Araujo Rentería; C-591 de 2005 M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

•El menor víctima•

- a. Primera audiencia:
 - Se formula la pretensión de reparación integral y se señalan las pruebas en las que se fundamenta.
 - Se verifica legitimación del actor.
 - Se pronuncia el juez sobre la admisión.
 - Se concede una oportunidad de conciliación.
 - A falta de acuerdo, se fija fecha para audiencia.
- b. Segunda audiencia:
 - El juez invita a conciliar.
 - El demandado ofrece sus pruebas.
 - Práctica de pruebas y presentación de alegaciones.
 - Pronunciamiento de la decisión.
- c. Aspectos varios:
 - En caso de ausencia de los incidentalistas: si no se presenta el promotor del incidente, se presume que desiste de la pretensión. Si quien se ausenta es el demandado, se resuelve en ausencia suya.
 - Tercerías. El tercero civilmente responsable puede ser citado al incidente, pero se le debe garantizar su pleno ejercicio del derecho de defensa, particularmente, su derecho de contradicción durante la práctica de pruebas³⁵.
 - Citación del asegurador. Podrá ser requerida su citación por la víctima, el condenado, su defensor o el tercero civilmente responsable para efectos exclusivos de intervenir en la conciliación que puedan celebrar la víctima y el procesado.

.....
35 Puede verse la Sentencia C-425 de 2006.

PROCEDIMIENTOS ESPECIALES CONSIDERADOS EN LA LEY 1098 DE 2006

En términos generales y de conformidad con el Artículo 144 de la Ley 1098 de 2006, el procedimiento penal aplicable es el contemplado en la Ley 906 de 2004. Sin embargo, entre los Artículos 192 y 200 de la Ley 1098 se regularon los procedimientos especiales cuando niños, niñas o adolescentes son víctimas de delitos y se constituyeron normas especiales y de aplicación prevalente, de manera que complementan la ya vistas de la Ley 906.

Conforme al Artículo 192 de la Ley 1098, en los procesos en los que la víctima resulte ser un niño, una niña o un adolescente, se obliga a observar los principios de interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos previstos en la ley internacional, la Constitución y la ley nacional.

Es preciso reiterar que estos procedimientos especiales, al igual que la legislación en materia de menores, parte de la normativa internacional que, en materia de menores víctimas, está constituida en general por la Convención sobre los derechos del niño y, en particular, por:

1. El Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, suscrito en 2002.

2. Las Directrices de las Naciones Unidas sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos del delito, de 2005.
3. Informe de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños, de 2006.

De ahí que constituyan la fuente de consulta esencial para el desarrollo de los procedimientos que se desarrollan a continuación.

1. Criterios que desarrollan los principios

Según Alexy, los principios son normas de optimización, es decir, aquellas cuya observancia provee las bases para aplicar las instituciones constitucionales, al articularlas con las normas ordinarias.

Con similar criterio, en cuanto a procedimientos especiales, la Ley 1098 dio inicio señalando los principios y, en segundo lugar, construyó unos criterios que deben observar las autoridades judiciales, es decir, los operadores de la Rama Judicial en desarrollo de las actuaciones relacionadas con delitos en los que hayan sido víctimas niños, niñas o adolescentes, para hacer posibles dichos principios. Los criterios considerados en la Ley son los siguientes:

1.1. Prioridad

Particularmente cuando las víctimas son niños, pero los delitos son cometidos por adultos, no existen alteraciones de la competencia ordinaria de los funcionarios judiciales como los fiscales o los jueces penales, conforme a las atribuciones previstas en la Ley 906 de 2004. Esto conlleva la coexistencia de actuaciones, sean ellas procesales o preprocesales, en donde se reconozca la existencia de víctimas mayores de edad, víctimas menores de edad, y casos en que se presentan los dos simultáneamente.

Este criterio informa que, en esos eventos, el funcionario judicial tiene la obligación de ocuparse prioritariamente de las actuaciones procesales, sean las que fueren, en los que se haya reconocido la existencia de niños, niñas o adolescentes víctimas.

Por funcionario judicial se entienden todos lo que intervengan en las actuaciones, es decir, desde los fiscales hasta los jueces, incluso los de Policía Judicial, así como los demás que formen parte de sus despachos y se extiende a entidades

•Procedimientos especiales considerados en la ley 1098 de 2006.

como Medicina Legal, puesto que los peritos e investigadores quedaron comprendidos en la designación general.

1.2. Representación

De conformidad con la ley civil, la edad es fuente de inimputabilidad, de manera que el ser niño, niña o adolescente conlleva que la persona debe tener un representante legal o judicialmente reconocido. Este criterio informa que, cuando se reconozca la existencia de niños, niñas o adolescentes víctimas, es obligatorio que el funcionario judicial cite a sus padres o, a falta de ellos, a sus representantes legales y, a falta de los anteriores, a las personas con quienes convivan, para que los asistan en la reclamación de sus derechos.

La única excepción admitida es que estas personas hayan sido señaladas como los agresores, pero siempre que ello haya sucedido o que la víctima carezca temporal o definitivamente de padres o representantes legales, es obligatorio informar inmediatamente a la Comisaría de Familia, la cual debe proceder a adoptar las medidas de verificación de la garantía de los derechos de las víctimas y del restablecimiento.

1.3. Especial atención

Señala la norma que, en el evento en que las víctimas sean niños, niñas o adolescentes, el funcionario judicial debe otorgar especial importancia a alcanzar la finalidad procesal de sancionar tanto penal como civilmente a los responsables, sea cual fuere la condición particular que tengan respecto a los hechos objeto del proceso, es decir, autor, determinador, cómplice o interviniente en general. De esa manera, la actividad de búsqueda de evidencia, elementos materiales probatorios, medios de prueba en general, así como principios como el de imparcialidad, contemplado en el Artículo 5 de la Ley 906 de 2004, son particularmente significativos cuando se trata de víctimas menores.

1.4. Oficiosidad

De conformidad con el Artículo 92 de la Ley 906 de 2004, las medidas cautelares sobre bienes serán ordenadas por el juez de control de garantías, previa petición del fiscal o de las víctimas directas. Agrega la misma norma un párrafo conforme con el cual:

En los procesos en los que sean víctimas los menores de edad o los incapaces, el Ministerio Público podrá solicitar el embargo y secuestro de los bienes del imputado en las mismas condiciones señaladas en este artículo, salvo la obligación de prestar caución.

Esta disposición fue declarada exequible mediante Sentencia C-210 de 2007.

Sin embargo, el numeral 4 del Artículo 193 de la Ley 1098 de 2006 la modifica sustancialmente, al incluir la posibilidad de ordenar oficiosamente las medidas. Adicionalmente, facultó a los niños, las niñas y adolescentes víctimas, a sus padres, sus representantes legales y al defensor de Familia para requerir al juez las mismas medidas.

Por otro lado, excluyó la obligación de prestar caución, de manera que siempre que las medidas surjan en procesos en los que se haya reconocido como víctimas a niños, niñas o adolescentes no se condicionan la viabilidad y el sostenimiento de las medidas cautelares al pago de dicha caución.

Dentro del criterio de la oficiosidad debe mencionarse igualmente que del Artículo 197 de la Ley 1098 de 2006 surge la obligación para el funcionario judicial de ordenar el incidente de reparación integral, cuando no lo han promovido el representante legal ni el defensor de Familia, de donde se concluye que es obligatorio siempre que en el proceso se haya admitido que un niño, una niña o un adolescente ha sido víctima dentro de los hechos investigados.

1.5. Indemnidad de los derechos y condición de procedencia del principio de oportunidad

De conformidad con los numerales 5 y 6 del Artículo 193 de la Ley 1098, en los procesos que concluyan por conciliación, desistimiento o indemnización integral se observará especial cuidado para que no se afecten los derechos de las víctimas niños, niñas o adolescentes. Evidentemente, se procura que cuando opere este tipo de salidas alternas, es decir, formas extraordinarias de conclusión del proceso penal, las cuales conllevan una decisión favorable al procesado, tal situación no puede constituir un método de evasión de la responsabilidad con las víctimas.

En cuanto a conciliación y desistimiento, no parece haber mayores dificultades, puesto que están los dos institutos predicados de delitos querellables, así que, alcanzado el acuerdo o tras haberse desistido válidamente de la pretensión, sucede el archivo de las diligencias o la preclusión, si el suceso acontece durante la investigación o con posterioridad a la presentación del escrito de acusación.

•Procedimientos especiales considerados en la ley 1098 de 2006.

En cambio, la figura de la indemnización integral no produce autónomamente efectos conclusivos respecto al proceso; más específicamente, no opera una forma anticipada de terminación del proceso. La indemnización integral es constitutiva de una causal que legitima el ejercicio del principio de oportunidad, al tratarse de delito cuya pena máxima no supera los seis años de prisión y al Estado no le interesa objetivamente la persecución, esto es, la causal primera del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004. Asimismo, es condición para la suspensión del procedimiento a prueba, lo que da lugar a la aplicación del mismo principio; sin embargo, tal evento se encuentra considerado en el numeral 8 del mismo Artículo y su aplicación ha sido restringida conforme al numeral 3 del Artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

Asimismo, es preciso considerar que cuando el delito no es querellable y se alcanza un acuerdo constitutivo de conciliación, podría dar lugar a la suspensión del procedimiento a prueba, en ejercicio del principio de oportunidad, caso en el cual seguirá el procedimiento correspondiente y debe estimarse la misma restricción del Artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

Lo cierto es que para que opere la aplicación del principio de oportunidad en los procesos donde haya niños, niñas o adolescentes víctimas, la procedencia de tal principio se condicionó a que hayan sido indemnizados. Por consiguiente, no existe incoherencia entre las dos disposiciones.

1.6. Condicionalidad del subrogado de la condena de ejecución condicional

De la misma forma, la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional se condiciona a que los niños, las niñas o los adolescentes reconocidos como víctimas hayan sido previamente indemnizados. Es de observar que aun cuando la norma no califica el tipo de indemnización, se entiende que la misma debe ser integral, puesto que así lo informan principios como la integridad de los derechos de los niños.

1.7. Limitaciones a la intervención

En los eventos en que resulte necesaria la intervención de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas del delito, deben observarse los siguientes lineamientos que limitan la forma como opera su participación en las diligencias:

- a. La opinión del niño. Significa que siempre deberán ser escuchados.
- b. Condición de niños. El tratamiento no puede ser igual al de un adulto. Por el carácter adversarial del proceso, desata un cierto grado de contingencia y de agresividad de las partes, principalmente durante los contra-interrogatorios, de manera que, en el evento considerado, los niños tienen el amparo de todas las especiales consideraciones que se justifican por su condición tanto de niños como de víctimas.
- c. Dignidad. Conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los niños, las niñas y los adolescentes son acreedores de todos los merecimientos que su condición humana demanda, de modo que el proceso no se erige en un mecanismo de mancillamiento de su dignidad.
- d. Intimidad. Ni el proceso ni las diligencias judiciales facultan el desconocimiento de la intimidad de los niños, lo que significa que, en el evento de tener que ingresar en aspectos privados de su vida, deberán ser consultados tanto ellos como sus representantes y las autoridades deberán abstenerse de hacerlo, salvo que resulte completamente necesario para el establecimiento de la verdad y para alcanzar la justicia.
- e. Prohibición de estigmatización. En el evento en que el hecho a partir del cual fueron victimizados, generen tipificaciones sociales que afecten desfavorablemente la salud física o mental del niño, de la niña o del adolescente, los funcionarios se encuentran obligados a impedir que se genere dicho efecto, dentro y fuera del proceso.
- f. Suspensión de la generación de daños. El hecho de haber sido víctimas conlleva que los niños, las niñas o los adolescentes sufran algún tipo de daño a consecuencia de la acción criminal. El desarrollo del proceso genera desgastes de orden económico, psicológico y moral a las partes y podríamos sostener la misma conclusión de la víctima que, si bien no es parte, es un interviniente tan comprometido, que para estos efectos bien puede considerarse en igual renglón. Lo que ordena la norma es impedir que el proceso constituya una bola de nieve en cuanto a la generación de los daños, de manera que debe evitarse que las actuaciones procesales sigan incrementando los daños antijurídicos sufridos por las víctimas.

•Procedimientos especiales considerados en la ley 1098 de 2006.

1.8. Limitaciones a los reconocimientos médicos

La Ley 1089 de 2006 señala que siempre que deban practicarse reconocimientos médicos a niños, niñas o adolescentes víctimas del delito, su opinión deberá escucharse no solo por funcionarios, partes e intervinientes que tengan injerencia en la decisión, sino también por los profesionales de la salud encargados de hacer los reconocimientos, de manera que su consentimiento es necesario, porque es constitutivo de condición de legalidad de los procedimientos. De no ser posible su expresión, porque el niño, la niña o el adolescente se encuentra de cualquier forma impedido para hacerlo, el consentimiento debe ser requerido en primer lugar a sus padres y en segundo lugar a sus representantes legales o al defensor de Familia o a la Comisaría de Familia, en caso faltar aquellos. Si no se cuenta con ninguno de los anteriores, se consultará al personero o inspector de Familia.

Como quiera que el consentimiento puede ser negado, se les explicará tanto la importancia de realizar el procedimiento como las consecuencias de no hacerlo y, si persisten en la negativa, podrá acudir al juez de control de garantías para que decida de fondo si se practica o no el reconocimiento.

De cualquier forma, las medidas se aplicarán siempre y cuando resulten absolutamente necesarias y cuando no se produzca menoscabo a la salud de la víctima con el procedimiento médico.

1.9. Medidas especiales de protección

En principio, las medidas extraordinarias de protección, conforme a la clasificación que oportunamente se analizó, las ordena la entidad que las aplica. Sin embargo, cuando se trata de proteger niños, niñas o adolescentes víctimas de delitos o testigos de los mismos, podrán ser ordenadas por la autoridad judicial. Esto no conlleva que la autoridad judicial pueda determinar la medida; esto sigue siendo competencia exclusiva de las entidades especializadas en proveer este tipo de protección.

1.10. Información y orientación

La autoridad judicial tiene la obligación de informar a niños, niñas y adolescentes víctimas de los delitos, a sus padres, representantes y personas con quienes convivan, acerca de la finalidad del proceso y los resultados de las diligencias.

Por otra parte, tienen la obligación de orientarlos acerca de la manera como pueden hacer valer sus derechos.

Es importante destacar que, en uno y otro caso, deben proveerles datos objetivos, por cuanto la información tiene que ser fidedigna y la orientación implica que les indiquen el tipo de derechos que los asiste, así como la manera mediante la cual se pueden servir para lograr la realización de sus derechos. Lo cierto es que la autoridad judicial no puede comprometer su juicio acerca del resultado del litigio, puesto que puede generarse un asesoramiento ilegal y seguramente las condiciones de recusación legales que procedan de conformidad con la ley.

1.11. Prohibición de conceder la detención domiciliaria

Para aquellos eventos en los que el imputado resulte ser miembro del grupo familiar de la víctima, el numeral 11 del Artículo 193 de la Ley 1098 de 2006 señala que no podrá concederse la detención domiciliaria como sustituto de la detención preventiva, a favor del procesado afectado con la medida.

1.12. Acompañamiento especial

En el evento en que un niño, una niña o un adolescente, sea o no víctima de un delito, deba comparecer al proceso en calidad de testigo, siempre deberá estar acompañado de una autoridad especializada en tratamiento de menores o, en su defecto, por un psicólogo autorizado para recomendar la manera de formular las preguntas durante los interrogatorios o contrainterrogatorios, en el contexto de la Ley 1098 de 2006.

1.13. Autonomía

Siempre que haya lugar a la intervención en el proceso de un niño, una niña o un adolescente en calidad de víctima o de testigo, la autoridad judicial debe establecer que no lo hace bajo presiones o intimidaciones. Es importante señalar que no se trata de un control formal, pasivo ni residual, sino material, activo y primordial, dada la especial vulnerabilidad del niño, de la niña o del adolescente, de manera que este deber no se satisface con que el operador judicial interroge al menor acerca de si han existido presiones o amenazas, puesto que, de haberlas, lo más probable es que sea adiestrado para que las niegue.

2. Medidas especiales para el desarrollo de las audiencias

La Ley contempló tres medidas especiales de protección para los menores de 18 años que hayan sido víctimas de delitos en las cuales hayan de intervenir. Algunas de esas medidas son obligatorias, mientras una se consideró como excepcional.

2.1. Medidas obligatorias

Estas medidas no son discutibles, lo que significa que no dependen del parecer de la autoridad judicial, sino que deben observarse como condición de legalidad de la diligencia.

- a. En ningún caso podrá exponerse al menor frente a su agresor. Evidentemente, la redacción de la norma no parece afortunada, puesto que, si bien no existe un concepto jurídico de lo que debe entenderse por “agresor”, se sugiere que se trata del responsable de la acción típica que afectó algún bien jurídico del menor. Mas al considerar que las audiencias se verifican con anterioridad a la sentencia de mérito y que, conforme al Artículo 29 de la Constitución, la sentencia condenatoria es una condición indispensable para desvirtuar la presunción de inocencia, habría sido más correspondiente al ideal de protección utilizar la expresión “imputado” o “procesado”. Lo cierto es que, en los términos en los que fue redactada la norma, se entiende que cualquier persona que pueda haber agredido al menor no puede ser careada con él.
- b. Utilización de medios tecnológicos. A fin de evitar que exista confrontación entre la víctima y su agresor, la diligencia debe realizarse valiéndose de cualquier medio tecnológico que permita realizarla adecuadamente, es decir, con observación de los derechos y las garantías de las partes—como el derecho de contradicción— y pueda consignarse el registro en un soporte que permita la verificación.
- c. Asistencia especializada. Durante toda la diligencia, el menor tiene que estar acompañado de un profesional especializado en tratamiento de menores, quien dará las indicaciones pertinentes para realizar el interrogatorio y el contrainterrogatorio, de forma que resulte comprensibles para el menor.

2.2. Medidas discrecionales

Debido a que por disposición contemplada en el Artículo 144 de la Ley 1098 de 2006 se aplican las disposiciones de la Ley 906 de 2004, conforme con la cual el proceso se despliega mediante audiencias públicas, cuando se actúa respecto a casos en los que ha habido víctimas menores de 18 años, el juez puede impedir el acceso al público, siempre que ello redunde en beneficio de los intereses del menor.

De cualquier forma, esta prerrogativa que, si bien no es caprichosa, tampoco es obligatoria, implica que deben asistir las partes, la autoridad judicial, el defensor de Familia, los organismos de control y el personal científico de apoyo al niño, a la niña o al adolescente.

El hecho de haber mencionado apenas una medida de carácter eventual no implica que sea la única. La verdad es que, consecuente con los privilegios concedidos constitucionalmente a los intereses de los menores y con la prevalencia de sus derechos, el juez puede adoptar cualquier otra medida que, de acuerdo con los principios enunciados, permitan realizarlos, siempre que por esta vía no se conculque la legalidad del procedimiento.

2.3. Intervención de los asistentes del menor

Si bien el menor se encuentra asistido por varias personas, instituciones, profesionales especializados, dos de esos asistentes tienen funciones particulares cuyo cumplimiento grava su responsabilidad. Se trata del defensor de Familia y del representante legal del menor.

2.3.1. Defensor de Familia

Para efectos exclusivos de los procesos penales en los que haya sido reconocido un niño, una niña o un adolescente como víctima de los hechos que se investigan, este funcionario fue autorizado para solicitar información, incluso la reservada, relacionada con el desarrollo de las investigaciones. Sin embargo, por ser tan limitadas sus facultades, no puede concluirse que se lo haya convertido en una parte o un interviniente del proceso, puesto que la única facultad que lo asiste es la de solicitar información y verificar si se ha dado cumplimiento a la garantía de los derechos de los menores. Como tal, se encuentra facultado para recibir y, por consiguiente, exigir toda la información que requiera acerca del desarrollo de

•Procedimientos especiales considerados en la ley 1098 de 2006.

la investigación. Esta facultad se justifica en el hecho de poder tomar las medidas de verificación sobre el cumplimiento de las garantías de los derechos del menor y, asimismo, que se dé cumplimiento al restablecimiento de sus derechos.

Obsérvese que, conforme al Artículo 195 de la Ley 1098 de 2006, estas facultades se contraen al exigir información sobre las investigaciones, no así con respecto al juicio. Sin embargo, no parece una conclusión definitiva, si se considera que el juez de conocimiento es quien va adoptar decisiones definitivas respecto a la responsabilidad de los procesados, así como a las pretensiones de las víctimas; luego, el hecho de poder requerir información acerca del desarrollo de las investigaciones no conlleva que se encuentre vedado para acceder a dicha información durante la etapa del juicio, si de proteger los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas se trata.

De cualquier forma, se encuentra facultado para promover el incidente de reparación integral y, de una interpretación sistemática de la norma contenida en el Artículo 197 de la Ley 1098 de 2006, surge que es obligatorio promoverlo cuando nadie más lo haya hecho.

2.3.2 Representante legal

Por disposición expresa del Artículo 196 de la Ley 1098 de 2006, el representante legal de los menores víctimas de delitos imputados a adultos fue erigido en interviniente de los procesos en los que se investiguen y juzguen adultos que hayan victimizado a niños, niñas o adolescentes. Disponen de todas la facultades atribuidas a las víctimas tanto en la Ley 906 de 2004 como en la 1098 de 2006 e incluso puede promover el incidente de reparación integral.

Es derecho legalmente reconocido que las víctimas dispongan de un abogado que represente sus intereses durante el juicio y el incidente de reparación integral, el cual puede ser designado por la Defensoría del Pueblo aun sin el aval de los padres del menor. Esto significa que necesariamente el niño, la niña o el adolescente tiene que ser representado por un procurador judicial, el cual puede dar inicio a su actuación incluso contra la voluntad de designación de los padres del menor. Es su obligación promover el incidente de reparación integral cuando ninguna otra persona con las facultadas para hacerlo haya procedido dentro de los treinta días siguientes a la audiencia de juicio oral y, de abstenerse todos, el funcionario judicial, es decir, el juez de conocimiento deberá ordenarlo de oficio.

2.3.3. Profesionales especializados

Si bien dentro del texto de la Ley 1098 de 2006 no aparece un desarrollo completo de la figura de los profesionales especializados, han sido señalados como asistentes del menor víctima del delito y de los menores testigos de los delitos, de suerte que su intervención se limita a asistir al menor durante los interrogatorios y, en general, durante las diligencias judiciales en las que deban intervenir.

Pese a lo anterior, el Artículo 198 de la misma Ley creó los llamados “programas de atención especializada para los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos”, los cuales deben ser desarrollados por el Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal bajo la supervisión del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o la entidad que haga sus veces. Su función consiste en desarrollar los programas de atención especializada, los cuales deben responder a la necesidad de protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, la prevalencia de sus intereses y el tipo de delito en que fueron victimizados.

Por consiguiente, estos profesionales especializados deben surgir de estos programas, lo cual desde luego no obsta que a falta de ellos se acuda a otros, pero se espera que sean de estos programas de donde se conformen las listas de personas altamente especializadas en el tratamiento de los menores víctimas.

3. Limitaciones respecto a la concesión de beneficios y mecanismos sustitutivos que favorecen a los procesados

En desarrollo de los postulados de la Criminología crítica, particularmente con base en los trabajos de Luigi Ferrajolli, se ha considerado una serie de derechos y garantías de los procesados, de la que han surgido importantes criterios informados por las normas internacionales dirigidos a limitar significativamente medidas tan agresivas como la privación de la libertad.

De la misma forma, dentro de la legislación sobre prisiones se ha dado cabida a criterios como los de presión abierta y a medida que sustituyan la privación intramural de la libertad. En general, son criterios definidos dentro de la política criminal del Estado, la cual extiende o limita la concesión de dichos beneficios y realiza las modificaciones legales pertinentes a esa finalidad.

•Procedimientos especiales considerados en la ley 1098 de 2006.

Con tal criterio, el legislador del año 2006 previó una serie de limitantes a la concesión de tales beneficios o mecanismos de sustitución bajo dos condiciones: por un lado, la calidad de la víctima y, por otro, el tipo de delito. Desde el primer aspecto, tiene que haberse reconocido que hubo al menos una víctima niño, niña o adolescente. Desde el segundo punto de vista, es preciso que la imputación involucre al menos un delito contra los bienes jurídicos de la vida y la integridad personal, cuando se trata de delitos dolosos de homicidio y lesiones personales y delitos contra la libertad e integridad y formación sexuales.

Las siguientes son las limitaciones señaladas por la Ley cuando se cumplan las condiciones previstas:

3.1. Medida de aseguramiento

La Ley 906 de 2004 clasifica las medidas de aseguramiento en privativas y no privativas de la libertad. Entre las primeras se encuentran la detención preventiva en centro de reclusión y la detención preventiva en la residencia del imputado.

Conforme al Artículo 307.b de la Ley 906 de 2004, entre las no privativas de la libertad se encuentran la obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica; la obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada; la obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe; la obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho; la prohibición de salir del país, del lugar en donde reside o del ámbito territorial que fije el juez; la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares; la prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa; la prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas; la prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p. m. y las 6:00 a. m.

La detención preventiva procede en los siguientes casos:

- a. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.

- b. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro años.
- c. En los delitos a los que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Según el Artículo 314 de la Ley 906 de 2004, puede sustituirse por la detención preventiva en el lugar de residencia en los siguientes eventos, aun cuando el lugar puede ser también clínica u hospital, de acuerdo con las condiciones del imputado:

- a. Cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia, aspecto que será evaluado por el juez al momento de decidir sobre su imposición.
- b. Cuando el imputado o acusado sea mayor de 65 años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia.
- c. Cuando a la imputada o acusada le falten dos meses o menos para el parto. Igual derecho tendrá durante los seis meses siguientes a la fecha del nacimiento.
- d. Cuando el imputado o acusado estuviera en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales.
- e. Cuando la imputada o acusada sea madre cabeza de familia de hijo menor de 12 años o que sufriera incapacidad mental permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio.

En cambio, de conformidad con el Artículo 315 de la Ley 906 de 2004, hay lugar a las medidas no privativas de la libertad:

Cuando se proceda por delitos cuya pena principal no sea privativa de la libertad, o por delitos querellables, o cuando el mínimo de la pena señalada en la ley no exceda de cuatro (4) años, satisfechos los requisitos del artículo 308, se podrá imponer una o varias de las medidas señaladas en el artículo 307 literal B, siempre que sean razonables y proporcionadas para el cumplimiento de las finalidades previstas.

•Procedimientos especiales considerados en la ley 1098 de 2006.

Señalan los numerales 1 y 2 del Artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 que en los procesos por homicidio y lesiones personales dolosos y los que se relacionan con delitos contra la libertad e integridad y formación sexuales de los cuales fueron víctimas niños, niñas o adolescentes, no procede sino la detención preventiva como medida de aseguramiento, de manera que no operan los Artículos 307.b y 315 de la Ley 906 de 2004.

Por otro lado, no puede sustituirse la detención preventiva en los casos contemplados en los numerales 1 y 2 del Artículo 314 de la Ley 906 de 2004, lo que significa que no hay lugar a conceder la detención preventiva en el lugar de residencia cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia, según evaluación del juez de control de garantías ni cuando el imputado o acusado sea mayor de 65 años. En cambio, sí procede la sustitución en los eventos restantes.

3.2. Principio de oportunidad

El principio de oportunidad fue dispuesto en la legislación colombiana a partir del Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado en la Ley 906 de 2004, en los Artículos 321 a 330. Consiste en poder suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal cuando opera alguna de las causales que la Ley previó.

No es una medida arbitraria de los fiscales, sino que hay lugar a su aplicación únicamente de conformidad con la política criminal del Estado por las causales legalmente consagradas, siempre que se haya abierto un proceso penal y, aun cuando es requerida por el fiscal competente, debe ser autorizada por un juez de control de garantías. De hecho, otra limitación es que la aplicación del principio de oportunidad se condiciona a que las víctimas admitidas hayan sido escuchadas y sus intereses considerados, según lo informa el Artículo 328 de la Ley 906 de 2004.

Por su parte, el numeral 3 del Artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 prohibió la viabilidad del principio de oportunidad en los procesos por los delitos de homicidio y lesiones personales dolosos y los que se relacionan con delitos contra la libertad e integridad y formación sexuales de los cuales fueron víctimas niños, niñas o adolescentes, con fundamento en la causal 8 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004, conforme con el cual es viable la aplicación del principio

de oportunidad “cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas”.

La justicia restaurativa es un sistema de solución de conflictos promovido por Naciones Unidas, basado en la aproximación entre la víctima y el victimario, en busca de la configuración de un programa autocompositivo. De hecho:

Se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador.

Los mecanismos contemplados por la Ley 906 de 2004 para la justicia restaurativa son la conciliación procesal, la extraprocesal y la mediación.

En la conciliación y la mediación pueden pactarse mecanismos de indemnización que generan la aplicación del numeral 8 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004, lo que da lugar a la suspensión del procedimiento a prueba. Precisamente esta posibilidad es la que se encuentra prohibida para los eventos ya señalados.

3.3. Subrogados

En desarrollo del sistema penitenciario progresivo se contemplan las condiciones bajo las cuales las personas condenadas deben permanecer privadas efectivamente de la libertad y los casos en los que, por el contrario, no existe suficiente justificación o necesidad para que ello acontezca. Los mecanismos mediante los cuales opera este tipo de beneficios se denominan “subrogados”. Los hay de dos órdenes: la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la libertad condicional.

La suspensión condicional de la ejecución de la pena consiste en que, pese a existir una sentencia condenatoria al cumplimiento de una pena de prisión, su cumplimiento se suspende por el término de dos a cinco años cuando se cumplan los siguientes requisitos de carácter objetivo y subjetivo:

1. Objetivo: que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres años.
2. Subjetivo: que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible, sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

•Procedimientos especiales considerados en la ley 1098 de 2006.

En todo caso, la procedencia de este subrogado no conlleva la misma suspensión para la parte de la sentencia relacionada con la responsabilidad civil derivada del delito.

En cambio, la libertad condicional consiste en conceder la libertad a las personas que, tras ser condenadas a la pena privativa de la libertad superior a tres años y haber cumplido tres quintas partes de la misma, siempre que de su buena conducta en el establecimiento carcelario, el juez puede sustituirse por la detención preventiva en el lugar de residencia, deducir motivadamente que no existe necesidad para continuar con la ejecución de la pena. En todo caso, el período de prueba será el que falte para el cumplimiento total de la condena.

Los dos subrogados conllevan el cumplimiento de las siguientes obligaciones durante el período de prueba, so pena de ser revocados y que vuelvan a cumplir el tiempo restante de prisión en establecimiento carcelario:

1. Informar todo cambio de residencia.
2. Observar buena conducta.
3. Reparar los daños ocasionados con el delito, a menos que se demuestre que está en imposibilidad económica de hacerlo.
4. Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la sentencia cuando fuera requerido para ello.
5. No salir del país sin previa autorización del funcionario que vigile la ejecución de la pena.

Ninguno de estos subrogados opera en los procesos por los delitos de homicidio y lesiones personales dolosos, y los que se relacionan con delitos contra la libertad e integridad y formación sexuales de los cuales fueron víctimas niños, niñas o adolescentes, con base en los numerales 4 y 5 del Artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

3.4. Sustitución de la ejecución de la pena

De conformidad con el Artículo 459 de la Ley 906 de 2004, la ejecución de la sanción penal impuesta mediante sentencia ejecutoriada corresponde a las autoridades penitenciarias bajo la supervisión y el control del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, en coordinación con el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

El juez de ejecución de penas, sin embargo, tiene la potestad de disponer la sustitución de la ejecución de la pena en los mismos eventos en los que proceda la sustitución de la detención preventiva, esto es, cuando se presente cualquiera de las situaciones contempladas en el Artículo 314 de la Ley 906 de 2004, que ya fueron objeto de identificación. A diferencia de la sustitución de la detención preventiva, en la sustitución de la pena ya existe una sentencia condenatoria y lo que se sustituye es la condición del cumplimiento de la pena.

Sin embargo, el numeral 6 del Artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 prohíbe la sustitución de la pena en los procesos por los delitos de homicidio y lesiones personales dolosos y los que se relacionan con delitos contra la libertad e integridad y formación sexuales de los cuales fueron víctimas niños, niñas o adolescentes.

3.5. Preacuerdos y negociaciones

La figura de los preacuerdos y las negociaciones propias de las formas de enjuiciamiento acusatorio y adversarial constituyen una salida alterna, es decir, una forma de terminación anticipada del proceso, mediante el cual, previo acuerdo negociado entre el procesado y el fiscal, aquel admite su responsabilidad por los hechos investigados y renuncia al proceso que, en términos generales, es un sistema de garantías que limita el ejercicio del poder punitivo del Estado, a cambio de una rebaja de la pena.

De acuerdo con la Ley 906 de 2004, si el preacuerdo se verifica hasta antes de que se verifique la acusación, esto es, entre la audiencia de formulación de imputación o en ella misma y hasta antes de que se presente el escrito de acusación, se puede pactar una rebaja hasta de la mitad de la pena. Si es posterior y hasta antes de que el procesado sea interrogado acerca de su responsabilidad al dar inicio al juicio oral, la rebaja es de una tercera parte de la pena a imponerse.

Si bien los preacuerdos y las negociaciones previas a ellos implican considerar los intereses de las víctimas, el fiscal puede acordar los términos de esa indemnización, sin que la aceptación por parte de las víctimas se considere una condición de validez del acuerdo. Por ello, el Artículo 351 de la Ley 906 de 2004 faculta a las víctimas para actuar ante la jurisdicción civil en el evento de no hallar satisfechos sus intereses o pretensiones en el acuerdo alcanzado entre el procesado y el fiscal. Por esta razón, el numeral 7 del Artículo 199 de la Ley

•Procedimientos especiales considerados en la ley 1098 de 2006.

1098 de 2006 prohibió las rebajas de la pena provenientes de los preacuerdos y las negociaciones en los procesos por los delitos de homicidio y lesiones personales dolosos y los que se relacionan con delitos contra la libertad e integridad y formación sexuales de los cuales hayan sido víctimas niños, niñas o adolescentes.

Es de anotar que con la figura no solo se acuerdan rebajas de pena, sino también otras alternativas como la tipificación de los comportamientos imputados; luego, los preacuerdos y la negociaciones pueden operar en estos procesos con fines distintos a la obtención de rebajas de pena.

3.6. Otros beneficios

El numeral 8 de la Ley 1098 de 2006 consagró la prohibición de cualquier otro beneficio judicial o administrativo en los procesos por los delitos de homicidio y lesiones personales dolosos y los que se relacionan con delitos contra la libertad e integridad y formación sexuales de los cuales hayan sido víctimas niños, niñas o adolescentes.

Ciertamente existe otro tipo de beneficios, por ejemplo, la disminución del tiempo de prisión por trabajo o estudio, los cuales no pueden operar, salvo que obedezcan a beneficios por colaboración con la justicia, cuando dicha colaboración resulte eficaz.

Sin embargo, la Ley 906 de 2004 no contempla el instituto de los beneficios por colaboración, como sí lo hacían los anteriores Códigos de Procedimiento Penal, es decir, la Ley 600 de 2000 y el Decreto 2700 de 1991. La única mención de la Ley 906 a los beneficios por colaboración se encuentra en el Artículo 324.5, previsto como causal de aplicación del principio de oportunidad.

Por otra parte, la Ley 1098 de 2006 prohibió todos los beneficios que conlleven sustituciones, subrogados o rebajas de pena contemplados en la Ley 600 de 2000, dado que se encuentra vigente en los lugares donde aquella no haya entrado en vigencia.

ANEXO

LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN COMO GARANTÍA FUNDAMENTAL DEL INVESTIGADO³⁶

Siguiendo la guía hermenéutica constituida a través del artículo 27 de la Ley 57 de 1887, descubrir la historia fidedigna de una ley es presupuesto de esclarecimiento de los aspectos oscuros que puedan tener las disposiciones. Naturalmente, reconstruir la historia de una norma impone acudir a las actas de la comisión que la redactó, a fin de establecer qué fue lo que se propuso a través de su creación. En consideración a que el tema específico de la formalización de la investigación y sus consecuencias, es uno de los más confusos al tiempo que de los más significativos en el entramado normativo de la Ley 906 de 2004, procuramos desentrañar el sentido original de la institución, a través de la reconstrucción de su historia fidedigna.

La verdad es que el tema más discutido por la Comisión Redactora Constitucional creada por el Acto Legislativo N° 03 de 2002³⁷, fue la estructura del proceso penal; específicamente, la incorporación de la etapa de formalización de la investigación. En torno a él se suscitaban posiciones extremas y contradictorias, incluso, entre los mismos comisionados que defendieron la posición en contra de su incorporación.

.....
36 Tomada de *Cuatro aspectos polémicos de la Ley 906 de 2004*, de Manuel Fernando Moya Vargas.

37 En adelante, CRC.

Se trata, ciertamente, de un aspecto imprescindible al momento de verificar el contenido acusatorio del procedimiento que, además, puede tomarse apropiadamente como uno de los criterios determinantes para identificar la naturaleza y tendencia del enjuiciamiento. Precisamente, porque una característica de las formas inquisitivas de enjuiciamiento es la formalización generalizada y forzosa, mientras que el esquema acusatorio resulta particularmente refractario a dicha formalización previa a la acusación.

La discusión que se mantuvo al interior de la CRC fue difícil por varios aspectos. Por una parte, los representantes de la posición que reclamaron la incorporación de la formalización, en momento alguno estuvieron dispuestos a ceder en sus propósitos; mientras que los partidarios de la postura contraria, si bien presentaron una propuesta alternativa, la verdad es que no pasó de ser una modificación adjetiva de la primera. De otra parte, hubo ambivalencias por parte de quienes defendieron la no formalización, pues originalmente se declararon partidarios de formalizar y luego, sin explicación diversa a “haberse equivocado” giraron hacia la defensa de la posición contraria³⁸.

Así mismo, representantes de una misma entidad se manifestaron en defensa de uno y otro criterio, restando solidez a sus convicciones y argumentos³⁹.

Pero lo más sorprendente es que cuando se verificó la votación final en torno a la generalización de la formalización, salvo por un voto, los demás apoyaron su incorporación, lo cual no es coherente con sus manifestaciones expuestas durante las discusiones, teniendo en cuenta que al final sostuvieron argumentos, fuertemente defendidos, a favor de la no formalización. A no ser que quiera entenderse que en último momento cedieron totalmente en sus convicciones, hasta admitir el criterio que siempre refutaron.

Al cabo, la posición que desde un principio y durante el resto de las deliberaciones se defendió con firmeza, fue la que se impuso, precisamente la que abogó por la incorporación de la formalización generalizada y previa a la acusación.

38 Por ejemplo, el doctor Andrés Ramírez inicialmente se opuso a la formalización, mientras que resultó defendida por el Doctor Jaime Granados. Posteriormente ambos invirtieron sus posturas. Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Proceso Penal Acusatorio, Ensayos y Actas. Editorial Gustavo Ibáñez. 2005. Página 666.

39 El Fiscal General de la Nación procuró a favor de la no formalización, mientras que el vicesfiscal fue al cabo partidario de lo contrario.

•Anexo: La formalización de la investigación como garantía fundamental del investigado.

Si bien tal decisión controvierte el nivel acusatorio del procedimiento, lo cierto es que se introdujo con base en una justificación propiamente dogmática, que hunde sus raíces en una interpretación concreta del artículo 29 de la Constitución Política, conformada respecto del sistema de enjuiciamiento napoleónico tanto del Decreto 2700 de 1991 como de la Ley 600 de 2000, y a partir de la cual fluyen consecuencias específicas e importantes para comprender la dinámica del proceso penal, su naturaleza y su tendencia.

Además, es preciso anticipar que la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de analizar este mismo aspecto del procedimiento, al menos en dos oportunidades, con ocasión de despachar demandas de inconstitucionalidad contra normas de la Ley 906 de 2004, debiendo reasumir el aspecto que de fondo trató la CRC. Sin embargo, llegó a conclusiones que si bien consultan el trasfondo que soportó la determinación de la CRC, alcanza consecuencias diversas, lo cual torna un tanto más difícil el tema en nuestro medio.

El propósito fundamental de esta exposición es, ante todo, poner de manifiesto las dificultades hermenéuticas que registra el tema en cuestión y sus consecuencias.

I. DESARROLLO DE LAS DELIBERACIONES

Retomar el curso de las deliberaciones de la CRC tiene por finalidad establecer cuál fue la orientación óptica que permitió configurar una específica estructura procesal que, en cuanto tiene concreta relación con la formalización de la investigación, permita desentrañar el propósito legislativo.

En el diseño de un entramado normativo se procura completar el sistema a través de cada disposición. Es decir, cada norma está llamada a cumplir al menos dos funciones, la ontológica y la integradora. Mediante la primera el sistema normativo define su alcance; mediante la segunda, contribuye a su composición como un cuerpo identificable.

Siendo así, es preciso saber qué y cómo quiso el legislador dirigir y completar el sistema a través de las normas sobre formalización, lo cual demanda identificar cuáles fueron los límites previstos por él, qué fue lo que procuró hacerse a través de la norma y hasta dónde quiso llegar con ella.

En esta perspectiva se busca identificar la función otorgada a la formalización de las investigaciones, y cómo es que se integran las normas concernientes al

cuerpo normativo restante. Para ello se parte del esquema procesal presentado ante la CRC, en seguida, las variables introducidas y el fin de las mismas.

1. Esquema procesal originalmente pretendido

Durante la reunión cumplida por la CRC el 14 de marzo de 2003, se hizo una presentación formal de la estructura del proceso, a partir del proyecto base de discusión, es decir, el elaborado por la secretaría técnica, esto es, Corporación Excelencia en la Justicia. De acuerdo con lo expuesto en dicha oportunidad, el proyecto contempló un proceso trifásico, con una etapa de indagación preliminar, otra de formalización de la investigación y, una última de juicio oral.

De la primera, se dijo que sería ejercida por la Fiscalía General de la Nación junto con los órganos que cumplen funciones de policía judicial. Estaba prevista con criterio acusatorio; como tal, se caracterizaba porque a través de las diligencias practicadas en esta etapa no podía afectarse derechos fundamentales de persona alguna, inmunidad que cobijaba tanto al investigado como a cualquier otra que eventualmente pudiese verse comprometida.

Durante esta etapa se permitía al ente encargado de la investigación, acopiar elementos materiales de prueba, asegurar evidencia física, dar inicio a la cadena de custodia, y demás actividades con enfoque compatible.

Otra característica consistía en que el investigado no podía intervenir, por consiguiente, tampoco resultaba probable el ejercicio del derecho de defensa. Se justificó la exclusión en que, estrictamente, no se practicarían pruebas como tampoco se adoptarían decisiones judiciales, es decir, no había de qué defenderse⁴⁰.

En cambio, en la etapa de formalización de la investigación se preveía la “judicialización de las medidas limitativas”, como consecuencia, en este instante procesal debía desatar el ejercicio del derecho defensa, pero solo en virtud de él. Ello implicaba que el investigado tenía que ser enterado de los cargos que lo comprometían. Sin embargo, la formalización no estaba prevista para ocurrir en todos los casos, sino en circunstancias especiales, que en general eran tres, pero de entre estas apenas dos eran las previstas como probables. La primera, ocurriría

.....
40 “En esta etapa se permite toda actuación que no afecte derechos fundamentales, la búsqueda de elementos de prueba, así como la obtención y aseguramiento de la evidencia física con arreglo a la cadena de custodia [...]. Se trata de una etapa reservada en la que no tiene participación el imputado ni se activa el derecho de defensa [...]. En esta etapa no se practican pruebas ni se toman decisiones judiciales”. Osorio Isaza Ob. Cit Supra Página 180.

•Anexo: La formalización de la investigación como garantía fundamental del investigado.

cuando en casos específicos la Fiscalía determinara formalizar. La segunda, cuando la Fiscalía requiriese afectar un derecho fundamental del procesado. Y la tercera, cuando se requiriese práctica anticipada de una prueba.

Fuera de estas situaciones, el proyecto no contemplaba la formalización. Es decir, coexistirían investigaciones, unas informadas a sus respectivas personas investigadas y con ejercicio de su derecho de defensa, y otras sin la previa comunicación y, en consecuencia, sin ejercicio del derecho de defensa.

Bien porque la Fiscalía determinase formalizar, ora por haber requerido una medida restrictiva de algún derecho fundamental, dicha formalización se realizaría, según el proyecto, mediante audiencia preliminar, cuya principal vocación era, fundamentalmente, decidir sobre la imposición del aseguramiento solicitado por la Fiscalía. Audiencia esta que se verificaría ante el juez de control de garantías. A partir de ella se generaban los siguientes efectos: interrupción de la prescripción, inoperancia del principio de oportunidad, iniciación del ejercicio del derecho de defensa y, finalmente, desde el instante de la audiencia de formalización empezaría a correr un término preclusivo para efectuarse el juicio oral, público y concentrado⁴¹.

Finalmente, de acuerdo con el proyecto expuesto, sobrevendría la denominada etapa de juicio, que iniciaría con la audiencia de acusación. En ella el fiscal daría lectura del escrito de acusación y fijaría la pretensión penal, al tiempo que debía descubrir las pruebas con que pretendía sustentar su acusación. Posteriormente, se daría una audiencia preparatoria para decidir sobre nulidades, en donde se ordenaría la prueba y se realizarían, de haber lugar, las estipulaciones. Finalmente se realizaría la audiencia pública⁴².

.....
41 "Lo que se busca es permitir la judicialización de las medidas limitativas de derechos garantizando el derecho a la defensa a partir de la formalización de la investigación [...]. Hay comunicación al imputado de los cargos iniciales que se formulan pero no constituye en sí misma una actuación judicial [...]. La oportunidad de esta formalización de la investigación obedece a una decisión de la Fiscalía General de la Nación cuando considere oportuno o requiera afectar un derecho del imputado, por ejemplo el derecho de libertad.

Los efectos de esta audiencia son:

- interrupción de la prescripción;
- caducidad del principio de oportunidad;
- activación de la defensa;
- inicio al término de juicio rápido".

Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Páginas 180-181.

42 Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Páginas 179-185.

2. La discusión relacionada con la formalización

La discusión central se dio en torno a la formalización de la investigación, fue tal su trascendencia que la CRC debió aplazar otros temas previstos en la agenda⁴³.

Las posiciones encontradas se caracterizaron porque la que pretendía negar la generalización de la formalización previa a la acusación, pretendía que tal acto ocurriera únicamente cuando se pretendiera la imposición de una medida de aseguramiento, cuando la Fiscalía lo requiriera y, cuando se precisara de pruebas anticipadas.

La otra posición, se distinguió porque reclamó que toda investigación fuere formalizada antes de la acusación, a cuyo efecto invocaron el reconocimiento que trae la Constitución de la plenitud del derecho de defensa durante toda la investigación y todas las investigaciones. Por consiguiente, se argumentó que la única alternativa de lograr ese propósito constitucional era formalizando todas las investigaciones.

Durante la reunión cumplida el 6 de junio de 2003, se retomó el tema en cuestión, a solicitud específica de uno de los Comisionados, para quien era necesario que la CRC definiera si aceptaba o no la etapa de formalización, pues resultaba determinante para la estructura del proceso. Más aún, agregó que “la formalización es necesaria de conformidad con el artículo 29 de la Carta y de la filosofía que inspira el desarrollo del Acto Legislativo”⁴⁴.

Criterio que merece destacarse si se tiene en cuenta que este mismo Comisionado fue quien posteriormente defendió la excepcionalidad de la formalización y, al cabo, fue el único que votó contra su incorporación.

Para él, la formalización consistía en comunicar al “sospechoso” de la existencia de una investigación en su contra. En virtud de ella, el investigado dejaba de ser “sospechoso” y adquiría la condición de “imputado”, por lo mismo debía ser enterado de los derechos provenientes de su situación procesal. Toda la diligencia, en su criterio, debía surtirse en presencia del defensor. Tal actuación se surtía, agregó, en audiencia pública y, respecto de la misma destacó que la formalización acontecía en virtud de la audiencia, mientras que la decisión,

43 Acta 019, correspondiente a la reunión del 30 de mayo de 2003.

44 Doctor Jaime Granados Peña. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 471.

•Anexo: La formalización de la investigación como garantía fundamental del investigado.

“es algo que lo toma el juez cuando hace la citación a petición del fiscal o porque hay una captura”⁴⁵.

Acto seguido la CRC aprobó por unanimidad que se formalizaría la investigación en dos eventualidades, la primera, cuando el capturado fuera puesto a disposición del Juez de Control de Garantías dentro de las treinta y seis horas siguientes. La segunda, cuando, el fiscal solicitara la audiencia de formalización.

Hecho lo anterior, la CRC entró a discutir el texto de las finalidades de la formalización, entre las que se traían previstas:

1. Permitir la imposición de medidas de aseguramiento contra el imputado cuando hubiere lugar a ello;
2. Dar inicio al trámite ordinario y común previsto en este código;
3. Permitir la contradicción de la prueba que excepcionalmente se practique de manera anticipada, y
4. Activar el derecho de defensa. A partir de este momento podrá solicitar al juez que ejerza la función de control de garantías la práctica excepcional de una prueba anticipada: la orden de allanamiento para obtener medios cognoscitivos; la realización de exámenes técnicos y otras actividades que no pueda cumplir de manera privada sino con intervención oficial⁴⁶.

Pese a lo decidido y sin que formalmente se recogiera la decisión de aprobación ya adoptada, el Comisionado que la defendió suscitó una discusión en torno al numeral cuarto, que terminó por reconsiderar la formalización misma.

En su criterio, y refiriéndose a dicho numeral, entre la formalización y la acusación el defensor no tendría otra función que “ver qué tan serio puede ser un cargo”; además, informar a su cliente de los elementos que estaría en condiciones de reunir procurando su defensa y, muy excepcionalmente, actuaría respecto de la práctica de una prueba anticipada. De otra forma, a su entender, conllevaría el riesgo de confundirse la formalización de la investigación con una “etapa de instrucción”

.....
45 Doctor Jaime Granados Peña: “[...] esta formalización es la comunicación que se le hace al sospechoso, informándole que es imputado, cuáles son todos sus derechos y en presencia de su defensor, se hace en audiencia pública, entonces, la formalización es distinta a la decisión. La 21 (SIC) formalización es lo que ocurren en la audiencia, la decisión, es algo que lo toma el juez cuando hace la citación a petición del fiscal o porque hay una captura”. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 471.

46 Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 473.

propia de los enjuiciamientos altamente inquisitoriales, en que se puede practicar toda suerte de pruebas antes del juicio oral. Tanto más grave, advirtió, en cuanto el numeral segundo de la disposición en discusión, facultaba la práctica de pruebas anticipadas previo incluso a la formalización, es decir, antes que la Fiscalía determinara si fija o no cargos, “si la defensa no tiene certeza de que la Fiscalía va a formalizar un cargo y, mucho menos si va a acusar, lo que se estaría haciendo es forzar a un juez a que practique una prueba y a que Fiscalía que asista y la contradiga”⁴⁷.

Otro Comisionado contradijo la posición expuesta observando que regularmente quien mejor conoce si puede ser investigado o si lo está siendo, es el procesado. Además, argumentó, que la prueba anticipada no puede obligar a la Fiscalía a formalizar la investigación⁴⁸.

En apoyo de esta última posición un tercer Comisionado expuso su criterio, el cual por cierto, sería el que llevó finalmente a volver sobre la norma ya aprobada acerca de la formalización. A su modo de ver, el hecho de enterarse de estar siendo investigada facultaba a cualquier persona para activar su derecho de defensa, derecho este cuyo ejercicio no podía condicionarse a que lo convocaran a juicio. En consecuencia, adujo que tal y como lo prevén el artículo 29 de la Constitución y el precedente judicial sentado por la Corte Constitucional, la defensa se practica tanto en la investigación como en el juicio. Advirtió, adicionalmente, que nada importaba lo que en la materia dispusieran códigos extranjeros, pues la coherencia del sistema no la informan legislaciones foráneas. Por consiguiente, concluyó, la CRC debía partir de la Constitución colombiana, que es la única que puede determinar el modelo procesal a seguir⁴⁹.

47 “La tarea de la defensa hasta antes de la acusación y a partir de la formalización no es otra distinta que ver que [SIC] tan serio puede ser un cargo, informar a su cliente que [SIC] elementos puede reunir por su cuenta y, excepcionalmente, en igualdad de condiciones, la práctica de una prueba anticipada que garantice la contradicción [...]. El temor que se ha venido generando es que la formalización de la investigación se convierta en lo que hoy se conoce como la etapa de instrucción en el esquema inquisitivo mixto y se desnaturalice el sistema porque se estaría practicando toda la prueba antes de la acusación por lo cual se debe ser muy restrictivo y, si además, se amplía como lo propone el inciso 2°, a prácticas anticipadas de prueba antes de la formalización, es decir, antes que la Fiscalía considere si quiera que hay un cargo, se desnaturaliza totalmente el sistema ya que se está convirtiendo a la defensa casi en un acusador de sí mismo. Señaló que si la defensa no tiene certeza de que la Fiscalía va a formalizar un cargo y, mucho menos si va a acusar, lo que se estaría haciendo es forzar a un juez a que practique una prueba y a que Fiscalía que asista y la contradiga”. Doctor Jaime Granados. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 475.

48 Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Páginas 475-476.

49 “[...] una persona puede darse cuenta por muchos medios que está siendo investigada, y es un elemento de juicio para activar el derecho de defensa, porque éste nace desde el momento en que sabe que está siendo investigado o que tiene conocimiento de ello, entonces, no se puede reducir a que la defensa se manifieste esperando

•Anexo: La formalización de la investigación como garantía fundamental del investigado.

En este instante de la discusión fue cuando otro Comisionado propuso a la CRC volver a discutir si se debía incluir la formalización, la cual, a su juicio, implicaba al menos una imputación fáctica que se complica frente al pedido de medida de aseguramiento, que por su naturaleza demanda calificación jurídica. Destacó, sin embargo, que la formalización no es connatural al sistema acusatorio⁵⁰.

A ello opuso el Comisionado que defendía la formalización en los términos aprobados, que debía interpretarse la jurisprudencia de la Corte Constitucional de manera apropiada al sistema acusatorio, que la única forma de practicarse pruebas antes del juicio, es a condición que exista contradicción y un cargo respecto del cual enfrentarse⁵¹.

Posteriormente la CRC se ocupó de otros temas aplazando la discusión relacionada con la formalización. Pese a lo cual, se retomó a partir de una exposición en que se recalcó la facultad que asiste al investigado de intervenir desde que tiene conocimiento de estar siendo investigado. Frente a esta interpretación se contrapuso que no se compadece con el sistema el otorgar al procesado facultades propias de un imputado cuando aún no lo es, lo cual estimó el mismo Comisionado que estaba exponiendo, es apropiado a un sistema como el de la Ley 600 de 2000, en que tiene reconocimiento de sujeto procesal⁵².

Frente a la controversia insuperable, se dispuso retornar el articulado a las mesas de trabajo. Mientras, se aprobó que el término máximo entre la formalización y la acusación no superara los sesenta días⁵³.

un juicio y pierda la evidencia porque se debe procurar el elemento de defensa. Agregó que la jurisprudencia constitucional ha sido muy clara en que el alcance del artículo 29 y es categórica, en indicar que el derecho de defensa tiene lugar en la investigación y el juzgamiento [...] el punto de partida debe ser la Constitución colombiana que es la que determina el modelo, no se puede someter la constitución al modelo acusatorio de Puerto Rico, de Estados Unidos, o los Latinoamericanos". Doctor Carlos Mejía Escobar. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 476

50 "[...] la naturaleza misma de la formalización implica la presentación de unos hechos, lo que implica al menos una imputación fáctica que se complica más cuando se solicita la imposición de una medida de aseguramiento, porque esta depende de una calificación jurídica provisional. Indicó que el contenido de la formalización al activar el derecho de defensa es recoger elementos materiales, lo que se puede asegurar con una buena estructura del juicio, dando términos adecuados dentro del mismo, que se lea la acusación, se presenten las pruebas por parte de la Fiscalía, y entonces, ahí se le da un plazo generoso a la defensa con prórrogas para que realice su defensa, la Corte tendrá efectos tangibles y no unas circunstancias que llevan a unos problemas propios de una figura que no es connatural al sistema, como la formalización de la investigación. Por lo anterior, sugirió si se justifica la inclusión de la etapa de la formalización de la investigación". Doctor Andrés Ramírez. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 476.

51 Doctor Jaime Granados Peña. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Páginas 476-477.

52 Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Página 482; Doctor Jaime Granados Peña. Página 483. Osorio Isaza Ob. Cit Supra.

53 Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 478.

Durante la siguiente sesión, pese a no ser un tema introducido en el orden del día, volvió a retomarse la discusión y el mismo Comisionado que defendió la formalización originalmente, alterando su criterio, se mostró partidario de formalizar, no la investigación, sino, conforme lo expresó ahora, “los cargos”, únicamente cuando la Fiscalía solicitara imposición de aseguramiento⁵⁴.

Recalcó que algunos intérpretes de la jurisprudencia constitucional habían concluido que resulta compatible con la Carta un esquema procesal en que la investigación es completamente ajena a la intervención del procesado, hasta tanto se formularan cargos y, de resultar necesaria una medida de aseguramiento antes de la acusación, procedería que los mismos cargos se formalicen para tal finalidad⁵⁵.

Frente a tal postura el Comisionado partidario de la formalización generalizada de la investigación, se refirió a una decisión de la Corte Constitucional invocada por su opositor, manifestando que decía precisamente lo contrario a lo que este pretendía, en la medida que facultaba al procesado a ejercer su derecho de defensa antes de ser convocado a versión libre. Con base en tal criterio destacó nuevamente que los modelos procesales deben someterse a lo que indiquen las constituciones nacionales, y que la colombiana constituye el derecho de defensa durante toda la investigación tanto como durante todo el juicio; adicionalmente, adujo que el concepto de investigación no se encuentra restringido a los eventos en que proceda la medida de aseguramiento, puesto que de la investigación se deriva otro tipo de consecuencias relacionadas con el derecho a la intimidad, la privacidad de documentos y, la propiedad.

Adicionó que la propuesta que rechazaba tan decididamente se caracterizaba por eliminar todo mecanismo de protección de los derechos afectados a través del proceso penal, la cual, de ser aprobada, traería por consecuencia convertir el proceso en un juego de astucia, ajeno a la verdad y la justicia⁵⁶.

54 Doctor Jaime Granados Peña. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 500.

55 Doctor Jaime Granados. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 502.

56 “Frente a la decisión de febrero de la Corte Constitucional, a la que se refirió el doctor Granados, entendió lo contrario, por cuanto esa decisión apunta a que aun antes de la versión libre el procesado tiene que conocer los cargos, lo que no está previsto en el procedimiento. Precisó que el modelo no puede supeditar a la Constitución, sino que esta supedita al modelo. Explicó que Colombia tiene como presupuesto que la defensa se dé durante la investigación y el juzgamiento y que el concepto de investigación no se puede reducir cuando se vaya a imponer una medida de aseguramiento, pues de la investigación se derivan otro tipo de consecuencias y se afectan otros

•Anexo: La formalización de la investigación como garantía fundamental del investigado.

El Comisionado partidario de la eventual formalización de cargos, apreció que la propuesta contraria no es correspondiente con el sistema acusatorio, que en la investigación no se afectan, por regla general, derechos fundamentales que es precisamente lo que desata el control judicial, el cual se activa previamente si en la investigación se afecta la libertad, y es posterior si se trata de registros o allanamientos, entre otros. De la misma manera, agregó, se desata dicho control cuando el fiscal dispone acusar o elevar cargos y cuando requiere la imposición de una medida de aseguramiento. Recalcó igualmente que en el modelo acusatorio la Fiscalía no judicializa pruebas⁵⁷. Por consiguiente, terminó abogando por lo que designó “secretividad” de las investigaciones⁵⁸.

Criterio este último que recibió críticas severas, entre otras la referida al evento en que el fiscal disponga no formalizar, caso en el cual, el “sospechoso” jamás se enteraría que fue investigado, ni los motivos de la investigación. Conceder dicha posibilidad, a su modo de ver, no es atendible sobre la base de su viabilidad en medios extranjeros, porque en el medio colombiano los controles son automáticos y no admiten ser modulables⁵⁹.

En respuesta se mantuvo que el problema radica en la existencia misma de la investigación, pero si durante la misma la Fiscalía no afectó derecho fundamental alguno, como la intimidad, no habría inconveniente en que formule la acusación sin enterar previamente al ahora acusado, de la previa existencia de

derechos distintos a la libertad, como el derecho a la intimidad, a la privacidad de documentos y el derecho a la propiedad por las medidas cautelares. Indicó que todo modelo, sea acusatorio, inquisitivo o mixto, tiene garantías y con este mecanismo se pierden todas las posibilidades efectivas y materiales de la defensa, pues sería en últimas como un juego a la habilidad y no a la búsqueda de la verdad. Concluyó que no se puede seguir morando al imputado como delincuente, pues lo que se busca es averiguar su responsabilidad con el mayor número de garantías posibles”. Doctor Carlos Mejía Escobar. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 503.

57 Doctor Jaime Granados. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Páginas 503-504.

58 “No se debe temer a la secretividad de la investigación, a no ser que se determine que lo recogido constituye prueba en sí misma, se utilice en contra del sospechoso sin oportunidad de confrontación o contradicción, cuando lo que pretende el Acto Legislativo es darle solución”. Doctor Jaime Granados Peña. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 509.

59 “[...] si finalmente, el fiscal decide no formalizar la investigación, el sospechoso nunca se enteraría que fue sometido a una investigación, los motivos de investigación, ni activa su derecho de defensa. Insistió que puede ser que en otra idiosincrasia, en otro modelo de relaciones internacionales, donde opere de manera distinta y sea plausible, pero en el caso colombiano no y se debe ahondar en este tipo de garantías. Agregó que no solamente la etapa de formalización debe existir en el proceso colombiano, sino que incluso todos los controles que la Constitución prevé como obligatorios, son automáticos y no modulables”. Doctor Carlos Mejía Escobar. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 508.

la investigación, precisamente porque lo que hizo la Fiscalía fue una actividad que puede hacer cualquier persona⁶⁰.

La réplica presentada ahora estuvo orientada a observar que cualquier investigación en mayor o menor grado implica afectar la intimidad de las personas, y frente a ello deben contar con salvaguardas tales como limitar temporalmente el poder del Estado de investigar a las personas⁶¹.

El representante de la Procuraduría, a su turno, en busca de una posición conciliadora propuso que la investigación fuese secreta pero con intervención del Ministerio Público⁶².

En posteriores reuniones se persistió en la idea matriz de la propuesta de la Corporación Excelencia en la Justicia, según la cual no debía formalizarse todas las investigaciones, en sustento se mantuvo que tal generalización traería graves consecuencias al sistema, pues la formalización supone que la Fiscalía consistentemente soporte su decisión, “[...] la formalización de la investigación no es para investigar sino para acusar [...]”⁶³.

Sin embargo, y dado el estado de la cuestión, el tema fue retomado hasta el 4 de julio de 2003, reunión durante la cual se precisó que existía la propuesta alternativa ya previamente anunciada, según la cual no se formalizaría la investigación sino los cargos. Las diferencias estaban en que la formalización de los cargos implicaba que operaba a condición que resultase necesaria la aplicación

60 “[...] el problema sería entonces la existencia misma de la investigación, luego si en esta no hay afectación de la intimidad, la Fiscalía podría acusar sin que la persona se entere ni siquiera de la investigación. Insistió en que si no hay afectación de la intimidad y por tanto el fiscal no recurre al juez de garantías para limitarla, podría acusar sin tener que informar, porque no se recurrió a registros, allanamientos, interceptación de comunicaciones y afectación de *habeas data*, la Fiscalía realizó una actividad que puede hacer cualquier persona, porque no se han afectado las garantías, no se han limitado y en esa medida, fundados en ese argumento, se debe acusar y no ha pasado nada si no se ha afectado la intimidad”. Doctor Jaime Granados. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 511.

61 “[...] toda investigación es una intervención en la vida de las personas y estas deben tener salvaguardas para hacer respetar su derecho [...] se debe exigir un momento en que la actuación pública, esa intervención de poder que realiza la Fiscalía o la policía judicial en las investigaciones, se agote con la formulación de los cargos, porque la investigación no puede ser eterna, a pesar de existir un término de prescripción, iniciada la actuación por parte del Estado tiene que tener una razonabilidad en su duración y por eso la garantía que implica la prescripción en determinado momento termina concentrada con el derecho al proceso sin dilaciones injustificadas y el concepto de proceso abarca tanto la investigación como el juzgamiento. Reiteró que a una persona no la pueden investigar eternamente y que ese es el punto de partida”. Doctor Carlos Mejía Escobar. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Páginas 511-512.

62 Doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 514.

63 Reunión del 27 de junio de 2006, Acta 023, Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 566.

•Anexo: La formalización de la investigación como garantía fundamental del investigado.

de una medida de aseguramiento en criterio de la Fiscalía. Por otro lado, la formalización de los cargos implicaría “una fusión de la audiencia preliminar y de formalización de cargos”⁶⁴.

A favor de tal hipótesis se planteó que al restringirse la definición de situación jurídica a solo algunos casos en el régimen de la Ley 600 de 2000, la Corte Constitucional avaló tal discriminación sobre la base de atender criterios de política criminal que ciertamente compete al Estado determinar⁶⁵.

Se invocó, así mismo, la sentencia C-096 de 2003 de la Corte Constitucional, que advierte sobre el momento en que se activa el derecho de defensa dependiendo del tipo de enjuiciamiento. De otra parte, las normas de los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos, que condicionan la legitimidad de los procedimientos a que exista ejercicio del derecho de defensa a partir de la acusación, a no ser que se haya requerido una medida de aseguramiento.

En cambio, de no requerirse medida de aseguramiento, “lo que hay es una vinculación mediante la acusación y que la fiscalía es quien determina cuando (SIC) acusa mientras no haya prescrito el delito”⁶⁶. De lo contrario, agregó, es decir, de generalizarse la formalización, se desataría un debate probatorio anticipado, fuera del juicio oral, que termina por desnaturalizar el procedimiento.

Contra dicha posición se insistió en que si el procesado o el defensor pueden actuar desde un comienzo, pueden así mismo aportar material probatorio que disuada al fiscal de la acusación⁶⁷. En apoyo de esta postura otro Comisionado agregó que con o sin formalización habría excepcionalmente práctica anticipada de pruebas, luego la formalización generalizada no desnaturalizaba el sistema⁶⁸.

Habiendo concluido la anterior deliberación sin acuerdo alguno, se reanudó la discusión el 7 de julio⁶⁹, durante ella fundamentalmente se mantuvieron las posiciones. Un Comisionado, partidario de garantizar la defensa incluso en la investigación como lo ordena el artículo 29 de la Carta, agregó una propuesta de

64 Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 649.

65 Doctor Darío Garzón. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 650.

66 Doctor Jaime Granados. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 652.

67 Doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 652.

68 Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 652.

69 Corresponde al acta 027.

redacción del siguiente tenor, “El fiscal formalizará la investigación cuando los elementos materiales probatorios o en información legalmente obtenida, pueda creer razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”⁷⁰.

A dicha propuesta se opuso que involucraba no solo una violación al principio de presunción de inocencia, sino una valoración anticipada por parte del fiscal que a su vez, precipitaba la práctica de pruebas previas al juicio.

Habiéndose reiterado el criterio que respaldaba la necesidad de sostener el derecho de defensa durante la investigación y, por consiguiente, la de formalización generalizada, se expuso en defensa de la tesis contraria que ya la CRC había acordado permitir a la defensa de quien crea estar siendo investigado, realizar su propia investigación con miras a recabar material probatorio a su favor⁷¹.

Frente a lo anterior también se dijo que la condición de sospechoso no otorgaba ningún derecho procesal, luego podía mantener esa condición indefinidamente. Y, adicionalmente, que la formalización en caso exclusivo de requerimiento de medida de aseguramiento generaba tratamiento desigual, en donde resultaban más beneficios para el procesado cuanto más grave fuese su delito.

Ante esta última crítica se advirtió que en el nuevo sistema lo que activa el derecho de defensa es la restricción de la libertad. Como en la investigación no hay restricciones a la libertad, no hay defensa y, el derecho a realizar investigaciones privadas atiende al hecho de no existir proceso, por ello la investigación que realiza el defensor se opera exproceso. Más aún, se adujo que es la acusación la que activa el proceso mismo⁷².

En este instante de la discusión surgió la propuesta de designar a la formalización de la investigación, “formulación de la imputación”⁷³.

70 Doctor Andrés Ramírez. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 661.

71 “Ya existe un acuerdo en el sentido de permitir al defensor de la persona que considere que está siendo investigada, realizar todas las pesquisas necesarias a efectos de recoger todos los elementos materiales probatorios para presentarlos en la etapa del juicio oral”. Doctor Gustavo Morales Marín, Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 663.

72 La posición a favor de la formalización es defendida por los doctores Jaime Granados y Hernán Gonzalo Jiménez, la contraria por los doctores Carlos Mejía Escobar, Hugo Quintero y Andrés Ramírez. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Páginas 664-666.

73 Doctor Andrés Ramírez, Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 668.

•Anexo: La formalización de la investigación como garantía fundamental del investigado.

En consideración a que persistió la discusión sin hallar consenso se requirió la votación de la CRC. Por resultado, se impuso el criterio según el cual el derecho de defensa opera plenamente durante toda la investigación, por consiguiente, el investigado tiene derecho a la formalización de toda investigación que en su contra se realice. La votación fue casi unánime, pues solo un comisionado se mantuvo en contra de la formalización de la investigación⁷⁴.

II. CONSECUENCIAS DE LA DECISIÓN ATENDIDA LA FUNDAMENTACIÓN

La existencia de la formalización como etapa procesal previa a la acusación y generalizada, ciertamente no se compadece con el esquema de enjuiciamiento acusatorio y adversarial puro, pero lo cierto es que tampoco lo niega. De manera que la inclusión de la formalización de la investigación, en los términos de la Ley 906 de 2004, inevitablemente modula el esquema procesal acusatorio-adversarial estándar, hacia una forma particularizada, apropiada al cuerpo dogmático de la Constitución Nacional que, también ordenó el enjuiciamiento criminal acusatorio y adversarial.

De ahí surgen como presupuestos de interpretación, los fundamentos ontológicos y epistemológicos con que se conjuraron las diferentes posturas sustentadas por los creadores de la ley. Son ellos, al fin y al cabo, los que informan la dirección y la fundamentación a partir de las cuales se interpretan las disposiciones de la Ley 906 de 2004⁷⁵. Es sin duda la mejor guía que permite alcanzar los presupuestos legislativos que arrojan los límites de intencionalidad⁷⁶ en que se apoya la producción de las normas, las mismas que elaboran el esquema procesal surgido al amparo del ideario acusatorio que las justifica⁷⁷.

74 "La comisión aprobó por mayoría la propuesta de la formalización de la imputación, con excepción del voto del doctor Jaime Granados". Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 671.

75 Desde este punto de vista asiste razón a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia cuando invocó, "Por supuesto, en el trámite de la reforma constitucional se perfilaron algunas características que permiten verificar la evolución desde el sistema acusatorio 'puro' inicialmente propuesto, hasta el sistema con tendencia acusatoria, no 'típico ni puro', sino específico para Colombia; y con un principio adversarial igualmente modulado". Sentencia del 21 de abril de 2006, M. P. Edgar Lombana Trujillo.

76 Es decir, hasta dónde quiso llegar el legislador con su creación.

77 Acerca del concepto intencionalidad-intensionalidad y, por consiguiente, extensionalidad, véase a Searle John R., Intencionalidad: un ensayo en la filosofía de la mente. Editorial Altaya. 1999.

Siendo ello claro a partir de las argumentaciones expuestas en desarrollo de las deliberaciones de la CRC, se desprenden consecuencias importantes, entre las cuales es preciso verificar las más sobresalientes.

1. Prevalencia del derecho de defensa sobre el principio acusatorio

El esquema de enjuiciamiento acusatorio es por sí mismo refractario a la formalización generalizada de la investigación y previa a la acusación, entendida la formalización como el acto por el cual la persona investigada es informada de las pretensiones punitivas de la Fiscalía. Por consiguiente, en este tipo de enjuiciamiento se tienen dos tipos de investigación, las no formalizadas y las formalizadas. Las primeras son todas aquellas en que la Fiscalía no se ha determinado a formular cargos ni a requerir medidas restrictivas de los derechos fundamentales del investigado. En tanto que, se entienden formalizadas, las investigaciones en que habiendo ocurrido cualquiera de estos dos eventos, y en virtud de ellos mismos, se precisa que el procesado se defienda de la pretensión de la Fiscalía.

Es por ello que Chiesa Aponte concluye que el derecho a la asistencia de un abogado durante los interrogatorios a los sospechosos, en el proceso penal de Estados Unidos no se deriva de la Enmienda Sexta, que provee de la asistencia letrada en el proceso, o derecho de defensa, sino de la Quinta, conforme con la cual las personas no pueden ser forzadas a autoincriminarse⁷⁸.

Es decir, en las formas de enjuiciamiento acusatorio y adversarial lo que enerva y justifica la defensa es la pretensión del fiscal, sea acusación, o lo que es igual, la formulación de cargos, aun cuando se haya hecho manifiesta en su origen a través de la pretensión precipitada de imposición de alguna medida que ponga en riesgo algún derecho fundamental. Concepción que encuentra apoyo en la misma Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuyo artículo 11.1 se consagró que, *Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.*

78 Chiesa Aponte, Ernesto. Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Volumen I. Editorial Forum. 1995. Página 355.

•Anexo: La formalización de la investigación como garantía fundamental del investigado.

Lo cual es correspondiente con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en que se reprodujo lo antes consagrado⁷⁹.

En la Ley 906 el propósito fue, evidentemente, facultar el ejercicio integral del derecho de defensa, es decir, en toda fase procesal, independientemente de la existencia de cargos o, medidas anticipadas que afectasen actual o potencialmente derechos fundamentales. Tal garantía, es decir la de hacer prevalecer el derecho de defensa sobre el principio acusatorio, se apoya en fuentes igualmente internacionales, como por ejemplo, los Principios básicos sobre la función de los abogados, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente, celebrado en La Habana entre el 27 de agosto y el 7 de septiembre de 1990.

Efectivamente, el primero de estos principios informa que, *Toda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal.*

Disposición reflejada en la redacción del artículo 29 de la Constitución a tenor del cual, *Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento*⁸⁰.

Por demás, ya la Corte Constitucional ha precisado el alcance del derecho de defensa en Colombia, y sus conclusiones coinciden con los argumentos de la CRC para incorporar la formalización generalizada:

- a. No tiene un límite temporal.
- b. Se opera desde el inicio de la investigación.
- c. Es indiferente cómo se designe a la persona investigada, pues en cualquier etapa pre o procesal puede hacer uso del ejercicio constitucional a defenderse.
- d. El investigado tiene interés específico en demostrar, incluso, que ni siquiera puede llegar a ser imputada de los delitos que se investigan.

79 Cfr. Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

80 Si se consideran los alcances otorgados al derecho de defensa en las disposiciones internacionales relacionadas, el artículo 29 de la Constitución y, particularmente, los criterios interpretativos que en materia de derecho de defensa fueron vertidos como justificación para imponer la formalización generalizada de la investigación previa a la acusación, claramente se aprecia que los fundamentos de la sentencia C-475 de septiembre 25 de 1997, M. P. Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, han perdido fundamento.

- e. No permitir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia una investigación en su contra, sea esta preprocesal o procesal, desfigura la esencia constitucional del derecho de defensa⁸¹.

Por consiguiente, no es cierto, como se argumentó en la CRC, que el artículo 29 esté yendo más allá de lo que reclaman las normas internacionales sobre la materia, habida cuenta de los principios vistos. Lo cierto es que la Constitución se conserva dentro de los estándares internacionales más recientes en materia de derecho de defensa.

Sin embargo, puede surgir, como sucedió al interior de la CRC, alguna inquietud fruto de confrontar el principio enunciado con el texto del artículo 29 de la Carta, precisamente, porque si tenemos que la defensa se opera durante todas las fases del proceso, y la Constitución indica que el derecho de defensa se garantiza durante la investigación y el juicio, se hace necesario determinar cuál es el momento en que inicia la investigación y hasta dónde puede ir, es decir, cuándo inicia el juicio.

Es importante dar respuesta a tales inquietudes considerando que se ha pretendido la existencia de instantes preinvestigativos que sin constituir “investigación” estrictamente hablando, se encuentran sustraídos al derecho de defensa.

Al respecto, si bien el Acto Legislativo N° 03 de 2002 en el párrafo del artículo 2° alude a la “indagación” distinguiéndola de la “investigación”, al abordar específicamente la regulación apenas refirió las investigaciones como función de la Fiscalía. Similar ambigüedad caracteriza la Ley 906 de 2004⁸². Si bien el proyecto presentado por la Corporación Excelencia en la Justicia preveía la indagación, lo cierto es que no fue incorporada al esquema procesal aprobado finalmente por la CRC⁸³. Por una parte, porque el artículo 250 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo N° 3 de 2002, indica que la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y, a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o

81 Sentencia C-799 del 02 de agosto de 2005, M. P. Doctor Jaime Araújo Rentería.

82 Cfr. Guerrero Peralta, Óscar Julián. Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal. Editoriales Gustavo Ibáñez-Ediciones Nueva Jurídica 2005. Páginas 241 y ss.

83 Sin embargo, en sentencia C-1154 del 15 de noviembre de 2005, M. P. Doctor Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte Constitucional señaló la existencia de investigaciones preliminares, “El archivo de las diligencias corresponde al momento de la averiguación preliminar sobre los hechos y supone la previa verificación objetiva de la inexistencia típica de una conducta, es decir la falta de caracterización de una conducta como delito”.

•Anexo: La formalización de la investigación como garantía fundamental del investigado.

de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo.

Es decir, sus funciones constitucionales son estrictamente esas dos, de suerte que la expresión “indagación” empleada en el Libro II de la Ley 906, no refiere una etapa preprocesal, sino la enunciación de un sistema de técnicas de acopio de material de prueba. Afortunado o desafortunado empleo de la palabra indagación, lo cierto es que atiende la tentativa de un proyecto que resultó fallido en ese aspecto, al menos profundamente modificado y, que no incluyó etapa de esta naturaleza distinta a la investigación.

De suerte que la investigación comienza cuando de oficio, por denuncia, querrela o petición la Fiscalía empieza a investigar unos hechos o una persona en particular.

Por otra parte, el mismo artículo 250 en su numeral 6° indica cuándo tiene inicio el juicio. Es así que señala como función de la Fiscalía, “Presentar escrito de acusación ante el juez del conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, contradictorio y concentrado”.

Sin duda, la norma constitucional fijó el inicio del juicio en el momento en que la Fiscalía presenta formalmente escrito de acusación.

Apreciaciones estas últimas que permiten controvertir las afirmaciones vertidas al interior de la CRC acerca del momento en que inician la investigación y el juicio. A propósito de las discusiones sostenidas en torno a la inclusión de la formalización, las reflexiones llevaron a preguntarse sobre estos aspectos. A lo cual se respondió que la investigación inicia desde el momento en que los cargos son formulados⁸⁴. Así lo reiteró otro Comisionado añadiendo que es así porque “en ese momento tiene noticia el sindicado de que va a presentarse una acusación”⁸⁵. Incluso, se sostuvo que el juicio inicia técnicamente con el llamamiento a la audiencia preparatoria⁸⁶.

84 “Señaló el doctor Osorio que se pretende buscar un escenario más cómodo para la investigación y entender que esta se inicia desde el momento en que se formulan los cargos”. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 651.

85 Doctor Gustavo Morales. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 651. Curiosamente había sido el representante de la Procuraduría quien desde la reunión cumplida el 7 de junio solicitó se estableciera desde cuándo existe investigación (página 556), y un mes después se ofreció respuesta, frente a la misma pregunta formulada en esta ocasión por el Ministro del Interior y de Justicia.

86 “[...] técnicamente comienza con el llamamiento a la audiencia preparatoria [...]”. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 668.

Sin embargo, del texto constitucional surge que una cosa es adelantar una investigación, y otra ejercer la acción penal. Más aún, frente a la disposición del artículo 251, puede válidamente concluirse que el ejercicio de la acción penal, en rigor, consiste en acusar.

Sin embargo, el artículo 250 otorga a la Fiscalía una serie de facultades que puede ejercer tanto durante la investigación como con posterioridad a la acusación. Dentro de un contexto acusatorio y adversarial, es atendible que el derecho de defensa se desate a partir del ejercicio de la acción penal, a no ser que durante la investigación se precipite alguna medida contra algún derecho fundamental, caso en el cual el ejercicio del derecho de defensa igualmente se anticipa.

Sin embargo, la conclusión alcanzada por la CRC es que en la medida que la Constitución no limitó el ejercicio del derecho de defensa durante la investigación, su ejercicio es pleno durante la misma, significando que no pueden haber momentos de la investigación sustraídos al derecho de defensa.

2. Prevalencia del derecho de defensa sobre el principio adversarial

Por otra parte, en los sistema adversariales se precisa que la Fiscalía formule algún tipo de pretensión contra el investigado, lo cual constituye prerequisite indispensable para activar el derecho de defensa; de manera distinta no puede haber adversariedad, precisamente porque la misma compromete dos pretensiones encontradas.

Desde luego, hay un orden lógico temporal: si no hay pretensión contra el procesado ordinariamente condensada o condensable, en cargos, tampoco puede haber pretensión de rechazo de aquella.

Mientras que en un esquema inquisitorial, donde la adversariedad no es presupuesto del proceso, es viable ejercer la defensa en ausencia de pretensiones del fiscal, pues se admite la indefinición que provee la falta de pretensiones, en la medida que la defensa no se opera respecto de una ellas en concreto, sino de un proceso, más precisamente, de cualquier actividad procesal.

Pero quedó expuesto en las deliberaciones de la CRC que la defensa se ejerce independientemente de la litispendencia penal, puesto que se puede ejercer durante toda la investigación, esto es, incluso cuando la Fiscalía no ha precipitado sus pretensiones mediante la solicitud de aseguramiento o cualquier medida que

•Anexo: La formalización de la investigación como garantía fundamental del investigado•

afecte un derecho fundamental. Lo que equivale a que el ejercicio del derecho de defensa se encuentra garantizado pese a la inexistencia de cualquier tipo de pretensión de la Fiscalía.

Se justificó en que el nudo acto de dar inicio a una investigación, por sí solo afecta, al menos, el derecho fundamental de la intimidad, por consiguiente, tal riesgo, por sí solo, faculta a que se ejerza la defensa. Sin embargo, urge la inquietud, ¿en tales condiciones de qué se defiende el investigado? Y no parece haber otra respuesta a que lo hace respecto de la investigación.

Sin embargo, apreciamos que la CRC asoció el inicio del derecho de defensa a la formalización de la investigación y, al tiempo, que dicho acto procesal es forzoso en toda investigación. Entonces, la garantía forjada por la CRC consistiría en que se precipitó la formalización, es decir, se fuerza a la Fiscalía a anticipar los cargos, para poder dar inicio al ejercicio del derecho de defensa antes de la acusación⁸⁷.

Lo cual podría interpretarse como una particularidad del procedimiento acusatorio colombiano. Lo cierto es que la vocación con que se ejerce el derecho de defensa durante la investigación en el régimen de la Ley 906 de 2004, no es ni puede ser la misma de un procedimiento inquisitivo o mixto.

En efecto, el ejercicio de este derecho se orienta a dos aspectos, en primer lugar, a obligar a la Fiscalía a que precise los hechos jurídicamente relevantes que investiga, para así establecer el investigado y su defensor, qué es aquello de lo cual deben defenderse. Y, por otra parte, permite a la defensa recabar material probatorio anticipándose a los cargos que fijará el fiscal en la acusación. La garantía con que quiso potenciarse el derecho de defensa, a diferencia del sistema de enjuiciamiento inquisitorial, se refleja en que el fiscal que investiga debe siempre de manera anticipada —respecto de la acusación—, anunciar los cargos, mediante la exposición de los hechos jurídicamente relevantes objeto de investigación. Es este acto procesal lo que desata el derecho de defensa, porque su ejercicio se desarrollará, en virtud del principio adversarial, en torno a ellos.

.....
87 Por la misma razón, si bien se admite como coherente en un esquema acusatorio la afirmación según la cual el interrogatorio previsto en el artículo 282 de la Ley 906 de 2004, tiende la entidad suficiente para formalizar la investigación, tal conclusión no consulta el propósito legislativo con que se incorporó la formalización en la CRC. Véase Guerrero Peralta Óscar Julián, Ob cit. Supra. Páginas 265-271.

De manera que el derecho de defensa en el régimen de la Ley 906 durante la investigación se proyecta en los siguientes presupuestos:

- a. La Fiscalía se encuentra obligada a informar de la existencia de la investigación a la persona que está indagando o a la persona relacionada con los hechos objeto de la indagación. Es decir, la Fiscalía se encuentra en la obligación de formalizar todas las investigaciones.
- b. El defensor y el investigado mismo, pueden realizar actividades de indagación apropiadas en apoyo de la defensa, esto es, recolección de material probatorio que pueda redundar en su beneficio.
- c. El procesado o su defensor pueden requerir práctica anticipada de pruebas bajo las condiciones legales consagradas.
- d. Así mismo, pueden controvertir los fundamentos del fiscal para solicitar la aplicación de medidas restrictivas previas a la acusación.
- e. Con fundamento en la prevalencia del derecho de defensa, la formalización de la investigación es una garantía procesal, porque solo a partir de ella su ejercicio adquiere plenitud, entendiéndose que ello sucede cuando se han fijado los hechos que motivan la investigación.

3. Objeto de la formalización

La formalización de la investigación fue definida como el acto por el cual se comunica al investigado la existencia de la investigación. Se formaliza para que el investigado pueda defenderse conforme lo ordena el artículo 29 de la Constitución. Tal fue el estimativo de la CRC.

Precisamente porque el derecho de defensa es pleno, dicha plenitud en un enjuiciamiento predominantemente acusatorio y adversarial solo se alcanza mediante ese acto procesal. Antes de la formalización, cuanto pueden hacer el procesado y su defensor es especular sobre las posibilidades que llegarían a adquirir los cargos, por consiguiente, la indefinición tornaría completamente ambigua y aleatoria la defensa.

Y defenderse de hipótesis, es algo que se supera a través del principio adversarial, porque fuerza a fijar una pretensión por parte del fiscal, que es justamente de lo que habrá de defenderse el procesado.

•Anexo: La formalización de la investigación como garantía fundamental del investigado.

No puede pretenderse, de la forma como se adujo, que quien mejor sabe si está siendo investigado y por qué puede serlo es el investigado mismo, ya que la precisión de los hechos procesalmente significativos, independientemente de la versión que de los mismos pueda tener el investigado, solo puede hacerla el fiscal. Precisamente, porque no se trata de hechos nudos o hechos brutos⁸⁸, sino de hechos previamente valorados, es decir, *hechos jurídicamente relevantes*.

De lo contrario, si se hubiere abandonado el principio adversarial, bastaría que la Fiscalía remitiera una comunicación, a la manera de la Ley 600 de 2000, exponiéndole al investigado el hecho de existir una investigación en su contra. Por ser inapropiado dicho acto a un proceso adversarial, se impuso el de formalización como presupuesto de ejercicio del derecho de defensa.

Como quiera que el procesado no se defiende de lo que a él le parece que pueda estar pensando el fiscal, sino de lo que este exprese, el derecho de defensa no lo puede practicar de forma plena sino a partir del momento en que el fiscal le precisa los hechos jurídicamente relevantes de los cuales debe defenderse. Tal es el presupuesto adversarial vigente en la actuación penal.

4. Obligatoriedad de la formalización

Sin duda la conclusión de la CRC es que resulta obligatorio formalizar toda investigación, esto es, informar mediante audiencia ante el juez de control de garantías al investigado de la existencia de la investigación, para así convertirlo en imputado. La razón, no puede adelantarse investigaciones “secretas” ajenas al ejercicio del derecho de defensa.

Surge entonces la cuestión, ¿a partir de qué momento de la investigación es forzoso formalizarla?

Partiendo de haberse reconocido la plenitud del derecho de defensa durante toda la actuación, y en particular durante la investigación, es necesario apreciar que tan pretendida plenitud solo se alcanza a partir de la formalización, según fue determinado por la CRC. Antes de ella, el procesado y su defensor ignoran los hechos que motivan la investigación y, desde luego, la teoría del caso del fiscal.

Es probable, ciertamente, que el investigado conozca muy conscientemente el récord de sus actuaciones, incluso las que puedan catalogarse de criminales.

.....
88 En contraposición a hechos institucionales.

Sin embargo, aquí adquiere realce la naturaleza institucional del proceso, y el carácter que adquiere el concepto de “verdad” dentro de él. No puede tratarse de una verdad en sentido ordinario, como coincidencia entre lo pensado y lo sucedido, si bien ese criterio se invocó al interior de la misma CRC en rechazo a la formalización excepcional, lo cierto es que la verdad institucional o procesal termina por imponerse más allá, incluso, del error judicial⁸⁹. Por ello mismo, hace parte de ese concepto de verdad institucional, el hecho de exigir al fiscal la formulación no de los hechos acontecidos, sino de los hechos *jurídicamente relevantes*, y ello supone valoración frente a normas, esto es, institucionalización.

Por consiguiente, al investigado no le interesan en sí los hechos brutos, sino la versión que de los mismos vierta el fiscal en el proceso, porque es de esto, y no de aquellos, de lo que ha de defenderse.

Sin embargo, tales consideraciones llevan a una conclusión cuestionable según la cual, si se reconoció la plenitud del derecho defensa durante toda la investigación, y ello solo es viable mediante la formalización de la imputación, la Fiscalía se encuentra obligada a formalizar desde que da inicio a la investigación, pues no fueron previstos por la CRC momentos investigativos estancos o secretos. Esto trae por consecuencia que tampoco puede haber etapas investigativas sustraídas al derecho de defensa.

89 Por cierto que alguna controversia sugiere la sentencia del 21 de abril de 2006, M. P. Édgar Lombana Trujillo, en que la Sala Penal de la Corte Suprema sostuvo: “Y se afirma que el principio adversarial no es absoluto, entre otras razones, porque en Colombia se reconoce el derecho de intervención a las víctimas y al Ministerio Público; y porque el Juez no cumple un papel pasivo como si se tratara del árbitro de una contienda, sino que debe actuar proactivamente como garante de los derechos fundamentales cuando quiera que resulten amenazados o menguados, y debe procurar que el caso se resuelva sobre una base de verdad real y en un plano de justicia material”.

Sin embargo, los términos de la argumentación consultan la realidad de la prevalencia de la verdad procesal, pues es cierto que si bien el juez debe procurar la verdad real en un plano de justicia material, ello se anticipa un propósito ideal que por inalcanzable no desmiente la obligación de fallar; es decir, se trata de un ideal cuya realización no compromete al funcionario, ni a la administración de justicia.

“Descartado como está en la Carta Política, y por vía jurisprudencial, tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional, que el Juez cumpla un papel de mero árbitro en el sistema acusatorio regido por la Ley 906 de 2004, la prohibición de que el Juez decrete pruebas de oficio podría tener eventuales excepciones; para ello es imprescindible que el Juez argumente razonablemente frente a cada caso concreto que de aplicarse literalmente la restricción contenida en el artículo 361, se producirían efectos incompatibles con la Carta y, por ende, inaceptables. Por lo tanto, es factible que por razones de índole constitucional, excepcionalmente el Juez decida inaplicar la prohibición del artículo 361 de la Ley 906 de 2004, para en su lugar aplicar la Constitución Política como norma preponderante que es, con el fin de garantizar precisamente el cumplimiento de alguno de los fines constitucionales del proceso penal”.

•Anexo: La formalización de la investigación como garantía fundamental del investigado.

Sin embargo, puede forzarse por esta vía a la Fiscalía a formular imputaciones, pues se recuerda que se asoció la formalización con la formulación de la imputación, siempre que decida abrir una investigación, sin siquiera saber si es viable la imputación.

Los presupuestos de la CRC conllevarían a que efectivamente la Fiscalía al iniciar una investigación tiene que formalizar, esto es, imputar.

Sin embargo, la Corte Constitucional se guio por otra interpretación al analizar el artículo 8 de la Ley 906 de 2004. Tal valoración llevó a la Corte a concluir que al decir el artículo 8 de la Ley 906, que el derecho de defensa se ejerce una vez adquirida la condición de imputado, solo abriga una de las probables situaciones en que podía hallarse la persona investigada, “lo que implicaría que el derecho de defensa se pueda ejercer antes de adquirirse la condición de imputado”. Lo que a su vez permitió a la Corporación señalar las hipótesis en que la persona investigada puede ejercer su derecho de defensa previo a la imputación.

De esta forma, y efectuando una interpretación sistemática, se evidencia que la misma Ley 906 de 2004 otorga derechos que permiten la activación del derecho de defensa, en cabeza de una persona que aun no siendo imputado se le debe reconocer el derecho a guardar silencio, el derecho a no autoincriminarse, el derecho a declarar en presencia de un abogado, entre otros. Por consiguiente, el propio Código señala las causas y la oportunidad para ejercer el derecho de defensa en las distintas etapas del proceso.

Así pues, fuerza es concluir que la *activación del derecho de defensa* no solo opera desde el momento en el cual se adquiere la condición de imputado, sino que varias hipótesis demuestran que debe poder activarse desde antes que se adquiriera dicha condición. Posición esta reforzada por un análisis sistemático del mismo Código de Procedimiento Penal, que permite el ejercicio del derecho de defensa antes de obtener la condición de imputado⁹⁰.

Por consiguiente, la Corte Constitucional coincide con los miembros de la CRC que defendieron la formalización generalizada, respecto de la plenitud del derecho de defensa. Pero mientras que para garantizarlo estos comisionados asociaron su desencadenamiento a la formalización, la Corte, por el contrario, estimó que simplemente existen momentos previos a la formulación de imputación que facultan

.....
90 Sentencia C-799 del 02 de agosto de 2005, M. P. Dr. Jaime Araujo Rentarías. Cfr. Sentencia C-1154 del 15 de noviembre de 2005, M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

el ejercicio del derecho de defensa, es decir, no es la formalización lo que desata el derecho de defensa, sino el existir investigación.

Se vislumbra que en este último aspecto el criterio de la Corte Constitucional se aproxima mucho más al de quienes defendieron la formalización excepcional previa a la acusación. Obsérvese que la Corte ha expuesto que el derecho de defensa “debe poder activarse”, durante toda la investigación. Pero si ello no se condiciona a la formalización, entonces urge establecer cómo se hace procesalmente hablando para que la defensa “pueda” activarse.

Lo cierto es que por garantista, es más apropiado al derecho de defensa el criterio de la opinión que se impuso en el seno de la CRC, pues, como se observó, la pretendida plenitud del derecho de defensa en un sistema de enjuiciamiento adversarial, se alcanza a partir del momento en que se precisan, al menos, los hechos jurídicamente relevantes.

Si se desasocia la formalización con la formulación de la imputación, ateniéndose al criterio de la Corte, no es preciso formalizar para ejercer el derecho de defensa. Pero la conclusión final de la CRC es diferente, es decir, es preciso formalizar para poder ejercer el derecho de defensa, así que la plenitud del mismo obliga a que se formalice, esto es, se formule imputación sobre el inicio mismo de la investigación.

De la argumentación de la Corte Constitucional pueden aparecer dos conclusiones encontradas:

- a. No es la audiencia de formulación de la imputación la única posibilidad de formalizar la investigación. Por consiguiente, no se ha determinado legalmente lo que debe entenderse por “formalizar”.
- b. O no es la formalización lo que desata el derecho de defensa, por consiguiente, la defensa la ejerce quien no es imputado.

Evidentemente, la última parece la opción más probable. Sin embargo, surge una pregunta de inmediato, ¿quiénes pueden ejercer el derecho de defensa sin ser imputados? ¿Acaso cualquier persona que estime que debe hacerlo, pues no se demanda ninguna condición especial con respecto a la investigación?⁹¹. Pero lo que es aún más complejo, ¿de qué se defiende?

91 A no ser que quiera entenderse tal evento exclusivo para quien resulta ser capturado en flagrancia, mientras se surte la audiencia respectiva, al amparo del artículo 126 de la Ley 906 de 2004. Mas no puede perderse de

•Anexo: La formalización de la investigación como garantía fundamental del investigado.

El artículo 267 de la Ley 906 de 2004 autoriza a quien sin ser imputado y “sea informado” o “advierta” de la existencia de una investigación en su contra, a designar un abogado y recabar evidencia a su favor, así como solicitar control de legalidad sobre las actuaciones que hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales.

La ambigüedad de la disposición es palmaria, en la medida que sugiere la coexistencia de investigaciones informadas y otras sin tal condición. Sin embargo, ¿bajo qué criterios podría admitirse tal discriminación, sin afectar el derecho a la igualdad? La disposición no parece atender los criterios que se impusieron en la CRC, lo cual se explica en que al incorporarse la formalización generalizada y previa a la acusación, no se retomó la discusión de las normas ya aprobadas, pensadas para un proceso en que no había formalización en los términos aprobados finalmente por la CRC.

Podría, aun así, objetarse que la redacción del artículo 250 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo N° 3 de 2002, hace referencia a “investigaciones objetivas”, entendiendo por ello que indaga los hechos que revistan las características de un delito, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia de un delito.

Probablemente no existe incompatibilidad entre el discernimiento de la CRC y la letra del texto constitucional, si se piensa que la indagación de un hecho no constituye investigación propiamente dicha, mientras no se oriente respecto de persona alguna en particular. En el instante en que ello ocurre, es decir, que se procura información respecto de alguien que puede ser estimado responsable, a cualquier nivel del hecho, habría investigación susceptible de defensa, con las consecuencias respectivas, es decir, necesidad de desatar el derecho de defensa.

Sin embargo, la única forma de hacerlo, es mediante el acto de formalización, pues de otro modo no se sabría de qué defenderse.

En suma, la inexistencia de persona determinada en desarrollo de la investigación, es la única hipótesis que controvierte la necesidad de formalización, empero, quien se sienta afectado por una investigación de la que llegue a enterarse, tiene derecho a defenderse y, con ello, a exigir la formalización.

vista que en virtud de la misma norma, la captura atribuye por sí sola la condición de imputado a la persona capturada. Los eventos restantes no tienen contrariedad por cuanto si existe orden de captura es porque ya hubo formalización.

Por cuanto se ha sostenido, la formalización es una garantía del derecho de defensa, esto es, un mecanismo procesal que lo desata. En tales condiciones, cualquier persona, por estar siendo investigada o por creer que lo es, tiene derecho a solicitar la audiencia de formulación de la imputación, porque si bien la ley faculta realizar actos tales como designar un abogado y realizar investigaciones extraprocesales, tales actos los puede hacer cualquier persona en cualquier situación. Un derecho de defensa real, en un sistema de enjuiciamiento adversarial y acusatorio, reclama como presupuesto la formalización de la investigación.

5. Formalización como presupuesto del debido proceso

La obligatoriedad de la formalización previa a la acusación, como presupuesto de ejercicio del derecho de defensa, se erigió en etapa procesal inevitable, presupuesto del acto procesal subsiguiente.

Por una parte, la regularidad de la investigación depende directamente de haber sido previamente formalizada. Pero con posterioridad a ella, se desprenden consecuencias igualmente importantes.

Habiéndonos ya referido al primer aspecto, se concluyó que la formalización constituye una garantía del derecho de defensa, tomando como presupuesto que toda investigación admite defensa y, que tal derecho no admite fractura, así que se puede ejercer durante toda la investigación. Además, que el ejercicio de este derecho, por la naturaleza del procedimiento, reclama la determinación por el investigador, de los hechos jurídicamente relevantes, como criterio de orientación de la defensa.

En cuanto al segundo, la formalización puede llevar a tres posibles actos procesales consiguientes, el archivo de la investigación, la preclusión o la acusación. Sin embargo, tratándose de esta última no se precisa hacer mayores esfuerzos explicativos para concluir que la única forma de poder acusar es habiendo previamente formalizado, por ello nos ocuparemos de las otras dos hipótesis.

5.1. Formalización como presupuesto del archivo de la investigación

La Corte Constitucional definió y ubicó el archivo de las diligencias, al señalar que ello opera en un momento de la “averiguación preliminar sobre los hechos”,

•Anexo: La formalización de la investigación como garantía fundamental del investigado.

en que se ha verificado objetivamente la “inexistencia típica de una conducta, es decir la falta de caracterización de una conducta como delito”⁹².

En la misma providencia asoció el fundamento de la decisión de archivo en la ausencia de tipicidad, a l determinar que “la caracterización de un hecho como delito obedece a la reunión de los elementos objetivos del tipo. La posibilidad de su existencia como tal surge de la presencia de hechos indicativos de esos elementos objetivos del tipo”, lo que condujo a la Corporación a descartar otra motivación jurídica, como por ejemplo ausencia de antijuridicidad o de culpabilidad⁹³.

La Corte también rechazó que la decisión de archivo de las diligencias pudiera asociarse con el desistimiento, o que se tratase de una preclusión, advirtiendo que “esta sucede en un momento posterior del procedimiento penal donde se ha constatado que no existe mérito para acusar pero se ha surtido una instancia anterior: la imputación del indiciado lo que implica la constatación de que los hechos revisten las características de un delito”.

Tal argumentación es profundamente contradictoria, al menos, en cuanto se proyecta sobre el tema que ocupa este estudio en particular.

En efecto, al sostenerse que la imputación supone un juicio cierto de tipicidad objetiva, al menos por parte del fiscal, conlleva a que la formalización se tiene que apoyar en la existencia de sus presupuestos; en consecuencia, por ser un juicio objetivo, al juez de control de garantías corresponde verificar su satisfacción, pues en su ausencia no podría el investigado adquirir condición de imputado.

Siendo ello así, estrictamente, no podría el investigado defenderse con anterioridad, salvo en las situaciones que la misma Corte estimó. Lo cual controvierte la plenitud del derecho de defensa que esa institución distinguió como parámetro de interpretación surgido del artículo 29 de la Carta.

Incluso, el raciocinio de la Corte puede conllevar que aun con posterioridad a la audiencia de imputación tampoco haya lugar al ejercicio del derecho de

92 Sentencia C-1154 del 15 de noviembre de 2005, M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

93 “No le compete al fiscal, al decidir sobre el archivo, hacer consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni mucho menos sobre la existencia de causales de exclusión de la responsabilidad. Lo que le compete es efectuar una constatación fáctica sobre presupuestos elementales para abordar cualquier investigación lo que se entiende como el establecimiento de la posible existencia material de un hecho y su carácter aparentemente delictivo. En ese sentido se condicionará la exequibilidad de la norma”. Sentencia C-1154 del 15 de noviembre de 2005, M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

defensa, situación que se presentaría si el juez de control de garantías estimase que no se acreditó el juicio de tipicidad objetiva del fiscal, caso en el cual la persona no estaría llamada a adquirir la condición de imputado, pues no habría, estrictamente hablando, imputación.

De cualquier forma, la permisión de debates sobre tipicidad a esas alturas procesales y, el control de instancia del juez de control de garantías aludido por la Corte, pone en entredicho tanto el principio acusatorio cuanto la adversariedad del proceso y, lo que es más cuestionable, el ejercicio mismo del derecho de defensa.

Atendido el criterio de la Corporación, la formalización no es presupuesto del archivo de las diligencias. Tal conclusión, desde luego, se aleja del criterio mayoritario de la CRC, aun cuando es coincidente con el de quienes defendieron la excepcionalidad de la formalización, por ser la formalización generalizada y previa a la acusación opuesta a la forma de enjuiciamiento acusatoria y adversarial.

Es así que argumentaron a favor de esta posición que forzar la Fiscalía a formalizar toda investigación, no consultaba la naturaleza misma de la investigación, que no debía confundirse con una instrucción, pues el fiscal debe poder decidirse por no llevar cuanta investigación inicie hasta los estrados judiciales, a no ser que debiese adoptar decisiones como la preclusión. En cambio, sostuvieron, que si no se formalizaba y el fiscal no se determinaba por judicializar, mantenía el poder archivar las diligencias.

Se advierte que es este otro aspecto en el que la Corte asume como criterio legal de la Ley 906 de 2004, el que resultó derrotado por la mayoría de los redactores del Código.

5.2. Formalización como presupuesto de la preclusión de la investigación

Lo sostenido por la Corte en la sentencia C-1154 del 15 de noviembre de 2005, M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, permite arribar a la conclusión que la formalización es presupuesto de la preclusión. Lo cual es perfectamente compatible con los argumentos de la CRC.

En efecto, durante la reunión cumplida por la Comisión el 27 de junio de 2003, y que corresponde al acta 023, se discutió el tema de la preclusión, específicamente las causales. Y justamente las causales que se prestaron a discusión fueron:

•Anexo: La formalización de la investigación como garantía fundamental del investigado•

6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.
7. Vencimiento del plazo máximo de la investigación formalizada cuando las partes o el ministerio público lo hayan advertido previamente. El investigado podrá renunciar a esta causal.

En desarrollo de la deliberación surgieron puntos de conflicto. Específicamente se sostuvo que la preclusión operaba a condición que la investigación se hubiese formalizado, partiendo de la base que no toda investigación cumple tal etapa; se adujo en sustento que en eventos en que no había lugar a formalizar procedía el archivo de la investigación y no la preclusión.

Al respecto se replicó que la Fiscalía se encontraba obligada a investigar todos los actos con connotación objetiva de delito, y que la posibilidad contraria era objeto del principio de oportunidad.

En defensa de la primera posición se insistió que no se compadece con el sistema acusatorio, obligar a la Fiscalía a formalizar toda investigación. Precisamente, en la medida que no se trata de una instrucción, esto es, una investigación judicializada, el investigador debía contar con la facultad de no llevar todas las pesquisas al estrado judicial, pero que la única forma de poder precluir, por cuanto es esta una decisión con efectos de cosa juzgada, era precisamente habiendo previamente formalizado, y se insistió que cuando la Fiscalía no encuentra mérito para judicializar se le debe permitir archivar mediante una decisión sucintamente motivada, que no impidiera reanudar la investigación de darse la necesidad.

Se replicó que carecía de sentido forzar una formalización cuando anticipadamente se sabía que sobrevendría la preclusión y, frente a la decisión de archivo debía estar sujeta a control judicial⁹⁴.

En suma, para la CRC, tanto para la posición mayoritaria como para la que defendió la excepcionalidad de la formalización, esta constituye un prerequisite de legalidad procesal para poder arribar a la preclusión. Criterio que a su vez informó la decisión de la Corte Constitucional contenida en la Sentencia C-1154 del 15 de noviembre de 2005, M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

.....
⁹⁴ Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Páginas 545-547.

III. CONCLUSIONES

La importancia de desentrañar el propósito legislativo tiene explicación, como se adelantó arriba, en identificar los límites de extensionalidad con que se idearon las disposiciones, es decir, qué fue lo que se pretendió con la norma y hasta dónde quiso llegarse. Tal enunciación no es apenas un postulado traído maquinalmente de la Semiología al Derecho, sino que trata de un principio informado legalmente, en nuestro caso desde hace mucho más de un siglo.

En efecto, el artículo 27 del Capítulo IV, sobre interpretación de la ley, contenido en el título preliminar del Código Civil, o Ley 57 de 1887, previó que:

Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento (subraya fuera de texto).

Se trata, nada más y nada menos, que de un criterio de interpretación principal, es decir, al mismo se tiene que recurrir siempre, y no de manera excepcional, cual si se tratase de un criterio auxiliar.

Y, como lo hemos puesto de manifiesto, la pretensión legislativa expuesta en la historia fidedigna de la Ley 906 de 2004, nos informa que la formalización de la investigación generalizada y previa a la acusación, se ingresó a la ley como método para desatar el ejercicio del derecho de defensa.

Se adujo que el mismo derecho no puede fraccionarse, así que no puede haber instantes investigativos sin defensa, y que la formalización se opera mediante la formulación de imputación, en audiencia ante el juez de control de garantías.

Esto conllevó a la conclusión original que debe formalizarse desde un principio, porque es la única forma de realizar el propósito con que se introdujo la formalización, en los términos expuestos. Lo cual, como lo advirtieron los partidarios de la formalización excepcional, cuestiona la pureza del enjuiciamiento concebido y lo arriesga a contradicciones importantes.

A su vez, los partidarios de la posición que se impuso por mayoría, admitieron que era así pero que el enjuiciamiento debía adecuarse, o modularse, conforme a los principios constitucionales, y que el principio constitucional de la integridad

•Anexo: La formalización de la investigación como garantía fundamental del investigado.

del derecho de defensa durante la investigación contenido en el artículo 29, reclamaba que el enjuiciamiento colombiano, acusatorio o no acusatorio, tuviera una investigación integralmente defendida.

Por consecuencia, la formalización en el régimen de la Ley 906 de 2004, es prerequisite de legalidad del proceso, para cualquier etapa subsiguiente.

Finalmente, cuando se decidieron a aprobar la formalización generalizada y previa a la acusación, los miembros de la CRC no retomaron las disposiciones previamente adoptadas, las cuales correspondían a una propuesta original con formalización excepcional, fiel al enjuiciamiento acusatorio y adversarial. Por resultado, la Ley 906 es un entramado contradictorio de normas apropiadas a un procedimiento con y sin formalización.

Una lectura poco informada acerca de la historia fidedigna de la Ley, ciertamente permite arribar a conclusiones lógicas, no siempre debe haber formalización, se puede formalizar de formas diversas a la formulación de imputación, debe haber derecho de defensa excepcional previo a la diligencia de imputación, y muchas otras más que, evidentemente pueden alcanzarse de muy buena fe. Pero son ajenas a la historia fidedigna de la Ley 906 de 2004. Más que ajenas, contrarias.

De acuerdo con la real historia legislativa, la formalización a través de la formulación de la imputación, es una garantía para el procesado, y un requisito de legalidad del procedimiento. Precisamente, porque a partir de ella se realiza el presupuesto del artículo 29 de la Constitución. Es decir, es la forma como se opera o se hace posible el ejercicio real de un derecho fundamental, como es la defensa.

Sin embargo, hemos encontrado decisiones de la Corte Constitucional que, aun cuando se basan en presupuestos compatibles con los de la posición mayoritaria de la CRC, alcanza las conclusiones de la posición derrotada. Ello, fruto de adoptar decisiones que, al menos en su *obiter dicta*, para nada consulta la historia fidedigna de la ley cuya constitucionalidad dice haber guardado.

La carencia de un discurso coherente el cual desde luego debe partir de los presupuestos argumentativos del creador de la ley, hace muy difícil entender las normas y precipita reformas legislativas, sin el control y el debate prescrito por el Acto Legislativo N° 3 de 2002, arriesgando aún más la integridad del enjuiciamiento.

Lo cierto es que se debe defender la interpretación original, que es la que como hasta la saciedad se ha evidenciado, imprime prevalencia al derecho de defensa sobre los principios acusatorio y adversarial.

BIBLIOGRAFÍA

- Adomeit, K. (1984). *Introducción a la teoría del Derecho, lógica normativa, teoría del método y Politología Jurídica*. Civitas.
- Alastuey Dobón, M. C. (2000). *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*. Madrid: Tirant lo Blanch.
- Alcocer, G. (2004). *Los fines del Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia.
- Alessandri Rodríguez, A. (1983). *Derecho Civil. Teoría de las obligaciones versiones taquigráficas de la cátedra del Derecho Civil*. El Esfuerzo.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica, la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales de Madrid.
- Antigua, G. I. (2004). Contradicciones y dificultades de las teorías del castigo en el pensamiento de la Ilustración. En *Mitologías y discursos sobre el castigo*. Anthropos.
- Anzola Gutiérrez, J. E. (1964). *Las conductas antisociales*. Lerner.
- Arangio Ruiz, V. (1952). *Instituciones de Derecho Romano*. De Palma.
- Arenas, A. V. (1991). *Comentarios al Código Penal colombiano* (tomo II). Temis.
- Arias Duque, J. C. (2006). *El sistema acusatorio colombiano. Análisis desde su implementación*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Arias Duque, J. C. (s. f.). *Reflexiones en torno de la inasistencia alimentaria*. Manuscrito presentado para su publicación.
- Arias Duque, J. C. et al. (2006). *El proceso penal colombiano y otros* (tomo I). Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

- Atienza, M. (2001). *El sentido del Derecho*. Ariel.
- Austin, J. L. (1998). *Cómo hacer cosas con palabras*. Paidós Studio.
- Balestena, E. (2006). *La fábrica penal*. Buenos Aires: B de F.
- Baratta, A. (1984). *Integración-prevención, una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*. Ediciones Edersa.
- Bastida, X. (2000). *El Derecho como creencia. Una concepción de la filosofía del Derecho*. Universidad Externado de Colombia.
- Baytelman, A. (2005). *Litigación penal, juicio oral y prueba*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Beccaria, C. (1982). *De los delitos y las penas*. Alianza.
- Beltrán de Heredia y Castaño, J. (1956). El cumplimiento de las obligaciones. *Revista de Derecho Privado*.
- Bergalli, R. (2003). La construcción del delito y los problemas sociales. En *Sistema penal y problemas sociales*. Tirant lo Blanch.
- Beristain, A. (2000). *Victimología. Nueve palabras claves*. Tirant lo Blanch.
- Beristain, A. (2005). *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana. Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético*. Tirant lo Blanch.
- Binder, A. (2004). *Justicia Penal y Estado de Derecho*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Bobbio, N. (1998). *El positivismo jurídico*. Debate.
- Bonfante, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Instituto Editorial Reus.
- Bourdieu, P. (1993). *Espacio social y poder simbólico*. Gedisa.
- Bourdieu, P. (2003). *Cuestiones de Sociología*. Istmo XX.
- Bourdieu, P. y Teubner, G. (2000). *La fuerza del Derecho*. Ediciones Uniandes.
- Busto Lago, J. M. (1998). *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Tecnos.
- Bustos, R. (1983). Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología. En *El pensamiento criminológico II*. Temis.
- Bustos, R. (2005). *Introducción al Derecho Penal*. Temis.
- Bustos, R. (2006) *Lecciones de Derecho Penal*. Trotta.
- Cannata, C. A. (1982). *Profilo Istituzionale del Processo Provato Romano. II: Il proceso formulare*. Turín: Apichelli Editore.
- Cid Moliné, J. (1994). ¿Pena justa o pena útil? El debate contemporáneo en la doctrina española. Ministerio de Justicia.
- Comisión Redactora del Código Penal. (1981). *Trabajos preparatorios, actas del nuevo Código Penal colombiano. Parte general* (vol. I). Colección Pequeño Foro.

•Bibliografía•

- Comisión Redactora del Código Penal. (1981). *Trabajos preparatorios, actas del nuevo Código Penal colombiano. Parte especial* (vol. II). Colección Pequeño Foro.
- Comisión Redactora del Código Penal. (1981). *Trabajos preparatorios, actas del nuevo Código Penal colombiano. Parte especial* (vol. III). Colección Pequeño Foro.
- Congreso Español de Victimología. (2005). *Estudios de Victimología: actas del I Congreso español de Victimología*. Tirant lo Blanch.
- Córdoba, A. y Ruiz, L. (2001). Teoría de la pena, Constitución y Código Penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología* (71).
- D'Ors, Á. (1995). *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del Derecho positivo*. Civitas.
- Damaska Mirjjan, R. (2002). *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Editorial Jurídica de Chile.
- De Ángel Yagüez, R. (1993). *Tratado de responsabilidad civil*. Universidad de Deusto, Civitas.
- Delgado Restrepo, A. C. (dir). (2002). *La resiliencia: desvictimizar la víctima*. CEIC, Rafue. 2002.
- Díaz de Lescano, I. (1997). *La no presunción de solidaridad en las obligaciones: estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Marcial Pons.
- Ennecerus, L. (1944). *Derecho de Obligaciones*. Bosch.
- Espitia Garzón, F. (2006). *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, 6a. ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Fabrés, L. (1990). El bloque de constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (5).
- Falcon y Tella, M. J. y F. (2005). *Fundamentos y finalidad de la sanción penal*. Marcial Pons.
- Ferrajoli, L. (1999). La pena en una sociedad democrática. En M. Martínez (comp.), *La pena: garantismo y democracia*. Gustavo Ibáñez.
- Feuerbach A. V. (1989). *Tratado de Derecho Penal*. José Luis de Salma.
- Foucault, M. (1984). *Vigilar y castigar*. Siglo XXI.
- García del Corral, I. (1989). *Corpus Iuris Civilis*. Lex Nova.
- García España, E. (2006). *La delincuencia según las víctimas. Un enfoque integrado a partir de una encuesta de victimización. Informe ODA 2006*. Fundación El Monte.
- García Rodríguez, M. J. (2007). *Código de los derechos de las víctimas*. Marcial Pons.
- Garland, D. (2005). Castigo, control social y modernidad. *Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo* (11).
- Gorphe, F. (1985). *Apreciación judicial de las pruebas*. Temis.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta.

- Hassemer, W. (1984). *Fundamentos del Derecho Penal*. Bosch.
- Hegel, F. (1999). *Principios de la Filosofía del Derecho*. Edhasa.
- Hirsch, A. (1998). *Censurar y castigar*. Trotta.
- Ibáñez, G. (1995). *Temas de Derecho Procesal Penal*. Santafé de Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Externado de Colombia.
- Jaén, V. (2004) *Derechos fundamentales del proceso penal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Jakobs, G. (1995). *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons.
- Jakobs, G. (1996). *Fundamentos de Derecho Penal*. Ediciones Gráfica 1 AFS. R. L.
- Jakobs, G. (1998). *Sobre la teoría de la pena*. Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (2005). *Derecho Penal del Enemigo*. Universidad Externado de Colombia.
- Kant, I. (1995), *La metafísica de las costumbres*. Rei Andes Ltda.
- Kautzman, T. (1988). *Prevención del delito y tratamiento del delincuente en la Cuba revolucionaria*. Ciencias Sociales.
- Le Torneau, P. (2004). *La responsabilidad civil*. Legis.
- Lesch, H. (1999). *La función de la pena*. Universidad Externado de Colombia.
- Maier, B. J. (2002). *Derecho Procesal Penal* (tomo I: Fundamentos). Ediciones del Puerto s. r. l.
- Maier, B. J. (2003). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Mariño Rojas, C. (2005). *Niñez víctima del conflicto armado: consideraciones sobre las políticas de desvinculación*. Universidad Externado de Colombia.
- Martín, C. (2004). *Los fundamentos de la capacidad penal por razón de edad*. Albolete: Comares.
- Martínez, S. (1990). *La abolición del sistema penal*. Temis.
- Messineo, F. (1971). *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Meza Barrios, R. (1995). *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*. Jurídica de Chile.
- Ministerio de Justicia y del Derecho. (1994). *Documentos y propuestas Sobre Alternatividad Penal*. Bogotá.
- Ministerio Público (México). (2002). *La víctima y su relación con los tribunales federales. Informe de la comisión del Ministerio Público*. Armando Téllez Reyes.
- Mir Puig, S. (1996). *Derecho Penal. Parte general*. Ediciones Tecfoto S. L.
- Molina Arrubla, C. M. (2005). *Principio de protección a las víctimas*. Biblioteca Jurídica Dike.
- Montero Aroca, J. (1990). *Independencia y responsabilidad del juez*. Civitas S. A.
- Montero Aroca, J. (1997). *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch.

•Bibliografía•

- Morales, M. (2004). *Reforma judicial penal*. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Morris, N. (1978). *El futuro de las prisiones*. Siglo XXI.
- Moya, V. (2002). *Relaciones judiciales internacionales de carácter penal con autoridades extranjeras*. Gustavo Ibáñez.
- Moya, V. (2007). *La acción resarcitoria por incumplimiento alimentario en el delito de inasistencia familiar. Estudio comparativo entre las legislaciones colombiana y española*. Recuperado de http://www.researchgate.net/publication/268413051_LA_ACCIN_RESARCITORIA_POR_INCUMPLIMIENTO_ALIMENTARIO_EN_EL_DELITO_DE_INASISTENCIA_FAMILIAR_Estudio_comparado_entre_las_legislaciones_colombiana_y_espaola
- Moya, V. (2007). *Los fallos penales por inasistencia alimentaria. Un desfase entre la ley y la realidad judicial*. Universidad Santo Tomás.
- Moya, V. (2007). *Plan Nacional de Capacitación* (tomo II). Sistema Nacional de Defensoría Pública.
- Moya, V. (2008b). *El manejo de la prueba por intervinientes particulares en el sistema adversarial colombiano*. (Investigación inédita). Universidad Jorge Tadeo Lozano.
- Moya, V. (2009). *Responsabilidad penal de menores y adolescentes*. Módulo, Universidad Católica de Colombia.
- Moya, V. (2010). *La investigación del Derecho Penal en Colombia*. Bogotá: Red Sociojurídica.
- Moya, V. (2011). *Relaciones judiciales penales internacionales*. Universidad Santo Tomás.
- Moya, V. (2012). *El derecho de defensa en procesos penales contra menores*. Manuscrito presentado para su publicación.
- Moya, V. (2012). *La verdad judicial en la Ley 906 de 2004*. Manuscrito presentado para su publicación.
- Moya, V. et al. (2008c). *Manual instructivo con las actuaciones del defensor público en los procesos penales contra adolescentes*. Universidad Militar Nueva Granada, Defensoría del Pueblo.
- Moya, V. et. al. (2008a). *Código comentado de Infancia y Adolescencia. Ley 1098 de 2006*. Universidad Militar Nueva Granada, Defensoría del Pueblo.
- Muñoz, C. (1979). *La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito*. Doctrina Penal.
- Oncea, J. (1940). *Derecho Penal*. Ediciones Instituto Reus.
- Ortiz Ricaurte, É. H. (10-23 de mayo de 2004). Protección de testigos en el nuevo sistema. *Ámbito Jurídico*.
- Ortiz Ricaurte, É. H. (2004a). *Lecciones aprendidas por Colombia para la protección y uso de colaboradores eficaces*. Oficina contra la droga y el delito, Academia de la Magistratura de Perú.
- Ortiz Ricaurte, É. H. (2006). *Acercamiento conceptual de la protección al testigo*. (Investigación en proceso) Investigación en proceso. Universidad Externado de Colombia.
- Ortiz Ricaurte, É. H. (3 de abril de 2006). ¿Por qué reformar el programa de testigos? *Ámbito Jurídico*.

- Osorio Isaza, L. C. (2003, julio 23). Exposición de motivos. Gaceta del Congreso de la República, No. 339.
- Osorio Isaza, L. C. y Morales Marín, G. (2005). *Proceso penal acusatorio, ensayos y actas*. Gustavo Ibáñez.
- Osorio, I. (2005). *Proceso penal acusatorio, ensayos y actas*. Gustavo Ibáñez.
- Paredes, C. (2003). Riesgo y política criminal: la selección de bienes jurídico-penalmente protegibles a través del concepto de riesgo sistémico. En AA. VV., *La seguridad en la sociedad de riesgo. Un debate abierto*. Atelier.
- Pavarini, M. (1992). Menos cárcel y más medidas alternativas. *Nuevo Foro Penal* (56).
- Perdomo, T. (2005). *Los principios de legalidad y oportunidad: fundamentos constitucionales y teórico-penales y su regulación en el Derecho Procesal Penal colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pérez, P. (1993). Las funciones de la pena, especial énfasis en la resocialización. *Revista de Derecho Penal y Criminología* (50).
- Pérez, P. (2006). *El juez penal, juicio oral y las pruebas de oficio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pinatel, J. (1945). *Traité élémentaire de science pénitentiaire et de défense sociale*. Sirey.
- Ramírez, B. (2005). *Sistema acusatorio colombiano*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Restrepo, L. C. (2005). *Reflexiones sobre la pena*. Casa de Nariño.
- Reyes, E. A. (1983). La punibilidad en la dogmática penal y en la política criminal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 6(19).
- Rico, J. M. (1987). *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*. Siglo XXI.
- Rincón Achury, J. (2006). *La víctima, la justicia restaurativa y el sistema acusatorio*. Universidad Externado de Colombia.
- Roxin, C. (1980). *Prevención y determinación de la pena*. Doctrina Penal.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Civitas S. A.
- Roxin, C. (1997). *Dogmática penal y política criminal*. Ideosa.
- Roxin, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Marcial Pons.
- Roxin, C. (2000). *Derecho procesal penal*. (25a ed.). (G. E. Córdoba y D. R. Pastor, trads.). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto.
- Rusche, G. y Kirshcheimer, O. (1984). *Pena y estructura social*. Temis.
- Sainz Cantero, M. B. (1997). *La reparación del daño ex delicto*. Granada: Comares.

•Bibliografía•

- Salinas Beristáin, L. (2002). *Derecho, género e infancia. Mujeres, niños, niñas y adolescentes en los Códigos Penales de América Latina y el Caribe hispano*. Universidad Nacional.
- Santalucía, B. (1989). *Diritto e processo penale nell'antica Roma*. Milán: Giuffrè Editore.
- Sanz, M. (2000). *Alternativas a la pena de la libertad*. Ediciones Colex.
- Scialoja, V. (1954). *Procedimiento Civil Romano. Ejercicio de defensa de los derechos*. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América.
- Stratenwerth, G. (1996). ¿Qué aporta la teoría de la pena? Universidad Externado de Colombia.
- Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. (2007) *Nuevo Código de Infancia y Adolescencia: antecedentes, análisis y trámite legislativo*. Observatorio legislativo y de opinión.
- Vargas, P. P. (2006). *Los intervinientes en el sistema penal acusatorio*. Ediciones Doctrina y Ley.
- Von Liszt, F. (1929). *Tratado de Derecho Penal*. Reus.
- Waller, I. (2002). *Apoyo gubernamental a las víctimas del delito*. Armando Téllez Reyes.
- Welzel, H. (1987). *Derecho Penal alemán*. 3a ed. Jurídica de Chile.
- Zaffaroni, E. R. (1990). *En busca de las penas perdidas*. Temis.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia

Editado por la Universidad Católica de Colombia en julio de 2015, tipografía Times New Roman, tamaño 11 pts., publicación electrónica, Hipertexto Ltda. Bogotá, D. C., Colombia

Sapientia aedificavit sibi domun

Bogotá, D. C., Colombia

IUS-Penal es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las instituciones, doctrinas y prácticas relacionadas con la creación, interpretación y aplicación del derecho penal.

Buscando esquemas más allá de los diseñados para interpretar la ley y teniendo como horizonte una mejor comprensión y desarrollo de la justicia penal colombiana e internacional, esta colección busca aportar elementos para el debate y la formación de un pensamiento penal crítico, tanto en la comunidad académica como en los profesionales que participan en el campo jurídico-penal.

OTROS TÍTULOS DE ESTA COLECCIÓN

- Delitos de peligro abstracto en el derecho penal colombiano. Crítica a la construcción dogmática y a la aplicación práctica
 - Bienes jurídicos o protección a la vigencia de las normas. Una lectura desde la historia social del derecho penal

LOS MENORES EN
EL SISTEMA PENAL
COLOMBIANO

3

Esta obra contiene el resultado de una investigación sobre el sistema penal de menores, derivado de las Leyes 1098 de 2006 y 906 de 2004 y 599 de 2000. Se sitúa en la concepción penal colombiana, pese a la persistencia en oponerla a la ley internacional. En consecuencia, los resultados deben apreciarse siempre en el contexto descrito.

En la primera parte se analiza la responsabilidad penal en general y el desarrollo de la situación de los menores respecto al diseño de la responsabilidad penal en Colombia.

Luego se presenta el procesamiento penal de menores, en el cual se oponen la ley interna y la ley internacional. Por último el tema central del menor como víctima de delitos, y los procedimientos especiales.

