Consejo Superior
de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

Política Criminal

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

Política Criminal

VI Conversatorio Nacional de la Rama Judicial sobre el Sistema Penal Acusatorio: La Política Criminal del Estado Colombiano

y

II Conversatorio Nacional de la Rama Judicial sobre Ejecucion de Penas y Medidas de Seguridad

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

HERNANDO TORRES CORREDOR
Presidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
Vicepresidente

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO
RICARDO MONROY CHURCH
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
"RODRIGO LARA BONILLA"

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora

Consejo Superior
de la Judicatura

Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

Política Criminal

VI Conversatorio Nacional de la Rama Judicial sobre el Sistema Penal Acusatorio: La Política Criminal del Estado Colombiano

y

II Conversatorio Nacional de la Rama Judicial sobre Ejecucion de Penas y Medidas de Seguridad

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”

ESCUELA JUDICIAL "RODRIGO LARA BONILLA", 2010
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2010
Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra
Calle 11 No 9ª -24 piso 4
www.ramajudicial.gov.co

ISBN: 978-958-8403-46-5
Primera edición: septiembre de 2010
Con un tiraje de 3000 ejemplares
Composición: Autorun Diseño y Comunicación

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

PRESENTACIÓN DEL MÓDULO

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en su interés de propiciar espacios para el diálogo de sus miembros convocó al conversatorio LA POLITICA CRIMINAL DEL ESTADO COLOMBIANO. CONVERSATORIO NACIONAL DE LA RAMA JUDICIAL SOBRE EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO. MEDELLIN 17,18 y 19 DE MARZO DE 2011. Convirtiéndose este evento en un suceso sin antecedentes en donde los operadores judiciales hablaron sobre la actual política criminal existente en nuestro país En ese escenario participaron en forma activa el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura Dr. Hernando Torres Corredor, con el tema "Reflexiones sobre la definición de la política Criminal en nuestro Contexto actual" así, como el Dr. Humberto Sierra Porto con su ponencia titulada " Algunas reflexiones sobre las críticas usuales a la política criminal en Colombia", el Dr. Sigifredo Espinosa Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia, el Dr., Javier Zapata, en su calidad de presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En forma activa al interior de las mesas de Trabajo se discutió lo pertinente al proyecto de ley 164 de 2010 (Convivencia Ciudadana), en algunos de los más importantes aspectos que toca como lo referente a las garantías judiciales como la libertad, así como también en lo que tiene que ver con la justicia restaurativa. Los frutos de todas esas discusiones que tuvieron los jueces y magistrados con la participación de miembros de la Policía Nacional y del Ministerio del Interior, se pueden ver en las Relatorías de las Mesas de Trabajo. Convirtiéndose este documento, en un instrumento valioso para investigadores, abogados, jueces y estudiantes que desean ver qué opinan los jueces sobre las normas que una vez sean aprobadas por el Congreso, deberán aplicar en su ejercicio profesional. Invitamos a la comunidad en general a leer entonces estas valiosas páginas.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN DEL MÓDULO 9

1. REFLEXIONES SOBRE LA DEFINICIÓN DE LA POLITICA CRIMINAL EN NUESTRO CONTEXTO ACTUAL 17

1.1. ELEMENTOS CONCEPTUALES PREVIOS 17

1.2. REFERENTE CONSTITUCIONAL DE LOS CONTENIDOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL. 21

1.3. POLÍTICA DE GOBIERNO Y POLÍTICA CRIMINAL 25

1.4. LÍMITES RESPECTO A LA FACULTAD DE CONFIGURACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL. 27

1.5. POLÍTICA CRIMINAL Y SISTEMA PENAL ACUSATORIO 29

1.6. AGENDA EN EL MARCO DE LA POLÍTICA CRIMINAL 37

1.7. REFORMAS AL SISTEMA ACUSATORIO Y LA NECESIDAD DE COHERENCIA DE LA POLÍTICA CRIMINAL 39

2. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS CRÍTICAS USUALES A LA POLÍTICA CRIMINAL EN COLOMBIA 43

2.1. PRECISIONES METODOLÓGICAS, OBJETO DE LA EXPOSICIÓN Y PRECISIONES CONCEPTUALES. 43
2.1.1. Agradecimientos 43
2.1.2. Precisiones sobre el concepto de política Criminal. 46

2.2. INVENTARIO DE PROBLEMAS EN MATERIA DE POLÍTICA CRIMINAL 50
2.2.1. Los problemas de falta de coherencia interna del sistema en materia punitiva. 51

2.2.2. Los problemas de la técnica legislativa. 57
2.2.3. Los problemas relacionados con la coordinación entre el Fiscal General de la Nación y los distintos fiscales, en un contexto de carrera administrativa. 59
2.2.4. Las fuentes formales que regulan la política criminal. 63
2.2.5. El papel del juez constitucional en materia de política criminal. La jurisprudencia. 65

2.3. CONCLUSIONES 67

3. POLÍTICA CRIMINAL 69

4. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y DE LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES EN EL MARCO DE LA POLITICA CRIMINAL 79

4.1. INTRODUCCIÓN 79

4.2. ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA 80
4.2.1. La política criminal en la Constitución Política de 1991 y su relación con la responsabilidad patrimonial del Estado 80
4.2.2. La responsabilidad patrimonial del Estado por la administración de justicia, especial énfasis en la privación injusta de la libertad 85
4.2.3. Responsabilidad personal del servidor público y acción de repetición 105

5. LA POLÍTICA CRIMINAL: EFICACIA SIMBÓLICA, INEFICACIA REAL 111

5.1. INTRODUCCIÓN 111

5.2. EL ORIGEN Y LOS FINES DE LA LEY 112

5.3. LOS ERRORES DE PERCEPCIÓN Y ENFOQUE EN LA LEY DE SEGURIDAD CIUDADANA 113

5.4. LAS CUESTIONES QUE OCULTA O ENCUBRE LA LEY 115

6. POLITICA CRIMINAL 121

6.1. RESUMEN 131

7. DIÁLOGO DE LA JUSTICIA PENAL CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA 131

8. POLITICA CRIMINAL: ENTRE MEDIDAS DE EMERGENCIA Y PROLIFERACION INUTIL DE LEYES. 135

8.1. LA LEY DEBE SER FRUTO DE LA DISCUSION DE TODOS LOS SECTORES DE LA SOCIEDAD 136

8.2. POLITICA CRIMINAL E IMPUNIDAD 139

8.3. RACIONALIDAD LEGISLATIVA Y POLITICA CRIMINAL 141

9. COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY 164 DE 2010 SENADO: 145

9.1. DEL PROYECTO DE LEY 164 SENADO 152

9.2. CONCLUSION 161

10. POLITICA CRIMINAL Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD 163

10.1. POLITICA CRIMINAL QUE NO PENITENCIARIA 167

10.2. CAPACIDAD Y PODER DE REACCION DE LA POLICIA 169

10.3. EMISIÓN Y DIVULGACIÓN DE RESOLUCIONES CONCRETAS Y ESPECÍFICAS SOBRE PAUTAS DE APLICACIÓN 170

10.4. RESOLUCIONES DINÁMICAS DE PERMANENTE CAMBIO Y GESTIÓN 170

10.5. ESTRUCTURA Y OPERANCIA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD AL INTERIOR DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN 171

10.6. PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES 173

11. POLITICA CRIMINAL Y JUSTICIA RESTAURATIVA 177

11.1. NOCION DE POLITICA CRIMINAL Y JUSTICIA RESTAURATIVA. 178

11.2. ORIGEN Y PAPEL DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA 181

11.3. EL INCIDENTE DE REPARACION INTEGRAL SU ANALISIS Y POSIBLES REFORMAS 183

11.4. PROPUESTAS 184

12. EL RETROCESO DE LA RESOCIALIZACION Y LA CRECIENTE PREEMINENCIA DE LA CONCEPCIÓN RETRIBUTIVA DE LA PENA 187

13. MESA 1: DERECHOS FUNDAMENTALES Y RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD 199

14. MESA 2: POLITICA CRIMINAL Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD 203

15. MESA 3: JUSTICIA RESTAURATIVA 207

16. MESA 4: RESOCIALIZACION DE LA PENA 211

VI Conversatorio Nacional de la Rama Judicial sobre el Sistema Penal Acusatorio:

La Política Criminal del Estado Colombiano

Medellín 17,18 y 19 de marzo de 2011

PONENCIAS EXPUESTAS EN PLENARIA

Ponencia 1

REFLEXIONES SOBRE LA DEFINICIÓN DE LA POLITICA CRIMINAL EN NUESTRO CONTEXTO ACTUAL

Hernando Torres Corredor
Presidente Sala Administrativa
Consejo Superior de la Judicatura.

1. ELEMENTOS CONCEPTUALES PREVIOS

Ha de partirse de un concepto sobre política criminal generalizado, a partir del cual ésta consiste en el conjunto de medidas por las cuales la sociedad organiza las respuestas al fenómeno criminal. Entonces, el derecho penal hace parte de un conjunto de medidas mucho más amplio, aunque resulte ser el componente más evidente.

Según Mireille Delmas- Marty, la política criminal configura un campo muy extenso, con fronteras imprecisas para ser estudiada como objeto en sí misma. El estudio de la política criminal está necesariamente referido a la intersección de relaciones que determinan la construcción de diferentes modelos. Estas relaciones pueden ser fundamentales y derivadas, y entre ellas puede haber diversas variaciones que determinan la complejidad del respectivo modelo[1].

De hecho, como lo ha expresado la doctrina y, de manera específica, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, la política criminal

1 *Delmas -Marty, Mireille. "Un Champ différent nommé politique criminelle". En "Le flou du droit". Pag 51.*

puede organizarse de diversas formas dependiendo de las corrientes doctrinales, ideológicas y de valores en que se funda una organización social. Sin embargo, el valor de la libertad es medular. Respecto a las variables posibles para definir la forma de la política criminal, indica Delmas Marty: "*Se tendría entonces la libertad, a pesar de todas las debilidades y ambigüedades de la palabra, como fuente de inspiración preeminente, principio de orden o, según la fórmula de L. Dumont "idea-valor", "aquella que anima cada cultura, da color a toda cosa y finalmente comanda las grandes líneas de organización de todo lo ideológico*"[2].

A partir de la diferencia entre los conceptos de infracción y desviación, la autora citada establece las bases de diferentes escenarios que darán una textura diferente al diseño de la política criminal; estos conceptos son la infracción y la desviación.

La infracción, más allá de la noción técnica de incriminación penal, remite a la idea de transgresión de una norma jurídica. Ella se sitúa en un campo normativo preciso y circunscrito, donde el poder que da la norma está físicamente localizado y jerárquicamente organizado. La infracción aparece entonces netamente delimitada, precisa, puntual, instantánea. De forma simétrica, la respuesta a esta transgresión es visible, circunscrita: ella se manifiesta frecuentemente por una sanción.

De otro lado, la desviación remite a la norma social. Ella se sitúa en un campo donde el poder que da la norma es más difuso, atomizado, móvil, difícil de circunscribir: un poder sin un centro, sin una localización específica y más frecuentemente invisible (familia, escuela, iglesia, club, medio profesional…). Se trata entonces de un comportamiento, así mismo difuso, menos delimitado, se refiere más a un estado permanente que a una acción u omisión de carácter instantáneo. La respuesta al estado de no-conformidad será entonces difusa, menos visible. [3]

Como D. Loschak indica: *"La fuerza del derecho no reside solamente en la fuerza física extrínseca; ella se origina también en el poder propio del discurso: el derecho es una palabra que se impone como legítima, como verdadera, más allá*

2 *Ibídem. Pag 159. Traducción del autor.*
3 *Delmas- Marty, Mireille. Op cit Pag. 161.*

del espacio restringido de cada norma tomada aisladamente con vocación de aplicarse. Instrumento normativo y prescriptivo, que establece normas y sanciones, es también discurso, discurso referencial que pretende describir la realidad al mismo tiempo que la regula". [4]

La regla jurídica contribuye a que sean aceptados como normales ciertos comportamientos y, a la inversa, a descalificar otros considerados como anormales. Ella impone subrepticiamente una cierta imagen de las relaciones sociales que cada persona está implícitamente incitada a reproducir, independientemente de toda noción de obligación jurídica.
La norma social, por su lado, tiende a modificar la norma jurídica, provocando, por la presión ejercida, un movimiento ya sea de despenalización –inaplicación o subrogación de una norma jurídica- o de penalización -a fin de obtener la adopción o la aplicación efectiva de una ley penal-. El mecanismo es complejo y poco conocido, pues la norma jurídica no acoge todas las normas sociales. Ella selecciona entre normas sociales múltiples, diversificadas, frecuentemente contradictorias. En este sentido, ella aparece como el resultado de fuerzas y de resistencias que atraviesan el tejido social. [5]

Otro de los hitos para establecer las características definitorias del escenario en el cual y para el cual se diseñará una determinada política criminal es la relación entre el Estado y la sociedad civil.

Existirán respuestas estatales y respuestas sociales, dado el amplio espectro de la política criminal. Las respuestas estatales dependen de la naturaleza jurídica de la norma transgredida (sanciones penales, administrativas, civiles, arbitrales…), las sociales dependen del carácter más o menos estructurado del sector de la sociedad civil del cual provienen. Las respuestas estatales provocan una respuesta social secundaria y la norma social tiende a veces a producir, o abolir, una norma jurídica.

Es tal la conexión entre las citadas respuestas que Sousa Santos indica que "*…eso que parece deslegalización es en realidad re-legalización. En otros términos, el Estado se expande bajo una forma de sociedad civil. Así, el control social puede ser*

4 *Ibídem. Pag 162. Traducción del autor.*
5 *Delmas Marty, Mireille. Op cit. Pag 164. Traducción del autor.*

ejercido bajo la forma de participación social; la violencia bajo la forma de consenso; la dominación de clase bajo la forma de acción comunitaria…". [6]

Mireille Delmas- Marty diferencia unos modelos básicos dependiendo de la fuerza o debilidad de la relación entre la infracción o la desviación y la respuesta estatal o social. Es decir, si la relación infracción-respuesta estatal es fuerte, la relación infracción- respuesta social será débil o nula y a la inversa.

En el modelo Estado-sociedad liberal, la respuesta al fenómeno criminal es algunas veces estatal (respuesta a la infracción), algunas veces societal (respuesta a la desviación). Se mantiene la distinción entre Estado y sociedad civil. En tal sentido, el Estado no impone la orientación y el control de todas las respuestas al fenómeno criminal y deja una parte a la sociedad civil.

En el modelo de Estado autoritario, tanto la infracción como la desviación, dan lugar a una respuesta estatal dominante. Autoritaria y no totalitaria, en la medida en que la distinción entre el concepto de desviación e infracción se mantiene.

En el modelo de sociedad peri-estatal, vemos un escenario puramente societal. Continúa la distinción entre infracción y desviación, pero se encarga del fenómeno criminal a la sociedad civil, según un proceso inspirado por el proceso estatal, precisamente porque la respuesta societal no es más que una incitación o un sustituto de la respuesta estatal.

Incitación dado que la respuesta societal a la infracción es causada por una falla del Estado y emana de un grupo social indiferenciado. Sustituto, si la respuesta social traduce la diferenciación y la organización, en el seno del grupo social, de grupos intermediarios que se han dado normas específicas que prefieren generar ellos mismos, de forma más o menos independiente del Estado, por ejemplo la respuesta disciplinaria de carácter profesional o corporativo. [7]

6 *Sousa Santos. "Etre juge demain". PUL, 1983.*
7 *Delmas- Marty, Mireille. Op cit. Pags 170-172.*

Hay modelos donde se confunden la infracción y la desviación. En el modelo de Estado totalitario se rechaza la distinción entre infracción y desviación y se genera una respuesta estatal al fenómeno criminal englobando la totalidad de los comportamientos contrarios a las normas. En este modelo de Estado "justiciero" toda desviación es considerada como infracción y tratada como tal. De la forma inversa, puede suceder que toda infracción sea considerada como una desviación que debe ser curada, de un pecador que debe ser salvado.

Por último, en el modelo de la sociedad sin Estado, la sociedad civil no pretende sustituir al Estado que presenta fallas sino que toma totalmente a su cargo el fenómeno criminal. La ausencia de diferenciación entre infracción y desviación hace que todo comportamiento contrario a las normas, esté controlado bajo la mirada de los "otros". Si el punto de partida es la desviación y se dirige hacia la infracción, la respuesta social toma el comportamiento como una ofensa que genera una deuda y suscita una contraofensa, es decir se fundamenta en una suerte de venganza. Es el escenario de la sociedad "vindicatoria". Si el punto de partida es inverso, desde la infracción hacia la desviación, la respuesta se expresa en un proceso de regulación más difuso, la sociedad se muestra como "una sociedad comunitaria" que se caracteriza por un esfuerzo permanente de integrar, de reintegrar o de mantener al individuo en el seno del grupo social. [8]

2. REFERENTE CONSTITUCIONAL DE LOS CONTENIDOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL.

La política criminal del Estado tiene como referente obligado, la Constitución política. En tal sentido, la Corte Constitucional se ha pronunciado a través diversas decisiones sobre los criterios de la política criminal, reconociéndola como "*…el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción*"[9]

8 *Ibidem. Pag 173.*
9 *Sentencia C-646 de 2001.*

De acuerdo con lo anterior, la estructura de nuestro sistema jurídico, el desarrollo de la política criminal se hace a través *"del procedimiento democrático de adopción de leyes".* Por lo tanto, es el Congreso, el legislador, quien atribuye la fuerza vinculante dado el carácter sancionatorio (punición) del mismo. *"Las leyes son las condiciones sobre las que los hombres independientes se unen en sociedad, cansados de vivir en un estado de guerra continua y de gozar de una libertad convertida en inútil por la incertidumbre de conservarla. Ellos sacrifican una parte de ella para disfrutar del resto con seguridad y tranquilidad. La suma de todas esas porciones de libertad sacrificadas para el bien de cada uno, forman la soberanía de la Nación, y el soberano es el legítimo depositario y administrador…"*[10]

En este contexto, de Estado de derecho, con división de poderes, la Corte Constitucional hace mención de los componentes integradores de la política criminal:

> *"1. Legislación penal… es manifestación concreta de la política criminal del Estado…la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal".* [11]

Precisa que *"la norma penal, una vez promulgada, se independiza de la decisión política que le da origen, conservando la finalidad buscada por su redactor en el elemento teleológico de la norma".*[12]

Sustenta igualmente en la sentencia C-646 de 2001, cuales son las medidas normativas que hacen parte del concepto de política criminal, citando:

> *"1. Las que definen los bienes jurídicos que ese busca proteger por medio de las normas penales, a través de la tipificación de conductas delictivas, es decir, puede:*
> *1.1 Crear o suprimir figuras delictivas*

10 *Beccaria, Cesare. "Des délits et des peines". Notas de Philippe Audegeons. ENS Editions Lyon. 2009. Pag 147.*
11 *Sentencia C-504 de 1993.*
12 *Sentencia C-504 de 1993.*

12. Introducir clasificaciones entre ellas, por ejemplo distinguir entre delitos y contravenciones.
1.3. Establecer modalidades punitivas
2. Las que establecen los regímenes sancionatorios y los procedimientos necesarios para proteger los bienes jurídicos, y las consecuentes diferencias de regímenes sancionatorios y de procedimientos. [13]
3. Las que señalan criterios para aumentar la eficiencia de la administración de justicia
4. Las que consagran los mecanismos para la protección de las personas que intervienen en los procesos penales.
5. Las que regulan la detención preventiva.
6. Las que señalan los términos de prescripción de la acción penal.
7. Las normas del Código de Procedimiento Penal son un elemento constitutivo de la política criminal en tanto instrumento para su materialización, puesto que regulan las formas y los pasos que deben seguir quienes ejecuten dicha política en la práctica"

Estas medidas se adoptan en el momento en que se concluye que es imprescindible acudir al derecho penal como ultima ratio para defender determinados intereses jurídicos.

El máximo Tribunal, enfatiza la necesidad de que la política criminal adopte medidas que tengan su origen en los siguientes ámbitos:

"1. Social, por ejemplo cuando se promueve que los vecinos alerten a las autoridades sobre la presencia de sucesos que puedan estar asociados a la comisión de un delito.
2. Jurídica, cuando se reforman las normas penales.
3. Económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o para incrementar los costos a quienes realicen conductas reprochables.
4. Cultura, por ejemplo al adoptar campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento.

13 *Sentencia C-198/97*

> *5. Administrativo, por ejemplo al aumentar las medidas de seguridad carcelaria".*

Lo anterior obviamente tiene límites, dado que, no obstante la facultad de configuración de la política criminal, en el Estado de Derecho las conductas que se constituyen como delitos y sus sanciones, se determinan en un debate dinámico donde participan fuerzas políticas a través de parámetros racionales, donde los intereses particulares o necesidades coyunturales no distorsionan ese origen dialéctico[14].

De igual forma concurren unos límites básicos relativos a los valores, principios y derechos fundamentales consagrados en la constitución. Especial mención puede hacerse a los principios de objetividad, racionalidad, proporcionalidad y finalidad[15], específicamente al definir las conductas delictivas.

> *"Es por ello, como lo veremos mas adelante, que las medidas de política criminal provienen de la apreciación, análisis y ponderación del legislador cuando revisa los fenómenos de la vida social de mayor o menor daño que ciertos comportamientos causan o pueden llegar a causar en el conglomerado social[16]".*

El artículo primero de la Carta Política establece que Colombia es un Estado Social y Democrático de Derecho que tiene como fundamentos: la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general. En este contexto, no pocas veces ha de ponderarse el valor de la dignidad humana frente a la prevalencia del interés general. De ahí que sea importante resaltar que la política criminal del Estado Social y Democrático de Derecho ha de fundamentarse en los supuestos mencionados, los cuales coadyuvan a armonizar su definición y comprensión.

La política criminal del Estado Social de Derecho se fundamenta esencialmente en los valores constitucionales consagrados en el articulo primero y en el propósito de hacer práctico el principio pro homine que inspira a

14 *Sentencia C-468 de 2009*
15 *C-394 de 1993*
16 *C-013 de 1997*

la Constitución de 1991, además un Estado democrático debe considerar el contexto normativo internacional que ha generado un amplio espectro de protección y garantías a los derechos humanos y a los derechos fundamentales, que incorpora la prevalencia de las mismas, respondiendo a las demandas de la Comunidad Internacional Democrática[17].

Todo este escenario, no hace otra cosa que fortalecer el Estado Constitucional y establecer las premisas de lo que en un Estado Democrático es el equilibrio de los poderes. El poder Judicial logra autonomía y autogobierno, dejando atrás la antigua dependencia del Ejecutivo, quien lo administraba. De otra parte, da fundamento a las reglas de convivencia y la paz, que se expresan en unos aparatos estatales de justicia en todo el territorio nacional, que velan por el ejercicio de las libertades y los derechos. Esta independencia, es esencial a toda organización política y como lo expresa la magistratura francesa. "Por tanto, la democracia no existe completamente si la justicia no es un poder independiente"

El nuevo marco constitucional propició un desarrollo muy significativo de los sistemas jurídicos, tanto para consolidar el debido proceso en todas las actuaciones administrativas y jurisdiccionales, como para fortalecer el derecho material; ello se expresa en la elaboración y aprobación de no menos de 25 leyes y Actos Legislativos.

3. POLÍTICA DE GOBIERNO Y POLÍTICA CRIMINAL

Recordemos como Ferrajoli, al analizar la proporcionalidad de las medidas hace la siguiente referencia: "*la intervención punitiva es la técnica de control social mas gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos*", y en consecuencia, "*el principio de necesidad exige que se recurra a ello solo como un medio extremo*" es decir, *"nullum crimen sine necesítate"*[18]

La política de gobierno ha de estar subordinada en lo fundamental a la política criminal de Estado, la cual no puede responder exclusivamente

17 *Sentencia C-013 de 1997.*
18 *Ferrajoli, L, Derecho y razón . Teoría del Garantismo penal. Valladalid, 1997, p. 465.*

a necesidades coyunturales, a las presiones de la opinión pública, de los medios de comunicación, a los intereses de grupos de presión. Se deriva entonces que si se pretende la reducción de la criminalidad y la solución de los problemas que de ella se derivan, es necesaria una política criminal coherente y proyectada a una plazo mayor a aquel en el que la inmediatez reditúa solidaridad de la opinión pública, pero consecuencias impactantes para la consecución final de lo objetivos del Estado. La sociedad moderna- hoy globalizada- tiende al reconocimiento de una sola comunidad humana en un mundo que supera fronteras y tiempos, supone la participación activa de las organizaciones y de los ciudadanos, es una sociedad de los consensos, y estas características no son ajenas al diseño y desarrollo de la política criminal de Estado, la cual debe tener carácter estable y debe inspirar la política de gobierno.

Una política criminal de Estado ha de considerar los factores de desarrollo social, las particularidades del desarrollo regional, la pluralidad cultural, las condiciones sociológicas, económicas, antropológicas, supuestos estos sobre los cuales el Estado pueda fijar una proyección global genérica y estructural de la política criminal que permita en su momento un manejo adecuado de las circunstancias coyunturales o anómalas, sin que ello genere desmedro de los principios y valores constitucionales, y que sea el fundamento de la política de gobierno.

Cierto es, que una política criminal de Estado se manifiesta de diversas formas y una de ellas, quizás la mas relevante, es la materialización de la misma a través del Código sustantivo y procesal[19], pero ha de indicarse de igual manera, que no puede ser su única manifestación. Empero, se observa que muchas veces los gobiernos usan las reformas penales, con acierto o sin él, como el referente exclusivo de la política criminal cuando, en realidad, se hacen manifestaciones concretas de una política de gobierno; es preciso señalar como lo hacen los Estados Modernos y Democráticos que es necesario *"alimentar un Derecho Penal de anticipación que no tenga por objeto solamente sancionar a quien ha violado la norma, sino que se quiere un Derecho Preventivo gracias a los diagnósticos, a fin de prevenir una eventual transgresión"*.[20]

19 *Sentencia C-205 de 2003*

20 *Jean, Jean Paul. "Les réformes pénales 2000-2010. Entre inflation législative et révolutions*

4. LÍMITES RESPECTO A LA FACULTAD DE CONFIGURACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL.

La Corte Constitucional Sentencia (C-468/09) ha señalado que en el Estado de Derecho, las conductas constitutivas de delitos y sus sanciones, han de ser determinadas por un debate dinámico entre las distintas fuerzas políticas y ajustarse a parámetros racionales, no distorsionados por intereses particulares o necesidades coyunturales[21].

Los límites básicos de la normatividad a través de la cual se expresa la política criminal se encuentran en:

- Los valores, principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política.
- Para la libertad de configuración de los delitos y contravenciones, deben considerarse los principios de objetividad, racionalidad, proporcionalidad y finalidad (sentencia C-394 de 1996).

  En tal sentido, valga la pena recordar lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia Sentencia C-205/03, en cuanto al examen de proporcionalidad de las medidas, pues según Ferrajoli "la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos", y en consecuencia, "el principio de necesidad exige que se recurra a ella sólo como remedio extremo", es decir, nullum crimen sine necessitate[22].

- Las medidas de política criminal provienen de la "*apreciación, análisis y ponderación que el legislador efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado*" (Sentencia C-013 de 1997).

Efectivamente, la política criminal está fundamentada en las condiciones sociales en un espacio y tiempo determinados, pero ¿Qué caracteriza a la

silencieuses". La documentation Française. París. Pag. 16.

21 *Sentencia C-420 de 2002.*

22 *Ferrajoli, L., Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Valladolid, 1997, p. 465.*

sociedad respecto a la cual el legislador y demás actores involucrados en la implementación de la política criminal deben referirse?

Esta sociedad es la de la información, de las comunicaciones y del conocimiento, asistimos a revoluciones en las ciencias genéticas y cognitivas. Constatamos que cada vez transitamos con mayor velocidad de la sociedad MODERNA a la CIVILIZACIÓN EMPATICA, es decir, la sociedad globalizada, que busca el reconocimiento de una sola comunidad humana, un mundo interactivo más pequeño y más cercano, que supone en su conformación la participación activa de las organizaciones y de los ciudadanos; la sociedad de los consensos.

Hace unas décadas el derecho y los sistemas jurídicos eran observados como "neutros", cuando no como obstáculo para alcanzar las metas del desarrollo; ahora, la justicia y la justicia penal, es reconocida por su fundamentalidad, no solo de cara a la acumulación de bienes y servicios, intercambios comerciales, creación de riqueza y de oportunidades de trabajo, sino también por la solidez que ella genera a través de la asignación de derechos, la garantía del efectivo ejercicio de las libertades públicas e individuales y para consolidar y construir instituciones democráticas.

El Desarrollo requiere esfuerzos colectivos y garantías para estimular la inversión y seguridad no sólo en los espacios públicos, sino en la actividad económica, en los intercambios en la civilización empática y en la construcción de confianza, pero también en el buen uso de los recursos, en lograr eficiencia y en reducir costos de transacción.

De acuerdo con la Comisión de Naciones Unidas para el Empoderamiento Legal de los Pobres, se estima que 4.000 millones de personas en el mundo, de los 6.800 millones de seres humanos que lo pueblan, son despojados de la oportunidad de mejorar sus vidas y salir de la pobreza debido a que se encuentran excluidas del Estado de Derecho. Este grupo de la sociedad que vive por debajo de la línea de pobreza o apenas sobre esta, carecen de las protecciones y derechos contemplados por la Ley.

De manera particular en Colombia, cerca de 21 millones de personas que viven bajo la línea de pobreza y 7 millones bajo la línea de miseria,

se encuentran excluidas no solo del empoderamiento de sus derechos fundamentales, sino ausentes de juez y de posibilidades de acceder a los aparatos Estatales de justicia; pero la pobreza no deambula sola, la inequidad colombiana se destaca dentro de las más altas de Latinoamérica con un índice de Gini de 0.57, tan sólo superada por Brasil y Guatemala.

En virtud del principio de igualdad, el legislador debe dar el mismo trato jurídico a las situaciones fácticas que pueden ser comparadas, y establecer las diferenciaciones cuando se trate de situaciones fácticas disímiles (sentencias T-02 de 1992 y T-230 de 1994).

La política criminal se expresa también en medidas dirigidas a ejercer un deber de protección de los derechos humanos, por ejemplo, la tipificación del delito de genocidio o de la desaparición forzada de personas, que responde al cumplimiento de compromisos internacionales asumidos por el Estado colombiano, o incluso para hacer efectiva una norma constitucional, como es el caso del enriquecimiento ilícito (Sentencia C-205/03).

De conformidad con lo citado, podemos establecer que desbordaría el marco de configuración legislativa la decisión de optar por imponer la pena de muerte, la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes, el destierro, la prisión perpetua, o la confiscación, o hacer nugatorias las garantías derivadas del derecho al debido proceso.

Resultan viables las restricciones y limitaciones que en ejercicio del ius puniendi puedan imponerse a algunos derechos fundamentales (libertad de movimiento, o reunión, o libertad de elegir oficios, por ejemplo).

5. POLÍTICA CRIMINAL Y SISTEMA PENAL ACUSATORIO

En materia legislativa penal, una expresión concreta e impactante de la política criminal fue la adopción e implementación del sistema penal acusatorio a través del Acto Legislativo 03 del 2002 y la Ley 906 de 2004-, y posterior modificación por la ley 1142 de 2007.

Esta decisión tenía como contexto adoptar la normatividad nacional a las exigencias de carácter internacional en materia de derechos humanos y garantías fundamentales. Esta realización es el mejor acierto en desarrollo de la política criminal de Estado y una verdadera ruptura en la dogmática penal y el procedimiento de carácter oral, público y contradictorio.

La opción adoptada por el legislador, consistente en que el juzgamiento penal se efectúe a través de audiencias orales, regidas por los principios de imparcialidad, legalidad, oralidad, contradicción, concentración, intimidad, inmediación y publicidad, entre otros, exigía que los funcionarios encargados de administrar justicia hicieran una lectura de los derechos desde el ámbito constitucional y por ende, desde el bloque de constitucionalidad.

El juez penal se convierte en un garante de los derechos fundamentales y ha de lograr también la reparación de la víctima del delito, así como asegurar un juicio justo, oportuno y legítimo para el procesado.

El nuevo sistema penal se fundamenta en un esquema adversarial. El principio de inmediación exige que las pruebas sean practicadas ante el juez que adoptará la decisión y el de concentración que sean practicadas en el menor número de audiencias continuas posible.

De otra parte, se incorpora la posibilidad de disponer de la acción penal o de consecución de acuerdos. La Fiscalía, como órgano a través del cual el Estado ejerce la acción penal e investiga los delitos, puede, en virtud del principio de oportunidad, suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal, previo cumplimiento de unas causales que deben ser verificadas por el juez de control de garantías, quien ejercerá el control sobre dicha decisión. Igualmente, la Fiscalía y el imputado o acusado pueden celebrar preacuerdos.

Otra característica de gran impacto es que la víctima es considerada en el sistema penal acusatorio como sujeto de derechos, tanto procesales como materiales entre los cuales la reparación integral es primordial. La víctima tiene derecho a la protección y seguridad en caso de encontrarse

en peligro, a la rehabilitación en caso de ser necesario y a la asistencia psicológica, médica y social en general. Igualmente, tiene derecho a ser asistida por un abogado y a la asesoría técnica para intervenir en las audiencias y diligencias.

La reparación integral comprende, atendiendo a la normatividad internacional sobre derechos humanos, además de la indemnización de los perjuicios de diversa naturaleza, la información y el conocimiento sobre los resultados del proceso y la verdad sobre los hechos de los cuales fue víctima.

La intimidad y dignidad de las víctimas son objeto de especial atención por parte del aparato judicial y las víctimas menores de edad o que tengan alguna discapacidad cognoscitiva tendrán un tratamiento adecuado en el proceso.

La investigación técnico científica y la prevalencia de la libertad y reserva legal y judicial para su restricción, son fundamentos esenciales del proceso penal.

Respecto a la gestión del sistema Penal Acusatorio valga establecer las siguientes variables de interés:

a. Número condenados :

AÑO	CONDENADOS
2011	1.100
2010	51.890
2009	42.328
2008	38.385
2007	31.515
2006	11.982
2005	4.422
TOTAL	**181.622**

Fuente: SIERJU. Información a 31 de
Marzo de 2011 con corte del 9 de mayo de 2011

b. Gestión global:

Año	Casos	%
2011	27.548	6,7%
2010	101.899	24,9%
2009	84.127	20,6%
2008	79.858	19,5%
2007	67.456	16,5%
2006	34.049	8,3%
2005	13.798	3,4%
TOTAL	**408.735**	**100,00%**

Fuente: SIERJU. Información a 31 de marzo de 2011 con corte del 9 de mayo de 2011

TOTAL AUDIENCIAS		
Enero 2005 – Marzo 31 de 2011		
Tipo de Audiencia	No.	%
CONOCIMIENTO	850.075	41,1%
GARANTÍAS	1.217.356	58,9%
TOTAL	2.067.431	100%

Fuente: SIERJU. Información a 31 de marzo de 2011 con corte del 9 de mayo de 2011

c. Tipos de Solicitud en el Sistema Penal Acusatorio

Audiencias de Control de Garantías

Tipo de solicitud	%
Formulación de imputación	29,2%
Legalización de la captura	21,1%

Imposición de medida de aseguramiento	16,7%
Legalización de medios probatorios	4,3%
Orden de captura	3,9%
Aplicación del principio de oportunidad	0,8%
Otras solicitudes	24,1%

Fuente: SIERJU. Información a 31 de marzo de 2011 con corte del 9 de mayo de 2011

d. Tipo de conflictividad atendida en el Sistema Penal Acusatorio

Participación porcentual de delitos en el SAP

TIPO DE PROCESO	% DE PARTICIPACIÓN
Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes	29,9%
Hurto	17,4%
Porte ilegal de armas	6,7%
Inasistencia alimentaría	4,4%
Fabricación y tráfico de armas de fuego o municiones	4,3%
Lesiones personales	4,2%
Homicidio	3,9%
Contra la libertad, integridad y formación sexuales	3,3%
Violencia intrafamiliar	2,1%
Falsedad en documentos	2,0%
Tutelas	1,7%
Contra el patrimonio económico - Otros	1,4%
Contra la eficaz y recta Impartición de justicia	1,4%
Derechos de autor	1,2%
Homicidio culposo	1,0%

TIPO DE PROCESO	% DE PARTICIPACIÓN
Otros procesos	15,2%
TOTAL	100,0%

Fuente: SIERJU. Información a 31 de Marzo de 2011 con corte del 9 de mayo de 2011

Otra disposición normativa cuyo propósito es igualmente incorporar los paradigmas de la normatividad internacional en el orden jurídico interno es el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, implementado gradualmente desde el año 2007.

Veamos algunas variables importantes respecto a la gestión judicial en este sistema:

a. Audiencias realizadas:

TOTAL AUDIENCIAS

Tipo de Audiencia	No.
CONOCIMIENTO	45.138
GARANTÍAS	82.226
TOTAL	127.364

Fuente: Sistema de Información Estadístico la Rama Judicial – SIERJU
Información a 31 de diciembre de 2010 con corte del 17 de febrero de 2011

b. Gestión judicial

Control de garantías

DECISIONES FRENTE A ALGUNOS TIPOS DE SOLICITUDES				
	AÑO 2007	AÑO 2008	AÑO 2009	AÑO 2010
APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD				
% AUTORIZADO	85%	80%	84%	82%
% NO AUTORIZADO	15%	20%	16%	18%

IMPOSICION MEDIDA DE ASEGURAMIENTO				
% IMPUESTA	80%	78%	68%	66%
% NO IMPUESTA	20%	22%	32%	34%
LEGALIZACION DE APREHENSION				
% LEGALIZADA	94%	91%	92%	93%
% NO LEGALIZADA	6%	9%	8%	7%

Fuente: Sistema de Información Estadístico la Rama Judicial – SIERJU
Información a 31 de diciembre de 2010 con corte del 17 de febrero de 2011

c. Número de sancionados

	2007	2008	2009	2010	TOTAL
Condenados Masculino	536	3.033	4.976	8.189	16.734
Condenados Femenino	90	275	455	718	1.538
TOTAL	626	3.308	5.431	8.907	18.272

Fuente: Sistema de Información Estadístico la Rama Judicial – SIERJU
Información a 31 de diciembre de 2010 con corte del 17 de febrero de 2011

	2007	2008	2009	2010	TOTAL
Absueltos Masculino	0	43	150	339	532
Absueltos Femenino	0	4	8	32	44
TOTAL	0	47	158	370	576

Fuente: Sistema de Información Estadístico la Rama Judicial – SIERJU
Información a 31 de diciembre de 2010 con corte del 17 de febrero de 2011

d. Tipos de sanciones impuestas

Sanciones	2007	2008	2009	2010	TOTAL
Libertad Asistida	116	823	1.490	2.598	5.027
Imposición Reglas de Conducta	97	682	1.198	1.913	3.890
Amonestación	79	487	599	1.005	2.170
Internamiento en Medio Semicerrado	54	314	759	1.326	2.453
Privación Libertad Centro Atención Especializado	45	66	229	1.777	2.117
Prestación Servicios a la Comunidad	23	127	154	389	693
Otras	39	152	88	173	452
TOTAL	453	2.651	4.517	9.181	16.802

Fuente: Sistema de Información Estadístico la Rama Judicial – SIERJU
Información a 31 de diciembre de 2010 con corte del 17 de febrero de 2011

e. Tipo de conflictividad atendida

DELITO	%
Hurto	39,2%
Tráfico de estupefacientes y otras infracciones	29,2%
Otros	11,2%
Homicidio	4,8%
Lesiones personales	2,3%
Acceso carnal abusivo con menor de catorce años	1,9%
Actos sexuales con menor de catorce años	1,6%
Violencia intrafamiliar	0,9%
Contra el patrimonio económico - Extorsión	0,7%

DELITO	%
Otros procesos	8,1%

Fuente: Sistema de Información Estadístico la Rama Judicial – SIERJU
Información a 31 de diciembre de 2010 con corte del 17 de febrero de 2011

De otra parte, en desarrollo de la Ley 975 de 2005, Ley de Justicia y Paz, podemos destacar que la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá ha proferido una sentencia contra dos ex jefes paramilitares: Edgar Cobos "alias Diego Vecino" y Úber Bánquez "Juancho Dique" por la masacre de 11 campesinos y el desplazamiento de 300 familias en el corregimiento de Mampuján en el municipio de María la Baja (Bolívar). La condena consiste en una pena alternativa privativa de la libertad por ocho años.

Asimismo, en la sentencia se ordenó al Fondo Nacional de Reparación la reparación de los hijos, padres y esposos de los 11 campesinos masacrados por valor de 40 millones de pesos para cada uno de los miembros, con un máximo de 240 millones para cada familia.

El fallo ordena la reparación por 17 millones de pesos para cada uno de las 1081 personas desplazadas con un máximo de 120 millones para cada familia. Cada una de las siete personas que fueron secuestradas por los paramilitares como guías para la arremetida contra el pueblo, según el fallo, recibirá un total de 300 millones de pesos.

En total, la sentencia ordenó la reparación para las víctimas por un total de 40 mil millones de pesos, además de ordenar al Estado a la inversión en carreteras, puentes, centros educativos, redes de servicios públicos y proyectos económicos productivos para Mampuján.

6. AGENDA EN EL MARCO DE LA POLÍTICA CRIMINAL

De conformidad con el informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, es necesario avanzar sobre algunos tópicos:

1. Control y judicialización de las bandas criminales.

2. Control de la Desaparición forzada

3. Violencia sexual, presentada no sólo como estrategia dentro del conflicto armado, sino en el marco de las relaciones familiares y/o sociales.

En este contexto, es necesario integrar política de educación e información, así como de atención oportuna y de calidad a las víctimas de violencia sexual, entendía como respuestas concretas de protección física, atención médica y sociológica, indicación de acciones judiciales, pero especialmente, integración a proyectos que le permitan a la víctima evitar la repetición de la conductas, represalias y superar niveles de de dependencia del agresor.

No son estas necesidades aisladas de un Estado como Colombia; incluso, países desarrollados han iniciado procesos dirigidos a reforzar los derechos de las víctimas, determinar categorías particulares de delincuentes en primer lugar los agresores sexuales reincidentes. Por ejemplo, en Francia, se busca una mayor efectividad a través del fortalecimiento de la labor investigadora (police et parquet). Pero señala Jean Paul Jean, abogado general en la corte de apelaciones de París y profesor de la Universidad de Poitiers, que *la voluntad de sistematizar y de agravar la represión tiene también por efecto concentrar los problemas en la fase de ejecución de la penas",* indica el profesor Jean: *"la visibilidad de las reformas legislativas, la complejidad de los cambios del funcionamiento cotidiano de la jurisdicción: es entre la inflación legislativa y revoluciones silenciosas que la justicia penal ha cambiado profundamente estos diez últimos años".* [23]

Entonces, la vinculación de las víctimas a los procesos y el reforzamiento de sus poderes reflejan un cambio de una política de *ayuda* a una política de derechos.

Para la Rama Judicial, se establece la necesidad de:

1. Asegurar un gobierno autónomo con presupuesto suficiente.

23 *Jean, Paul Jean. Op Cit.*

2. Enfrentar las causas estructurales de la impunidad:

c) Organizaciones criminales y criminalidad de "cuello blanco".

d) Mejorando el acceso a la justicia, sobre todo en zonas rurales y por grupos específicos

e) Resolviendo la congestión y aumentando la celeridad de los procesos

f) Incrementar la presencia de jueces en el territorio nacional

g) Controles respecto a casos de corrupción de funcionarios y lucha contra la criminalidad política.

En este punto, es necesario recordar que el constituyente del año 91 sentó las bases de lo que sería la gran transformación de la Justicia Colombiana; no solo incorporó instituciones, conceptos y reglas fundamentales del constitucionalismo moderno, sino que creó las Instituciones que complementarían el mapa organizacional de la Administración de Justicia. En efecto, de su seno surgieron la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura y la Fiscalía General de la Nación; todo ello, como marco institucional ha de reflejarse en la ejecución integral de una política criminal.

7. REFORMAS AL SISTEMA ACUSATORIO Y LA NECESIDAD DE COHERENCIA DE LA POLÍTICA CRIMINAL

A pesar de los principios fundantes del nuevo ordenamiento penal, se han generado reformas legislativas que han producido efectos adversos a los postulados en los sistemas orales y el ejercicio del contradictorio. En efecto, lo más paradigmático que tiene el enfoque sobre el derecho a la libertad, es donde más se han concentrado las reformas, ora porque se incrementan los extremos punitivos para que se tramite la detención preventiva, ora porque se extienden los términos de la detención preventiva, ora porque sustancialmente se rechacen las exigencias sustanciales para afectar derechos fundamentales.

Como lo demostramos en acápite anterior, el sistema ha avanzado pero los rezagos de la cultura escrita, las debilidades en la investigación criminal, el cúmulo de casos en la Fiscalía General de la Nación, y los efectos de un aprendizaje colectivo, han generado señales de ausencia de contundencia, de instituciones que aún cuando novedosas en nuestro sistema como el principio de oportunidad, no han cumplido con su cometido; hay un rezago en el conjunto del sistema que es preciso ajustarlo; pero de otro lado, se pretende llenarlo de reformas cuyo eje central es restringir las instituciones de la justicia premial y fortalecer el aumento de las penas, veamos algunos tópicos:

1. Las prohibiciones que establece el artículo 199, que se fundamentan en la materialización y protección de los derechos de los niños (as) y adolescentes, en ocasiones resultan adversos al prohibir la aceptación de cargos respecto de conductas punibles y reprochables, y terminan en juicios que han incrementado las sentencias absolutorias.

2. En el caso de la Ley 1121 de 2006 que reprime delitos de terrorismo, financiación del terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, prohíbe las rebajas para esos tipos penales; sin embargo este fenómeno criminal continúa, y su identificación se hace más difícil dado el nivel de mimetización que se obtiene con las organizaciones criminales; se hace más compleja la investigación, estos son los casos en los cuales la política criminal debe evaluar y monitorear para obtener la verdad y la reparación para las víctimas.

3. El proyecto de Ley No. 164 Cámara y 160 Senado introduce modificaciones al régimen sustantivo y procesal penal. Se motiva por la necesidad de llenar vacíos, lagunas e incongruencias; vemos sin embargo tres tópicos que necesariamente nos lleva a preguntarnos qué tan coherentes son estas medidas de cara a un equilibrio, de una parte combatir el crimen y de otra, garantizar los derechos consagrados en la Constitución y honrados por Colombia mediante la suscripción de tratados internacionales.

- En cuanto a la restricción de la libertad, la reforma introduce dos nuevas circunstancias de la situación de flagrancia; sorprendimiento e individualización a través de la grabación de un dispositivo de video y la aprehensión posterior, y el sorprendimiento en un vehículo utili-

zado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito. Este enfoque cuestiona la naturaleza de la flagrancia sobre la cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema ha generado reiteradas sentencias; y de otra parte nos enfrenta a un problema de responsabilidad penal; el sujeto tenía o no conocimiento de la conducta punible.

- En cuanto a la mediad de aseguramiento: incluye a las víctimas a su apoderado para solicitar la imposición de la medida en los casos en los cuales no sea solicitada por la Fiscalía o no haya sido impuesta; la víctima no es parte, es sujeto interviniente especial; en esencia desplaza a la Fiscalía General con todo lo que ello implica en pruebas, comparecencia, protección. ¿Cómo queda el artículo 250 de la Constitución Política?

- Y este tercero, a título ilustrativo, crea un nuevo tipo penal en el artículo 22- pertenencia a grupos de delincuencia organizada: nuevo artículo 341ª en el código penal. El tipo penal de concierto para delinquir, ya está instaurado en el artículo 340 del código, y fue adicionado por el artículo 19 de la Ley 1121. ¿Esta norma facilita y hace efectivos los esfuerzos que hacen el Estado y la Sociedad para reducir la criminalidad organizada? ¿No será preciso evaluar las normas vigentes más cuidadosamente y que entidades del Estado, fiscales, jueces, defensores, policía técnica judicial, organizaciones sociales participen más contundentemente en estos procesos, antes de su trámite por el legislador

Hacer política criminal y más aún, ejecutar la política criminal de un Estado requiere conocer bien sus necesidades pero también los límites de la restricción de los derechos ciudadanos, de cara a nuestra Constitución que estableció una concepción pro-homine; figuras como la cadena perpetua merecen nuestra última reflexión en este Conversatorio de jueces y magistrados penales de todo el país.

No corresponde a las autoridades que formulan política criminal evaluar si una medida de esta dimensión atenta contra los compromisos que ha honrado Colombia respecto de los derechos humanos, pilar fundamental del constitucionalismo moderno el respeto por la dignidad humana (Art. 1 de la Constitución política) si analizamos más integralmente la Carta Política, ella nos señala: *"En ningún caso podrá haber detención, prisión, ni arresto por deudas, ni penas ni medidas de seguridad imprescrip-*

tibles". (Art. 28). Igualmente encontramos el artículo 34 Constitucional que prohíbe las penas de destierro, confiscación y prisión perpetua; el artículo 93 incorpora el bloque de constitucionalidad, dando alcance a los tratados internacionales de derechos humanos, los cuales tienen prevalencia en el orden interno.

De otra parte, la Declaración de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 5° establece *"nadie será sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles degradantes".* En igual sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 7°.

En resumen, casos como estos tienen que atender el marco de la política criminal de un Estado como el Colombiano no sólo los principios fundantes del Estado Social y Democrático de Derecho y el pilar fundante de la Dignidad en el ser humano es el límite que se le impone al legislador respecto a su facultad discrecional en la elaboración de las normas según jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional.[24]

24 *T-401-92 Eduardo Cifuentes Muñoz.* **"***La dignidad humana …es en verdad principio fundante del Estado….que mas que derecho en sí mismo es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución"*

Ponencia 2

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS CRÍTICAS USUALES A LA POLÍTICA CRIMINAL EN COLOMBIA

Dr. Humberto Antonio Sierra Porto
Magistrado de la Corte Constitucional.

1. PRECISIONES METODOLÓGICAS, OBJETO DE LA EXPOSICIÓN Y PRECISIONES CONCEPTUALES.

1.1 Agradecimientos

En primer lugar, quiero agradecer a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, y en particular a su presidente Magistrado Hernando Torres Corredor, por haberme invitado una vez más a participar en estas actividades de la Escuela judicial, a este IV Conversatorio sobre Justicia Penal titulado "Diálogo de la Justicia Penal con la Constitución". El Doctor Hernando Torres ha sido motor de estos encuentros que son hoy el principal instrumento de retroalimentación entre la rama judicial y el resto del aparato estatal en materia de aplicación del Derecho. Sea esta la oportunidad para felicitar y agradecer al magistrado Torres su total entrega, su capacidad inagotable de trabajo y su inmenso aporte al mejoramiento de nuestra administración de justicia.

Sin lugar a dudas, este tipo de actividades resultan ser una vía adecuada para mejorar la impartición de justicia en Colombia. Presento igualmente un afectuoso saludo a las juezas y jueces, magistradas y magistrados que nos acompañan en este importante escenario de reflexión judicial.

1.2 Precisiones metodológicas.

Antes de comenzar, quisiera iniciar señalando que el propósito de hacer una reflexión con esta temática y por una persona que no es ni criminalista, ni penalista, es el de presentar desde perspectivas diferentes a las tradicionales el "estado del arte" en materia de política criminal. Y para lograr este propósito vamos a tratar *que los árboles no nos impidan ver el bosque*. Sin duda, las angustias y las preocupaciones del día a día nos impiden, con frecuencia, hacer un alto en el camino de nuestro quehacer judicial para adelantar una reflexión profunda sobre los temas importantes, como lo es precisamente este del diseño y puesta en ejecución de la política criminal en Colombia.

Así pues, la conferencia que presentaré ante ustedes atiende a ciertas preocupaciones, percepciones, experiencias e incluso prejuicios, que el autor de estas líneas tiene en relación con el tema que concita nuestra atención. De igual manera, les ruego me excusen las imprecisiones terminológicas que, desde la óptica de los expertos pueda cometer. Se trata de *mirar desde afuera*, desde una perspectiva ajena a la del operador ordinario del derecho penal, pero sin que deje de ser una perspectiva *desde* lo judicial. Y es que por otra parte, la importancia de los temas relativos al ejercicio del derecho sancionador, a las restricciones que se pueden establecer sobre los derechos fundamentales y en particular del derecho a la libertad personal, hacen que la problemática que rodea a este tema deba ser objeto de estudio de todos, y con esto quiero decir de todos los jueces, de los abogados, del resto de órganos y servidores públicos del Estado. *En este sentido podemos decir que la política criminal un asunto tan serio e importante, que su manejo no podemos dejarlo exclusivamente en manos de los penalistas*.

Por otra parte, corresponde iniciar haciendo dos precisiones metodológicas:

a) El derecho que efectivamente se aplica en un Estado es el resultado de adecuar correctamente los preceptos a la realidad social, política y económica sobre la que opera. Para comprender la manera como funciona efectivamente nuestro derecho penal y todos los órganos que se encargan de hacer efectivos los propósitos de este, no basta utilizar una perspectiva formalista, fundada únicamente en una

interpretación abstracta. Es necesario contar con una perspectiva de análisis integral cuando se trata de estudiar esta disciplina. Debemos acudir a la ya clásica, *teoría tridimensional del Derecho*, según la cual un estudio completo de toda institución jurídica debe incluir reflexiones diferentes, pero complementarias desde la filosofía, la sociología y el derecho desde una perspectiva normativa. Lo anterior, que es válido con todos los temas o instituciones jurídicas, se hace más patente cuando la reflexión tiene por objeto la política criminal del Estado.

b) La política criminal, y particularmente las reflexiones sobre ésta se ubican en una zona gris entre la *lege data* y *la lege ferenda*, (entre el ser y el deber ser), por lo que el tono crítico y las propuestas que se puedan derivar, se encuadran en lo que en otros documentos hemos denominado como los nuevos roles de los jueces en el Estado Social de Derecho colombiano, en donde los jueces no pueden limitarse a ser expertos técnicos en la aplicación del Derecho, en simples aplicadores de silogismos jurídicos, sino que deben desarrollar unas destrezas y unas habilidades que le permitan ser, además *administradores de la justicia*[25] La crítica del Derecho vigente, de aquel que debemos hacer efectivo, es una actividad que es indispensable, necesaria en sede de la escuela judicial, pues nos convierte en sujetos activos capaces de generar una lógica dialéctica, una retroalimentación y un dialogo con el resto de órganos y poderes del Estado, y por esta vía podemos ser capaces de hacer (formal y efectivamente) que nuestro Derecho sea cada vez más justo.

1.3 Objeto, propósito y orden

El propósito de esta intervención y de este conversatorio es responder, o por lo menos empezar la reflexión que nos permita dar respuesta a interrogantes básicos sobre la pertinencia y la eficacia del derecho penal. O si se quiere de una manera más general, de la manera como se ejerce el derecho sancionador, el *ius puniendi* del Estado Colombiano.

25 *Vid Sierra Porto, Humberto. La administración de justicia en el Estado social de derecho colombiano. Conferencia presentada el Congreso del Consejo Superior de la judicatura. Cartagena, 2007.*

¿Cuál es la relación del Derecho penal con nuestra realidad? ¿El derecho y la manera como se está aplicando en nuestro Estado son eficaces? ¿Se está cumpliendo adecuadamente? Y si se hace, ¿se están logrando los propósitos o cometidos que se pretendían con su implantación y diseño?

De una manera más concreta, el aporte de esta intervención tiene como propósito realizar un inventario de los principales problemas de política criminal que se detectan desde la justicia constitucional, desde la Corte Constitucional. Se trata, en todo caso, de un simple listado que trata de ir mas allá del lugar común a donde solemos llegar en los distintos foros acerca de la "*política criminal*", que se realizan en nuestro país: la afirmación fatalista según la cual no existe una política criminal en Colombia. El propósito consiste entonces en identificar los casos de real o aparente incoherencia que aquejan a dicha política pública, con el objeto de formular propuestas concretas de solución.

1.4 Precisiones sobre el concepto de política Criminal.

Pero empecemos por el principio, por el concepto de política criminal. Para comenzar, pongamos de presente que cuando hablamos de "política criminal" surge un sinnúmero de interrogantes, tales como: ¿qué se entiende por política criminal?; ¿qué relaciones han existido entre ésta y determinadas tendencias filosóficas y criminológicas?; ¿quién o quiénes son los responsables de diseñarla y ejecutarla?; ¿mediante qué instrumentos, normativos o no, se elabora y lleva a cabo una política criminal?; ¿qué papel o rol juegan o están llamados a cumplir los jueces ordinarios y constitucionales en la materia? e igualmente, ¿en qué aspectos se evidencia la existencia de graves disfuncionalidades en el manejo y ejecución de la política criminal en Colombia?.

Sin lugar a dudas, la búsqueda de elementos de respuesta a cada uno de estos interrogantes implicaría adelantar unos profundos exámenes, que escapan por completo al objetivo de esta presentación. En efecto, no me centraré en los interesantes e intensos debates que se presentan entre defensores y detractores de diversas escuelas criminológicas, tales

como aquellas de la defensa social[26], clásica[27], el pesimismo criminológico[28], la política criminal alternativa, el derecho penal mínimo[29], el nuevo realismo jurídico[30], entre otras. Por el contrario, me limitaré, por cuestiones de tiempo, a hacer algunas precisiones necesarias respecto al concepto mismo de política criminal, para pasar luego a analizar algunas de las principales manifestaciones de las incoherencias que actualmente, aquejan efectiva o supuestamente, la política criminal en Colombia.

Ahora bien, el problema consiste en que, quien pretenda aproximarse a un único e inequívoco concepto de política criminal se enfrentará, como lo sostiene Délmas-Marty, a no pocas dificultades:

> *"¿Y si "política criminal" no fuera más que palabras vacías? ¿O, más bien, palabras llenas de pluralidad de significados que se le atribuye, y absolutamente distintas por la multiplicidad de manifestaciones y matices que cada cultura les ha aportado? ¿Un cuadro, quizá, demasiado laxo, del que las imágenes continuamente huyen?"*[31].

Las señaladas complejidades, como lo sostiene Zúñiga[32], atinentes a la delimitación conceptual de la noción misma de "*política criminal*", derivan del hecho de que estamos antes una disciplina que se nutre de diversos saberes y conocimientos, tales como la sociología, el derecho penal, la criminología, la historia, la ciencia política y el mismo derecho constitucional. De allí su carácter interdisciplinar y las no pocas zonas grises que ofrece.

---

26 *Como lo explica Zuñiga, la Escuela de la Defensa Social, fundada en el positivismo, partía de conocer al delito y al delincuente mediante la aplicación del método científico y la experimentación. Ver al respecto, Zuñiga Rodríguez, Laura, Política Criminal. Madrid: Colex, 2001, p. 97.*

27 *Ver al respecto, Mir Puig, Santiago, Derecho Penal. Parte general. Barcelona: PPU, 1990, p. 23.*

28 *Al respecto, Herrero comenta "Otros, por el contrario, tratan de ubicar a la política criminal fuera del sistema punitivo. Son los abolicionistas del derecho penal. Son, en efecto, pertinentes las voces que se oponen a que el derecho penal exista. A que esté presente cuando se trata de hecer frente a las, según ellas, pretendidas agresiones contra bienes o valores considerados como tales por la mayoría dentro de las democracias liberales. Es la postura de no pocos seguidores de la denominada Criminología Radical o Crítica de cuño marxista. Además, coherentemente, se resisten a hablar de política criminal. Las auténticas disfunciones sociales (las originadas en los abusos de los poderosos que son, en su caso, los únicos que delinquen) sólo podrán subsanarse mediante políticas correctamente sociales". Ver al respecto, Herrero Herrero, César, Política criminal integradora. Madrid: Dikinson, 2007, p. 85.*

29 *Roxin, C, Política criminal y sistema de derecho penal, Madrid, 1972.*

30 *Sutherland, H, Criminology, Boston: 1996.*

31 *Delmas-Marty, Modelos actuales de Política Criminal, 1986, p. 19.*

32 *Zuñiga Rodríguez, Laura, Política Criminal. Madrid: Colex, 2001, p. 21.*

Pues bien, a riesgo de perecer en un intento por encontrar los borrosos contornos que delimitan el vocablo "política criminal", señalemos, por ahora, algunos elementos que la conformarían. Así, digamos que se trata de una estrategia de control social que adopta organizadamente una colectividad, en un determinado momento histórico, a efectos de prevenir y reprimir determinadas conductas que son consideradas en términos de amenaza para la preservación de su cohesión o desarrollo armónico. No se trata, en consecuencia, de una simple descripción de la reacción social frente a la delincuencia, sino de diseñar, implementar, evaluar y articular, un conjunto de instrumentos y modelos efectivos para combatir la criminalidad; todo ello, a partir de la recolección y el procesamiento de datos empíricos y enseñanzas aportadas por la observación objetiva de la realidad social.

Así las cosas, en palabras sencillas, la política criminal no es más que una política de Estado, encaminada a alcanzar unos fines vinculados con la protección de los derechos fundamentales y de bienes jurídicamente amparados (vgr. orden público, moralidad pública, orden económico y social, etc.), frente a determinados comportamientos que los lesionan severamente.

Por su parte, la Corte Constitucional, en sentencia C- 646 de 2001, definió la política criminal como *"el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción"*. Se trata, por tanto, de un concepto amplio, complejo, que abarca multiplicidad de intereses, bienes jurídicos y derechos que requieren protección, ante un elenco variopinto de conductas calificadas como criminales[33], al igual que imperativos de cooperación para combatir la impunidad y la limitación de recursos con que cuentan los Estados para responder ante los desafíos de la criminalidad organizada.

Así pues, el conjunto de respuestas que pueden darse frente al delitos son de diversa índole[34]: social (por ejemplo, solicitando la colaboración

33 *Ver al respecto, Mir Puig, Santiago, Derecho Penal. Parte general. Barcelona: PPU, 1990, p. 24.*

34 *Bustos Ramírez, Juan, Dogmática Penal y Política Criminal, Revista Peruana de Ciencias Penales, núm. 5, 1995.*

de los ciudadanos con la justicia); jurídica (mediante la expedición de normas penales, modificándolas o suprimiéndolas); económica (ofreciendo incentivos económicos, acordando incentivos económicos, etc.); cultural (campañas publicitarias y educativas); administrativas (aumento de medidas de seguridad carcelarias, beneficios carcelarios, incremento del pie de fuerza policial, etc.) o tecnológicas (implementación de medidas para obtener pruebas, brazaletes electrónicos), motivo por el cual, la expedición de leyes viene a ser, tan sólo, una de las diversas formas en que se expresa la política criminal, y no se limita al ejercicio del *ius puniendi*.

En este orden de ideas, surge la siguiente pregunta: ¿por qué a pesar de la complejidad y diversidad de enfoques que pueden asumir las distintas soluciones de política criminal, debemos empezar por el derecho constitucional? Es la pregunta que se impone a continuación. Las respuestas se dan por los contenidos de la Constitución en materia de *ius puniendi*, y la jurisprudencia constitucional sobre la potestad de configuración del legislador al momento de establecer leyes sobre la materia: la Corte Constitucional ha venido enunciando algunas medidas que se ubican al momento de definir una política criminal, tales como (i) definición de bienes jurídicos que deben ser amparados por el ordenamiento jurídico[35], así como elección de los medios represivos encaminados a ampararlos (diferencia entre contravenciones y delitos)[36]; (ii) competencias y procedimientos judiciales aplicables[37]; (iii) determinación de penas y fijación de la duración de las mismas[38]; (iv) tratamiento para la delincuencia política[39]; (v) descongestión de despachos judiciales[40]; (vi) intervenciones en el proceso penal; (vii) humanización de la sanción punitiva[41], entre otras.

Ahora bien, dado que una parte de la política criminal se articula mediante leyes, la Corte ha reconocido que éstas deben respetar la Constitución y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad[42]. Aquello comporta que la determinación de la política criminal en Colombia

35 *Corte Constitucional, sentencia C- 873 de 2003.*
36 *Corte Constitucional, sentencia C- 425 de 2008.*
37 *Corte Constitucional, sentencia C- 591 de 2005.*
38 *Corte Constitucional, sentencia C- 1116 de 2003.*
39 *Corte Constitucional, sentencia C- 537 de 2008.*
40 *Corte Constitucional, sentencia T- 153 de 1998.*
41 *Corte Constitucional, sentencia C- 205 de 2003.*
42 *Corte Constitucional, sentencia C- 591 de 2005.*

encuentra unos límites materiales en la Carta Política, y a su vez, que los principios constitucionales orientan el diseño y ejecución de la misma.

Quiere ello decir que, a manera de conclusión de esta primera parte, que el diseño de la política criminal debe contar con la Constitución misma, texto normativo que fija las bases, los límites y los parámetros orientadores de lo que debe ser cualquier política criminal que se pretenda instrumentalizar en Colombia. De allí que podamos afirmar, en líneas generales, que el respecto por la dignidad humana, la salvaguarda de los derechos fundamentales, así como la protección de ciertos bienes jurídicos esenciales, son el norte que debe orientar el diseño, articulación, ejecución y seguimiento de cualquier política criminal en nuestro país.[43]

Sin lugar a dudas, cuando se está en presencia de un tupido bosque normativo, de una gran cantidad de responsables de diseñar y ejecutar una política pública, se hace necesario contar con un norte, unos criterios, unos aspectos fundamentales que articulen, ordenen y doten de una cierta lógica interna al sistema, a efectos de impedir lo que conocemos: asistematicidad, incoherencia en las actuaciones públicas, tendencia a la dispersión, duplicidad de esfuerzos. De allí que, en un Derecho de Principios, encontremos la vía, el camino, para que las medidas legislativas y administrativas mediante las cuales se pone en marcha la política criminal, terminen siendo coherentes y eficaces.

2. INVENTARIO DE PROBLEMAS EN MATERIA DE POLÍTICA CRIMINAL

Precisado los anteriores aspectos sobre el concepto de política criminal, pasemos a elaborar un inventario, no exhaustivo (lo que debo resaltar), que nos describa los temas más usuales de crítica a la política criminal que

43 *Por ejemplo, entre muchos otros, los siguientes derechos fundamentales: derecho a la vida (*T-452/92, T-484/92, T-529/92, C-546/92, T-571/92, T-613/92, T-028/93, T-251/93, T-318/93, T-328/93, T-380/93, T-494/93, T-014/94, T-029/94, T-135/94, T-140/94, T-154/94, T-192/94, T-235/94, T-500/94, T-531/94, T-552/94, T-567/94, T-004/95, T-092/95, T-144/95, T-181/95, T-207/95, T-271/95, T-379/95 *y C-355 de 2006); derecho a la integridad personal (*T-402/92, C-587/92, T-028/93, T-183/93, T-308/93, T-494/93, T-025/94, T-123/94, T-354/94, T-487/94, T-503/94, T-098/95, T-116/95, T-181/95, T-250/95. T-1005/04, T-1019/04*); derecho a la libertad sexual (C-285 de 1997; T- 732 de 2009); derecho a la libertad personal (C- 368 de 2000; C- 1024 de 2002; C- 850 de 2005), entre otros.*

nos surgen desde la práctica diaria del derecho Constitucional. Se trata de examinar algunos aspectos que generan dificultades de coherencia en la comprensión del derecho, y en el funcionamiento de los órganos responsables de ejecutar y diseñar la política criminal en nuestro país.

2.1. Los problemas de falta de coherencia interna del sistema en materia punitiva.

Uno de los grandes avances que trajo la Revolución Francesa consistió en orientar y limitar la labor del legislador en materia punitiva, no sólo por el (i) principio de legalidad de los delitos y de las penas, sino por aquel de la (ii) proporcionalidad que debe existir entre unos y otras[44]. De tal suerte que la relación parece ser bastante simple: a mayor gravedad y peligrosidad de la conducta, mayor pena debe recibir el delincuente[45]. Sin embargo, en Colombia, debido a las constantes, y algunas de estas improvisadas reformas legislativas, este principio de proporcionalidad no ha sido siempre el norte que oriente el diseño de una política criminal seria.

A decir verdad, la marcada tendencia que existe en nuestro medio a elevar, con relativa frecuencia, el *quantum* punitivo, parece encontrar su explicación no sólo en la gravedad del delito, que puede existir en muchos casos por supuesto, sino en otros "factores exógenos al mismo". En efecto, las frecuentes reformas punitivas suelen estar precedidas por factores externos tales como (i) presión de la opinión pública ante hechos que son presentados por los medios de comunicación como "muy graves" (vgr. los numerosos hurtos de celulares en el transmilenio); (ii) *lobby* realizado por determinados grupos económicos de presión, como por ejemplo, el tráfico de autopartes robadas, hurto de combustibles, hurto de instrumentos de telecomunicaciones (Ley 1142 de 2007); así como delitos informáticos (Ley 1273 de 2009) y delitos contra periodistas (Ley 1426 de 2010) ; (iii) necesidad de ofrecerle a los inversionistas extranjeros un espacio en donde consideren que la tecnología y los productos novedosos que traigan al país serán protegidos, tal y como sucede con los delitos que comprometen medicamentos y equipos médicos, piratería, delitos contra derechos de autor en general (Ley 1032 de 2006); y (iv) respuesta a demandas

44 *Ferrajoli, L, Poder y control, Madrid, 1986.*
45 *Ferrajoli, Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Trotta, 2001.*

de la comunidad internacional ante agresiones que se presentan contra determinados grupos poblacionales y de cuya protección dependen la ratificación de tratados de libre comercio, como es el caso de los sindicalistas (Ley 1309 de 2009).

En misma dirección, se aumentan los términos de prescripción, a 30 años, cuando se trate de las acciones penales derivadas de los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical legalmente reconocida, homicidio de defensor de derechos humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado (Ley 1426 de 2010). Igualmente producto de estas presiones, que se expresan de las más variadas formas, se puede apreciar el desarrollo o hiperdesarrollo de ciertas dependencias de la Fiscalía, como son los casos de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, así como de la UNAIM, gracias a la discutible figura de "ayuda dirigida". Que las prioridades en materia de investigación se orienten o determinen según la disponibilidad del presupuesto que otorgue la comunidad internacional dice muy poco de nuestra soberanía.

Como puede observarse, las constantes reformas punitivas, orientadas casi siempre a aumentar las penas, no parecen partir de un estricto principio de proporcionalidad sino que, muy frecuentemente, configuran una única respuesta frente a hechos delictivos de diversa naturaleza, origen, gravedad y consecuencias en términos de víctimas. Es más, en materia punitiva, se escuchan cada vez más propuestas y voces encaminadas a establecer la cadena perpetua, o incluso la pena de muerte, para determinados delitos, mientras que los actores de otras conductas, igual de graves, reciben toda suerte de beneficios penales.

En efecto, se habla de sanciones muy elevadas para quienes violen o asesinen menores de edad, pero no recibe la misma pena quien realice idéntico comportamiento frente a una madre cabeza de familia, por ejemplo. En este último caso, la afectación y el daño que sufren el núcleo familiar en su conjunto, y la sociedad misma, pueden ser iguales o incluso peores que en la primera hipótesis. Existe, en consecuencia, una tendencia sociológica a emplear el incremento de penas como principal instrumento de lucha para evitar la criminalidad.

Aunado a lo anterior, se presenta una fuerte tendencia a considerar que la pena privativa de la libertad no cumple una función resocializadora sino tan sólo vindicativa[46], lo cual supone, o lleva ínsita, una crítica de falta de credibilidad en el sistema penitenciario. En efecto, se parte, o parece que se parte, de la constatación del fracaso total del sistema penitenciario y en la imposibilidad de que los autores de tales hechos puedan, algún día, volver a integrarse a la sociedad. De tal suerte que, parece que vuelven a estar en boga aquellas tesis de la criminología de inicios del S XX que aludían a criminales por naturaleza[47]. Al respecto, recordemos la siguiente frase de Lombroso:

> *"En realidad, para los criminales natos adultos no hay muchos remedios: es necesario o bien secuestrarlos para siempre, en los casos de los incorregibles, o suprimirlos, cuando su incorregibilidad los torna demasiado peligrosos."*

En el mismo sentido, existe una tendencia a elevar las penas en materia de violencia intrafamiliar, es decir, aquella que es cometida en el seno mismo de la familia por sus integrantes. Sin desconocer la gravedad del hecho, por supuesto, la pregunta que se hace es sí una sanción penal elevada es la mejor y más efectiva manera de hacerle frente a un fenómeno cultural inveterado, fundado en la intolerancia y la exclusión social. Así pues, estamos pretendiendo solucionar profundos problemas, que aquejan diariamente al tejido social, mediante respuestas, casi que exclusivamente punitivas. ¿Dónde están las campañas educativas en la materia?, ¿por qué no articulamos efectivamente las políticas criminal y educativa en Colombia? ¿Se trata de una tendencia al facilismo?

Por el contrario, y de manera paradójica, individuos que han cometido los peores crímenes, considerados como tales por la comunidad internacional, reciben penas muy bajas, es decir, desproporcionadas. Tal situación, además, en un futuro puede traer complicaciones ante la Corte Penal Internacional, y por supuesto, ante el sistema americano de protección

46 *Sobre la función resocializadora de la pena ver: Mir Puig, Santiago, Derecho Penal. Parte General., Barcelona, 1990.*

47 *Ver por ejemplo: Lombroso, César: El delito. Sus causas y remedios (traducción de Bernaldo Quirós). Madrid: Victoriano Suárez, 1902*

de los derechos humanos, de no llegar a demostrarse, al menos, que tal sacrificio en términos punitivos era necesario para alcanzar otros fines.

En otras palabras, los dictados de la justicia transicional, si bien amparan tal comprensión del principio de proporcionalidad de las penas, implican cumplir con unos estándares internacionales importantes en materia de verdad y reparación a las víctimas[48]. Y en el mismo sentido, podemos hoy preguntarnos: ¿existe actualmente una política criminal en Colombia frente a las llamadas "bandas emergentes", o comúnmente conocidas como BACRIM?, las cuales, según algunos estimativos, operan en cerca de 24 Departamentos. ¿Qué son realmente?, ¿se trata de simples grupos de narcotraficantes, de falsos desmovilizados, de neoparamilitares o de grupos armados en los términos del derecho internacional humanitario?

Más grave aún: ¿tiene clara la fuerza pública el cumplimiento de su misión constitucional frente a esta clase de organizaciones criminales? En efecto, existen directrices gubernamentales precarias según las cuales las Fuerzas Militares, cuando quiera que lancen un ataque contra las FARC o el ELN deben aplicar el derecho internacional humanitario, en tanto que si se trata de una BACRIM termina siendo un asunto policial, regido por las normas de derechos humanos. En la práctica, ¿tiene algún sentido tales diferencias cuando los clásicos grupos armados cuentan con cuerpos de milicias urbanas, y a su vez, las llamas BACRIM operan, en algunas partes del territorio nacional, como un verdadero grupo armado irregular?; ¿no estaremos acaso en mora de diseñar y ejecutar una política criminal seria al respecto?

La anterior situación nos evidencia que el legislador no parece tener un panorama completo y claro acerca de los principales riesgos y las nuevas amenazas que pretende conjurar en la sociedad, de la gravedad y la respuesta que debe darse a los comportamientos que lesionan gravemente bienes jurídicos tutelados. Así pues, antes que contar con una política criminal (i) coherente; (ii) fundada en el principio de proporcionalidad de las penas y (iii) que responda efectivamente frente a los nuevos desafíos que plantea la criminalidad organizada; contamos con una política

48 *Ver al respecto, De Gamboa, C., Justicia transicional. Teoría y praxis, Editorial Universidad de Rosario (Colombia), 2006.*

criminal (i) desarticulada; (ii) fragmentada; (iii) ajena muchas veces al principio de proporcionalidad de las penas; y (iv) cuya construcción no ha respondido a la implementación de una estrategia estatal, a largo plazo, de combate contra las formas más graves de criminalidad.

Analicemos un aspecto adicional en materia de sanciones: la aplicación de las figuras de los acuerdos y los preacuerdos[49] ha conducido, en la práctica, a la obtención de rebajas desproporcionadas de penas. Lo paradójico de la situación es que, cuando se revisan los antecedentes de la Ley 906 de 2004 y de las sucesivas leyes que han reformado el Código Penal sustantivo, se encuentra que la explicación de los aumentos punitivos se haya, no propiamente en la gravedad del hecho, sino en brindarle a la Fiscalía un instrumento para poder realizar negociaciones con el imputado (Ley 890 de 2004). Aquello evidencia, en últimas, el carácter meramente simbólico de las penas y de la injusticia que se comete frente a quienes deciden irse a un juicio público y son declarados responsables de la comisión de una conducta punible.

Así pues, en estos tiempos en que la dogmática penal nacional, inspirada en su comprensión de las enseñanzas de Jackobs, habla tanto del "*derecho penal del enemigo*"[50], pareciera que nuestra política criminal se enfoca o direcciona hacia aquellos que, en algún momento específico, son vistos como un gran peligro social, así comentan hechos delictivos muy semejantes, o menos graves incluso, de aquellos que perpetran otros ciudadanos. Así por ejemplo, recibirá una mayor pena quien hurta combustible (hurto agravado, art. 241.14 del C.P.) que quien se apropia de la motocicleta que le servía de único sustento, a él a su familia, a un mensajero (hurto simple, art. 239 del C.P.) De igual manera, recibirá una pena mayor aquel cónyuge que, en un ataque de celos asesina a su pareja (homicidio agravado, con pena entre 400 y 600 meses de prisión), o el conductor embriagado que le causa la muerte a un peatón, o el taxista que, en medio de una

49 *Ver al respecto, Corte Constitucional, sentencia C- 059 de 2010.*

50 *Jacobs, G, Derecho Penal del Enemigo, Cuadernos Civitas, THOMSOM-CIVITAS, 2ª edición, 2006. En pocas palabras, la teoría del derecho penal del enemigo plantea lo siguiente: 1) reglas de imputación de responsabilidad menos estrictas; 2) anticipación de la intervención penal a fases previas a la ejecución e incluso a la preparación del delito; 3) incremento de penas de prisión; 4) restricción a la obtención de beneficios penales; y 5) en algunos casos, restricción a las garantías procesales.*

riña, le provoca la muerte a un pasajero, que un jefe de un grupo armado ilegal que confiesa haber cometido dos mil asesinatos (entre 5 y 8 años).

Del anterior recuento podemos concluir lo siguiente:

a) Existen serios problemas de coherencia en la asignación de penas, entre la gravedad y peligrosidad de la conducta y la sanción a imponer. Lo anterior demuestra el grado de desorientación en los criterios que deben orientar la asignación de penas. Parece que la agravación de la pena en ciertos delitos muestra un énfasis más marcado en el monto de la pena como instrumento disuasorio y como un efectivo instrumento de rehabilitación.

b) El hecho de que determinados grupos de interés puedan ejercer una influencia en la labor legislativa, a grado tal que según su capacidad así será la magnitud de la sanción a imponer, nos muestra la debilidad y permeabilidad del Estado, lo cual genera una falta de credibilidad en la ratio de la política criminal, esto es, que el derecho penal es para los más débiles.

c) Los problemas de desproporción entre tipo, hecho delictivo y sanción o pena demuestran no sólo ausencia de política criminal, sino también carencia de criterios claros en materia de rehabilitación. Las propuestas de agravación punitiva y de cadena perpetua son el mejor exponente de esta idea.

d) La fijación de las penas no responden realmente a la entidad del daño ocasionado a una determinada víctima. Así pues, ligeramente son considerados como "delitos de bagatela" y por ende, no sólo previstos con penas muy bajas sino que tampoco se investigan debido a la aplicación del principio de oportunidad, determinadas conductas que pueden resultar muy graves, en el caso concreto, para una víctima. Por el contrario, ciertas conductas similares son estimadas como "muy graves", dado el poder económico que detenta el afectado. Así por ejemplo, el hurto que mencionamos de la bicicleta del mensajero, no sólo tendrá una pena baja sino que no se adelantará labor investigativa alguna para recuperarla; por el contrario, los autores del hurto

de unos barriles de gasolina tendrá mayores posibilidades de ser sancionados.

e) El anterior estado de cosas evidencia que, en nuestro Estado democrático, las soluciones suelen diseñarse *ex post* y no *ex ante*, es decir, no se estructura una política criminal preventiva, sino sólo represiva.

2.2. Los problemas de la técnica legislativa.

Como se ha explicado, uno de los principales instrumentos de la política criminal lo constituyen las leyes penales. De allí que, los clásicos problemas que afectan a la técnica legislativa, tales como la falta de precisión, coherencia y claridad[51], entre otros, se ven reflejados asimismo en materia penal. Quizá incluso con mayor gravedad dado que se están diseñando, en últimas, medidas severas de intervención en el ejercicio del derecho a la libertad personal.

En tal sentido, un primer gran problema consiste en determinar qué comportamientos deben ser tipificados como delitos, tomando en cuenta, por supuesto, su lesividad. Sin embargo, existen no pocas paradojas en la materia, que afectan la coherencia de la política criminal. Veamos algunos ejemplos evidentes.

a) La comunidad internacional le exige al país que investigue y sancione ejemplarmente la comisión de crímenes de lesa humanidad. De hecho, se trata de una condición cada vez más frecuente en materia de tratados de comercio internacional. Existe igualmente el temor de que la Corte Penal Internacional decida abrir un caso contra Colombia. Sin embargo, si revisamos el actual Código Penal, no encontramos un Título específico que los consagre como tal, a diferencia de lo que sucede en países como Alemania, Francia o España[52]. Así pues,

51 *Carbonell, M, Elementos de Técnica Legislativa, México, UNAM, 2010.*

52 *. Ver al respect; Bassiouni, Ch., Crimes against humanity in International Criminal Law, Oxford: Transnational Publishers, 1999; Capella i Roig, M, La tipificación internacional de los crímenes de lesa humanidad,..Valencia: Tirant lo Blanch, 2005; Cassese, A, International Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2003; Fujita, "Les crimes contre l'humanité dans le proces de Nuremberg et Tokio". En: Kobe University Law Review, 2000; y Lirola Delgado I. y Martín Martínez, M, La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad. Madrid: Ariel, 2001, y Ramelli, Alejandro,*

ninguna de las reformas que ha conocido nuestro Código Penal de 2000 ha abordado el tema. Por el contrario, la ley penal ha sido modificada para abordar otros tópicos tales como: (i) como monopolio rentístico de juegos de suerte y azar (decreto 130 de 2010); (ii) la protección de datos informáticos (ley 1273 de 2009); (iii) discriminación contra las mujeres (ley 1257 de 2008), entre otros.

b) Los problemas de técnica legislativa se evidencian igualmente en la redacción de las normas penales[53], lo cual dificulta, a no dudarlo, crear una política criminal sería para investigarlos y sancionarlos. La existencia de tipos penales con un número alto de verbos rectores es quizá uno de los factores de mayor incertidumbre tanto para operadores estatales, como sujetos pasivos del derecho penal. Así por ejemplo, el tipo penal de lavado de activos (art. 323 de C.P.), contiene la estrambótica cifra de once (11) verbos rectores. Otro tanto sucede con el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 del C.P.), contentivo de doce (12) verbos rectores. Es más, recientemente se expidió la Ley 1311 de 2009, "*'Por medio de la cual se adicionan los artículos 377ª y 377 b a la Ley 599 de 2000 (Código Penal), se crea el tipo penal de uso, construcción, comercialización, tenencia y transporte de Semisumergibles o Sumergibles".* A su vez, en el otro extremo, la brevedad y oscuridad de ciertos tipos penales, constituye una amenaza contra el derecho a la libertad personal. En sentido, baste citar el ambiguo "*interés en provecho propio o de un tercero*" (art. 409 del C.P.), presente en el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos.

c) Tal situación se agrava cuando, de manera improvisada, al amparo de los estados de excepción se decide criminalizar un determinado comportamiento, sin reparar siquiera en la naturaleza jurídica de cada uno de aquéllos, ni tampoco en los problemas relacionados con la vigencia de la ley en el tiempo. Así por ejemplo, para hacerle frente al fenómeno de las "*pirámides*", las cuales venían funcionando durante años a la vista de todas las autoridades competentes, al amparo de una declaratoria de estado de emergencia económica y social, se decidió un expedir varios decretos legislativos creando y modifi-

Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia. Bogotá: Universidad de los Andes, 2011.

53 *Carbonell, M, Elementos de Técnica Legislativa, México, UNAM, 2010.*

> cando tipos penales, tales como (i) captación masiva y habitual de dineros (sentencia C- 224 de 2009); (ii) omisión de control (sentencia C- 225 de 2009); (iii) omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo (sentencia C- 225 de 2009); y (iv) cobros diarios de dinero (sentencia C- 226 de 2009). Adviértase que, evidentemente, estos nuevos o modificados tipos penales no se podían aplicar retroactivamente, es decir, quienes habían venido incurriendo en tales conductas por años no resultarían sancionados. En otras palabras, el estado de excepción en Colombia se ha convertido en un escenario para la creación, de manera improvisada, carente de consensos y de debates, de insumos o elementos que vienen a alimentar y a agravar el estado de cosas en que se haya una política criminal ya de que por sí desarticulada.

De allí que resulta urgente pensar en la necesidad que el Congreso de la República cree una comisión legal especializada que analice seriamente los diversos problemas de técnica legislativa que nos aquejan y que dificultan la puesta en marcha de una política criminal seria. De tal suerte que, así como existen Comisiones Legislativas para temas tan importantes como los derechos humanos, la equidad de la mujer, la preservación de la ética, entre otras, se podría crear una específica para manejar los temas de política criminal.

2.3. Los problemas relacionados con la coordinación entre el Fiscal General de la Nación y los distintos fiscales, en un contexto de carrera administrativa.

Además de los problemas relativos a (i) la desproporción entre el tipo, la conducta delictiva y la sanción o pena, los cuales demuestran la ausencia no sólo de una política criminal sino además de una en materia de rehabilitación, y (ii) las marcadas deficiencias en materia de técnica legislativa, existen otros problemas o aspectos que hacen indispensable un tratamiento coherente y racional de la política criminal o del derecho sancionador del Estado.

Me refiero a los temas relacionados con la coordinación, dirección y articulación de las funciones del Fiscal General de la Nación con sus respectivos fiscales. ¿Cómo compatibilizar las facultades constitucionales de que dispone el primero para (i) Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren; (ii) Asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos; y (iii) Determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, con el principio de autonomía de los fiscales delegados "*en los términos y condiciones fijados por la ley*"? Como ingrediente adicional, tengamos presente que la puesta en marcha de la carrera en la Fiscalía General de la Nación, los funcionarios gozarán de una importante estabilidad, lo cual apunta a reforzar su autonomía.

Sin lugar a dudas, la implementación del régimen de carrera, con todas las dificultades que aquello ha comportado, constituye un importante paso para hacerle frente a la existencia de mecanismos informales del ejercicio del control de gestión y de dirección, por parte del Fiscal General de la Nación, tales como los retiros de servidores inmotivados o falsamente motivados en abstractos conceptos de "necesidades del servicio".

Con todo, la pregunta obligada es entonces: ¿es posible realmente armonizar, en la práctica, la aplicación de dos principios constitucionales que, por definición son antagónicos, tales como jerarquía y autonomía? Más grave aún, ¿que implicaciones comporta tal diseño constitucional al momento de crear e implementar una política criminal al interior de la Institución? Adelantemos algunas reflexiones sobre las disfuncionalidades que aquello comporta.

a) *El problema de la adecuación típica*: piénsese, por ejemplo, en las imputaciones que realizan los fiscales en relación con determinados hechos similares, tal y como sucede con los accidentes de tránsito. Tradicionalmente, se acusa al conductor de la comisión de un delito culposo (negligencia, imprudencia, impericia, factores determinantes de la culpa). Sin embargo, hoy por hoy, coincidente con grandes presiones mediáticas, tales conductas son calificadas a título de dolo eventual, lo cual puede llevar a la imposición de una pena privativa de la libertad muy elevada. O el caso, expuesto por los medios de comunicación, de unos taxistas que

golpean a un pasajero, quienes serían acusados por tentativa de homicidio, antes que por lesiones personales consumadas.

Así, en materia de accidentes de tránsito, en vez de aplicar la pena del homicidio culposo (art. 109 del C.P.), se viene adecuando tal conducta como homicidio doloso (art. 103 del C.P.).

Otro tanto, como se explicó, suele suceder en materia de tentativa de homicidio o lesiones personales consumadas. De igual manera, en materia delitos contra el patrimonio económico, una misma conducta puede ser calificada como hurto agravado, en tanto que por otros fiscales como peculado.

De tal suerte que, en ausencia de una política criminal clara, el proceso de adecuación típica, antes que ser previsible, homogéneo e igualitario, puede terminar siendo azaroso, caprichoso, discriminatorio, injusto, e incluso, dejando un margen de acción para la corrupción. Ante la ausencia de directrices unificadoras, la adecuación termina siendo una forma velada de rebaja o incremento de penas.

Ahora bien, si bien es cierto que no es posible resolver estos problemas normativamente, una dirección coherente por parte de la Fiscalía, si puede ayudar a reducir los eventuales problemas de discrecionalidad externa de las decisiones.

b) *La aplicación del principio de oportunidad*. A pesar de los avances presentados en la materia, se echa en falta la existencia de parámetros más claros, encaminados a orientar el ejercicio de tal facultad discrecional por parte de los fiscales. Aquello conduce, en la práctica, al riesgo de vulnerar el principio de igualdad ante la ley entre los ciudadanos. Este problema, de lograr un equilibrio entre eficacia y no arbitrariedad, fue el tema principal de las discusiones sobre el alcance del sistema acusatorio al interior de la Corte Constitucional. En efecto, las distintas discusiones que ha tenido el juez constitucional acerca de las diversas figuras que conforman el sistema penal acusatorio, han gravitado sobre la tensión que se presenta entre lograr, por una parte, eficacia en la persecución del

delito, y por otra, por un temor frente a las facultades que le fueron conferidas al órgano de investigación y acusación.

Así pues, no obstante los avances jurisprudenciales y normativos, el principio de oportunidad sigue siendo objeto de vacíos y dudas sobre su alcance, tales como las siguientes[54]: (i) ¿se utiliza el principio de oportunidad cuando no se invoca, por omisión?; (ii) ¿se debe procesar la información contenida en todas las denuncias menores, o por delitos particulares, que si bien en el caso concreto no justifiquen proceso alguno, pero que permitan aplicar el principio de oportunidad para establecer elementos para investigar casos de criminalidad organizada?; (iii) el principio de oportunidad debe emplearse realmente para delitos menores o, por el contrario, a efectos de alcanzar propósitos mayores, en especial, combatir el crimen organizado?[55].

c) *Necesidad de diseñar una política criminal encaminada hacia investigaciones estratégicas*. Ante el universo de casos que debe investigar la Fiscalía General de la Nación, es necesario fijar unos blancos de investigación, enfocados hacia la persecución de ciertos casos que por su relevancia e impacto social demandan respuestas concretas y contundentes por parte del órgano de investigación. No se trata, de manera alguna, de desconocer el principio de igualdad entre las víctimas, sino de establecer unos ciertos blancos de investigación. Al respecto, por ejemplo, se puede tomar como criterios orientadores aquellos manejados por los tribunales penales internacionales. En efecto, ante violaciones muy graves de derechos humanos,

54 *Perdomo, J., "Fundamentacion penal material para el ejercicio procesal del ius puniendi y su renuncia" . En: Colombia Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminologicas .2005.*

55 *Un examen atento de los antecedentes legislativos del nuevo C.P.P., en materia de principio de oportunidad, evidencia que partiendo del texto del Acto Legislativo 03 de 2002, fue la voluntad del legislador (i) diseñar un modelo acusatorio propio con aplicación del principio de oportunidad reglado; (ii) antes que ser concebido como un simple mecanismo de descongestión de la justicia penal, se buscó con aquél racionalizar la ejecución de la política criminal del Estado; (iii) se establecieron diversos límites normativos y controles materiales judiciales concretos y efectivos al ejercicio de dicho principio, en el sentido de que no quedase su aplicación al completo arbitrio de la Fiscalía General de la Nación; (iv) fue la voluntad del Congreso de la República que el principio de oportunidad se aplicase no solo para los delitos "bagatela" sino que también se constituyó un instrumento para combatir el crimen organizado; y (vi) las víctimas fuesen tenidas en cuenta al momento de adoptar una decisión en la materia. Ver al respecto: Gaceta del Congreso núm. 564 de 2003; Gaceta del Congreso núm. 89 del 25 de marzo de 2004; Gaceta del Congreso núm. 104 del 26 de marzo de 2004; Gaceta del Congreso núm. 44 del 26 de febrero de 2004; Gaceta del Congreso número 167 del 4 de mayo de 2004; Gaceta del Congreso núm. 200 de 2004; Gaceta del Congreso núm. 378 del 23 de julio de 2004.*

por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia diseñó una política criminal, que orienta su labor, encaminada a priorizar casos con base en criterios tales como[56]: (i) seriedad de los crímenes, número de víctimas, duración de la conducta y ámbito de la destrucción; (ii) papel jugado por persona bajo investigación, especialmente su posición en la jerarquía militar y política, la extensión de su autoridad, y su presunta participación en los crímenes bajo investigación; y (iii) si las personas y los crímenes a ser investigados fueron particularmente notorios, incluso si la persona no tenía una posición jerárquica formal.[57]

De igual manera, una política criminal para temas de graves violaciones de derechos humanos y derecho internacional puede diseñarse de forma tal que existan investigadores encargados, por ejemplo, de determinar autores materiales, en tanto que otros analicen las diversas cadenas de mando. Aquello resultaría importante en dos grandes modalidades de casos: los denominados "falsos positivos" y los crímenes perpetrados por organizaciones delictivas. Se trata, en consecuencia, de racionalizar el trabajo, en el sentido de que un único fiscal no sea responsable por determinar todas las responsabilidades en la comisión de un delito.

2.4. Las fuentes formales que regulan la política criminal.

Otro aspecto que quisiera tratar en la mañana de hoy es el referente a las fuentes formales que regulan la política criminal en Colombia.

Así, en primer lugar, la Constitución fija los parámetros para el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, y por ende, de la política criminal. En efecto, en virtud del principio de reserva de ley, la Corte ha señalado que sólo mediante una norma con fuerza de ley, se pueden crear tipos penales. Al momento de hacerlo, legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, es decir, puede decidir qué comportamientos sociales merecen ser objeto de un especial reproche y sanción[58]. Sin embargo, tal ámbito de configuración normativo se encuentra limitado por la Consti-

56 *TPIY, ICTY Manual on Developed Practices, Turin, 2009.*

57 *Sobre este tema, se recomienda la lectura del siguiente libro: A.A.V.V, Selección y priorización como estrategia de persecución en los crímenes internacionales. Bogotá: GIZ, 2011.*

58 *Mir Puig, Santiago, Derecho Penal. Parte general. Barcelona: PPU, 1990, p. 30.*

tución, en especial, por el respeto del principio de legalidad, entendido éste de modo particularmente estricto.

En efecto, la Corte ha entendido que la norma penal es, al mismo tiempo, un instrumento de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales y un mecanismo de protección de los mismos, así como de determinados bienes constitucionales (vgr. el orden económico y social). En tal sentido, un concepto de bien jurídico vinculante para el legislador sólo puede derivar de los cometidos plasmados en la Carta Política de un Estado Social de Derecho, fundado en la libertad del individuo, en tanto que límites al ejercicio de la potestad punitiva del Estado. De allí que el ejercicio del *ius puniendi*, en materia penal, está sometido al principio de estricta legalidad.
A decir verdad, la tipificación penal de una conducta y la fijación de la pena correspondiente implican siempre una severa intervención del Estado en el ejercicio de los derechos fundamentales[59], en especial de la libertad individual; por lo tanto, le corresponde a la Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, ejercer en estos casos el control sobre los límites que ella le ha impuesto al legislador, en especial, el principio de legalidad estricta.
Más allá de la ley, en tanto que instrumento de política criminal, es necesario preguntarse hasta dónde lo pueden ser los actos administrativos, más exactamente, mediante resoluciones expedidas por el Fiscal General de la Nación, en temas tales como (i) cadena de custodia; (ii) protección de víctimas y testigos; (iii) intervención de éstas en audiencias de justicia y paz; (iv) manejo de evidencia; (v) manuales de criminalística; y (vi) administración de bienes, entre otros.

Pues bien, la Corte en sentencia C- 979 de 2005, con ocasión del examen de una demanda de inconstitucionalidad dirigida contra la norma de la Ley 906 de 2004 que faculta al Fiscal General de la Nación para *"expedir un reglamento, en el que se determine de manera general el procedimiento interno de la entidad para asegurar que la aplicación del principio de oportunidad cumpla con sus finalidades y se ajuste a la Constitución y la ley"*, consideró que tal

59 *Ver al respecto, Bernal, C, El derecho de los derechos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.*

facultad, así como aquella de expedir un manual que fije las directrices internas de funcionamiento de la Entidad, se ajusta a la Constitución.

Sin embargo, a renglón seguido, la Corte se apresto a precisar que el ejercicio de tales facultades debe ceñirse a los lineamientos de política criminal fijados en la ley, a los elementos de política criminal que se derivan de la configuración política del Estado, de la posición que ocupan los derechos fundamentales en el orden constitucional, y en general de los principios y valores de la Constitución, que por supuesto incluye las normas internacionales que concurren a integrar el bloque de constitucionalidad.

En pocas palabras, el Fiscal General de la Nación, al momento de expedir tales reglamentaciones, está sujeto a los lineamientos de política criminal que se derivan de la Constitución y a la política criminal que traza el Estado a través de la ley penal. No se trata, propiamente, de que el Fiscal entre a ejercer una potestad reglamentaria de la ley penal, ni que pueda modificar la aplicación de figuras procesales o de etapas del proceso, so pretexto de fijar parámetros u orientaciones de política criminal. Su competencia se limita a expedir resoluciones que materialicen o instrumentalicen insumos de política criminal, encaminados a que la actuación de la Fiscalía sea uniforme y coherente frente a casos semejantes.

2.5. El papel del juez constitucional en materia de política criminal. La jurisprudencia.

Unas últimas reflexiones acerca del papel que ha venido cumpliendo la Corte Constitucional en materia de política criminal.

a) *Examen de la constitucionalidad de leyes penales.* La Corte Constitucional ha examinado si diversas leyes penales, en tanto que instrumentos de política criminal, se ajustan a los parámetros que en la materia fija la Carta Política. De allí que, en ciertos casos, tipos penales ambiguos u oscuros, hayan sido declarados inexequibles; otro tanto ha sucedido con normas penales contrarias a principios constitucionales tales como aquellos de la presunción de inocencia; e igualmente, en

determinados casos se ha condicionado la exequibilidad de la norma a determinadas interpretaciones[60].

Así pues, una de las labores cumplidas por la Corte Constitucional en materia de política criminal ha consistido, precisamente, en examinar la validez de uno de los principales instrumentos mediante los cuales aquélla se materializa, como lo es la ley penal.

b) *El alcance de las resoluciones que expide el Fiscal General de la Nación*. El examen de este tema resulta muy importante por cuanto brinda luces acerca del sistema de fuentes que integra la política criminal. En tal sentido, como se ha explicado, la Corte ha avalado tal facultad reglamentaria, aunque precisando que el ejercicio de la misma debe realizarse siempre de conformidad con la ley. Quiere ello significar que se trata de una competencia residual, que de manera alguna puede implicar la creación de tipos penales ni alterar la esencia del proceso penal.

c) *La jurisprudencia en materia carcelaria*. Un tercer aspecto, que ustedes conocen, es el referido al papel que ha venido cumpliendo la Corte Constitucional en relación con uno de los aspectos más neurálgicos de la política criminal, cual es el referido a la política carcelaria. Allí, además de la declaratoria del estado de cosas inconstitucional, se han fallado incontables tutelas que apuntan a humanizar el tratamiento carcelario en temas diversos tales como: condiciones de higiene y salubridad; visitas conyugales; requisas, libertad religiosa, entre muchos otros temas. De tal suerte que, juez constitucional ha jugado en la materia un papel importante en tanto que ha brindado insumos para la elaboración de una política pública, y al mismo tiempo, ha ayudado a señalar las disfuncionalidades y carencias que su puesta en marcha ha evidenciado. Por supuesto que dicho papel debe ser acompañado por otros órganos como la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación.

60 *Ver al respecto, Bernal, C, El derecho de los derechos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.*

En suma, actuando en el ámbito de sus competencias, la Corte Constitucional ha venido fijando unas pautas generales para la elaboración y puesta en marcha de una política criminal seria y coherente en el país. Así mismo, a través de sus fallos, ha constatado la existencia de distintas y graves disfuncionalidades que la puesta en marcha de aquella política pública comporta, en especial, en términos de violación a la dignidad humana.

3. CONCLUSIONES

A manera de conclusiones indiquemos unas ideas finales, que se pueden extraer de las anteriores reflexiones que hemos hecho:

Primera. La Corte Constitucional mediante la técnica de las inconstitucionalidades por omisión legislativa relativa, esta tomando decisiones que pretenden establecer cierta coherencia en las normas penales. Si bien es cierto que, en la mayoría de las ocasiones la Corte ha examinado si un determinado tipo penal se ajusta a la Constitución (vgr. receptación de autopartes usadas de vehículos[61], captación masiva e ilegal de dinero[62]; homicidio en persona protegida por el derecho internacional humanitario[63], etc.), en algunos casos ha examinado hasta dónde el legislador ha omitido adaptar la regulación de un determinado tipo penal a la Constitución y a los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad (vgr. reclutamiento ilícito de menores de edad)[64]. Dicha labor resulta ser aún más compleja por cuanto comporta determinar (i) la existencia de la obligación de legislar; (ii) el incumplimiento de hacerlo en un plazo razonable; y (iii) buscar la manera de ajustar el contenido de la norma legal al deber incumplido.

Lo anterior implica, en términos de política criminal, que el juez constitucional no sólo verifica si un determinado instrumento de ejecución de la misma, como lo es la ley penal, se ajusta a la Constitución, sino que entra a constatar la existencia de un incumplimiento parcial, al momento de adoptar una medida de política criminal.

61 *Sentencia C- 205 de 2003.*
62 *Sentencia C- 224 de 2009*
63 *Sentencia C- 291 de 2007.*
64 *Sentencia C- 240 de 2009.*

Segunda. La pluralidad de sujetos responsables de aplicar la política legislativa, así como la cantidad y diversidad de normas jurídicas sobre política criminal y sobre derecho penal que existen en el Estado generan una dinámica que tiende a la dispersión, a un cierto grado de incoherencia. Si bien es prácticamente imposible que exista una absuelta coherencia, las tendencias hacia la dispersión se pueden reducir a grados de aceptable racionalidad.

Las distintas intervenciones que realiza el juez constitucional, en materia de política criminal, deben ser articuladas con los distintos instrumentos y autoridades encargadas de diseñarla, ejecutarla y hacerle seguimiento. En efecto, no existe realmente un monopolio en materia de política criminal, sino un universo de autoridades competentes, razón por la cual se requiere articular el sistema, a efectos de evitar incurrir en las distintas disfuncionalidades señaladas a lo largo del presente escrito.

Tercera. Alcanzar elevados niveles de coherencia y eficacia en la política criminal pasa por contar con la participación protagónica de los distintos órganos y funcionarios con responsabilidades en materia de derecho sancionador. Destacándose en este universo los funcionarios judiciales que como principales aplicadores u operadores jurídicos, somos los mas capacitados para hacer una evaluación de critica constructiva sobre los resultados de la actividad judicial. Los jueces como principal fuente de un proceso de retroalimentación con el resto del Estado y con la sociedad, debemos tener una vocación crítica que nos permitan apreciar las consecuencias, ventajas y la lógica que se obtiene de la aplicación de la política criminal.

De allí que sea necesario cambiar la mentalidad aislacionista, propia del juez encerrado en su torre de marfil, ajeno a la sociedad y a sus necesidades, para pasar a la figura de un juez estadista, esto es, consciente del rol que está llamado a cumplir en la articulación de la política criminal, o si se quiere, en la coherencia del funcionamiento del Estado.

Cuarta. Y finalmente, quiero concluir destacando la importancia del ejercicio al que nos convoco la escuela judicial: La constatación de la existencia de problemas, dificultades, vacíos e inconsistencias en el ejercicio del ius puniendi en nuestro Estado es, sin duda, el primer paso para poder adoptar las medidas dirigidas a corregirlas.

Ponencia 3
POLÍTICA CRIMINAL

Dr. Sigifredo Espinosa Pérez
Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia.

Una realidad incontrastable de nuestra sociedad es que la violencia y el delito siempre van en ascenso. Parece que los esfuerzos que se hacen para detener esa abrumadora realidad resultan ineficaces o por lo menos insuficientes. ¿Cómo puede, entonces, pensarse en una política criminal coherente y consistente, comprometida con el ascenso social de la población y el desarrollo económico del país, que ayude efectivamente a reducir o atenuar el delito y la violencia que suele ser su acompañante tradicional?

Previo a resolver el cuestionamiento, se hace necesario precisar el origen del concepto y los encargados de desarrollarlo.

A ese efecto, en primer lugar, descuella lo consignado en el artículo 189, numeral 4° de la Carta Política, puntual en definir que es al Presidente de la República a quien compete la guarda del orden público y el restablecimiento del mismo, donde estuviere turbado.

Pero, precisamente porque se conoce que el tema de la criminalidad más que al ejecutivo, compete a todos los poderes estatales, o mejor, a la sociedad como tal, se entendió necesario aglutinar a sus más conspicuos representantes para que se trate de una política coherente y consen-

suada, que a más de contextualizar el tema, permita observarlo en toda su dimensión multisistémica.

Acorde con ello, el Decreto 200 de 2003, en su artículo 36, crea como consejo asesor del Gobierno Nacional, entre otros el Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria.

A su vez, el artículo 37 de la normatividad en cita, modificado por el artículo 1 de la Ley 888 de 2004, especifica que se trata de un organismo asesor del Estado en la formulación de la Política Criminal y Penitenciaria. Allí mismo se relacionan los miembros que lo integran, entre ellos el Ministro del Interior y de Justicia, el Presidente de la sala Penal de la Corte, el Fiscal General de la Nación, el Procurador, el Defensor del Pueblo, el director General de la Policía, y representación del Congreso de la República, entre otros.

Precisamente, aunque la Carta Política no señala específicamente la existencia del Consejo en cuestión, sí toma en consideración el carácter consensuado o multidisciplinario de esa política criminal, en tanto, su artículo 251-3, expresamente relaciona como función del Fiscal General de la Nación "participar en el diseño de la política del estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto."

En concordancia con ello, el Acto Legislativo 03 de 2002, reforma el artículo 250 de la Carta, para efectos de introducir, dentro de las obligaciones de la Fiscalía General de la Nación, hacer uso del principio de oportunidad "en los casos que establezca la ley y dentro del marco de la política criminal del Estado".

Esa preceptiva fue recogida en los artículos 321 y 348 de la Ley 906 de 2004, esta última referida a los preacuerdos con los procesados en el sistema acusatorio, que demandan del Fiscal encargado del caso, observar las "pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento".

Dígase, por último, que en el proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Capítulo único del Título V, se creaba el Consejo Superior de Política Criminal, dotándolo de funciones específicas.

Empero, esa normatividad fue declarada inexequible por la Corte Constitucional, en sentencia del 5 de febrero de 1996, aduciendo que "La formulación de la política criminal dentro del Estado es asunto del resorte exclusivo del señor Presidente de la República (Art. 189-4 C.P.), claro está, con la colaboración armónica de las demás ramas y órganos del poder público". Sobre este presupuesto, consideró la Corte Constitucional, que la materia no podía regularse en la Ley Estatutaria de le Administración de Justicia.

Verificado el antecedente normativo, es necesario delimitar el concepto de "política criminal". Para ello acudimos al criterio expuesto por la Corte Constitucional, según la cual la política criminal es:

> *"[el] conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción"*

Pero ese conjunto de respuestas, también lo ha enseñado la doctrina constitucional, puede ser de la más variada índole:

> *"Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito. También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica".*

De esta conceptualización podemos colegir que, en esencia, la política criminal tiene dos grandes vertientes, a saber, la política social y la política penal. La primera, que se ocupa de los mecanismos de control social formal e informal a través de los cuales el Estado procura prevenir la comisión de delitos (empleo, educación, medios de comunicación, etc.). La segunda, que tiene que ver con la facultad de definir comportamientos delictivos, asignarles unas consecuencias y disponer unos procedimientos de investigación, acusación y ejecución de la sanción.

Encaminados a la construcción de una adecuada respuesta al interrogante suscitado, debe admitirse que en países como el nuestro es una constante que los gobiernos de turno no se preocupen por el desarrollo de políticas criminales que sean coherentes con la administración de justicia.

Esta problemática fue objeto de amplio análisis en el seminario internacional de expertos profesores permanentes de derecho penal de universidades iberoamericanas de catorce países, reunidos en Málaga (España) los días 13 a 16 de diciembre de 2006, quienes destacaron las principales flaquezas en materia de política criminal .

En términos generales, pusieron de presente que en la mayoría de los países latinoamericanos, el proceso de elaboración de las leyes penales ha adquirido o acentuado en los últimos tiempos rasgos especialmente insatisfactorios, por las siguientes razones:

a) Se ha renunciado a un abordaje integral del problema social de la delincuencia, que tenga en cuenta, tanto una efectiva reacción a su misma aparición, como su prevención mediante la neutralización de los factores de desigualdad y exclusión sociales que están en la base de la mayor parte de los comportamientos delictivos. Agregan que en todo el espectro político predomina una visión simplista de cómo reducir la delincuencia, centrada en la directa intervención sobre el delincuente y en su inocuización mediante el encarcelamiento.

b) A este cambio de modelo de intervención penal han coadyuvado diversos fenómenos sociale

- Los medios de comunicación social prestan una exagerada atención al fenómeno de la delincuencia común, atención que no suele corresponder con su efectiva incidencia en la vida social. Ello produce distorsiones importantes en las percepciones sociales sobre la frecuencia y gravedad de los comportamientos delictivos, lo que desarrolla actitudes punitivas poco fundamentadas.

- Los grupos de presión que se han constituido en torno a las víctimas de delitos, dentro de su legítima actividad de movilización social, han terminado adquiriendo en muchos lugares un protagonismo excesivo, de modo que sus aspiraciones monopolizan en ocasiones de forma indebida los objetivos a perseguir por los poderes públicos en el ejercicio del control social penal.

- Los grupos políticos se guían cada vez más al elaborar sus propuestas político-criminales por cálculos electorales a corto plazo: formulan e impulsan iniciativas que les ofrezcan réditos electorales inmediatos, con una notable despreocupación por análisis previos de la realidad social sobre la que pretenden incidir y por las consecuencias reales que una u otra decisión pueden producir en esa realidad y, en último término, en la prevención de la delincuencia. El objetivo es, cada vez con más frecuencia, calmar las inquietudes sociales, antes que lograr éxitos en el control de la criminalidad.

c) El empeño en combatir con medidas extraordinarias las organizaciones criminales y el terrorismo encierra el peligro de contaminar el tratamiento del resto de la delincuencia.

d) Consecuencia de todo lo anterior es que la estabilidad y calidad de las leyes penales ha descendido de manera alarmante, tanto en sus exigencias de naturaleza jurídico-formal como, lo que es mucho más preocupante, en el debido respeto de principios fundamentales inherentes a todo Estado Democrático de Derecho. Baste con citar, entre otros, los principios de lesividad, subsidiariedad, seguridad jurídica, responsabilidad por el hecho, humanidad y proporcionalidad de las penas.

Ahora bien, los mismos expertos presentaron algunas ideas que han de permitir alcanzar una legislación penal racional, que saque a la política criminal del coyunturalismo, populismo y oportunismo en el que con

tanta frecuencia se ve ahora inmersa; de ellas cabe destacar las siguientes que consideramos necesarias en orden a obtener una política criminal coherente y consistente.

a) La adopción de toda decisión legislativa penal debe ir precedida de estudios empíricos detenidos sobre la problemática social en la que pretende incidir, los objetivos perseguidos y las consecuencias previsibles de la decisión. Asimismo deberá disponer de previsiones sobre los recursos económicos y personales necesarios.

b) Tales estudios deben ser elaborados y hechos públicos por quienes impulsen la iniciativa legislativa, y deberá darse oportunidad para que se sometan a un debate público, sin exclusiones, con todos los agentes políticos y sociales interesados, los cuales deberán poder aportar sus propias perspectivas en un momento en que se esté en condiciones de tomarlas en consideración.

c) Los precedentes materiales fundamentadores de la iniciativa legislativa deberán acompañar a ésta durante toda su tramitación, y sus elementos esenciales deberán integrarse en la exposición de motivos de la ley.

d) Deberán evitarse las tramitaciones parlamentarias sobre temas penales por vía de urgencia, o eludiendo algunos trámites del procedimiento legislativo normal, en especial cuando se dé una estrecha relación temporal con sucesos aislados que hayan causado un fuerte impacto o alarma social.

e) Se deberían establecer mecanismos legales que dificultaran la posibilidad de promover decisiones legislativas penales en momentos muy cercanos a procesos electorales relevantes.

f) Es en extremo conveniente que se incorporen previsiones constitucionales que exijan mayorías reforzadas para la aprobación de las leyes penales.

g) Los tribunales constitucionales o equivalentes deberán extender su actuación de control de la validez general de las leyes penales también a partir de alegaciones basadas en una crasa insuficiencia en la motivación de la decisión legislativa.

Esas alternativas que de manera genérica se han entendido necesarias en el contexto latinoamericano, se ofrecen bastante pertinentes para lo que en nuestro país sucede, pues, no puede soslayarse considerar cómo las iniciativas legislativas en materia criminal, no sólo pasan por alto la contextualización del fenómeno social del delito, valiéndose apenas de la creación de nuevos tipos penales, la extensión de los mismos o la imposición de más gravosas consecuencias, como una especie de bálsamo necesario en todos los casos, lo que tradicionalmente se ha denominado "la huida al derecho penal", sino que además constituyen política cortoplacista y de coyuntura que en nada atacan el origen o causas de la conducta desviada, aunque producen un efecto sedante inmediato, haciendo creer a la sociedad que de verdad existe empeño por atacarlo, para no hablar de cierto oportunismo político que busca obtener réditos de un hecho aislado, en ocasiones magnificado por los medios de comunicación.

Ejemplos al canto abundan y apenas como botones de muestra basta remitir a lo sucedido recientemente en un municipio cercano a la capital, cuando un infante fue muerto por orden de su padre y ello generó, aupado por los medios de comunicación, un sentimiento general de indignación a partir del cual, con el sólo sustento de la emoción del momento, esto es, sin estudios estadísticos y multidisciplinarios previos, se propuso desde muchos frentes sociales imponer la pena de muerte o la cadena perpetua, e incluso, pasar por alto mínimos estándares del debido proceso y derecho de defensa para que la condena asomase inmediata e inapelable.

Similar reacción ocasionó, también en fecha reciente, la presunta violación de una menor y la pretensión de linchamiento del supuesto agresor sexual por sus vecinos, incluso con intervención directa del burgomaestre local, quien ante los medios de comunicación deslegitimó de entrada al funcionario que dejó en libertad al imputado, de paso declarado responsable por el mandatario, conociéndose después, gracias a la prueba de ADN, que no fue esa persona quien ejecutó el acto repudiable atribuido.

No se olvida, así mismo, cómo, dado que se trataba de personas prestantes de la sociedad barranquillera, la golpiza propinada por el marido a su cónyuge, generó amplio despliegue mediático y condujo, desde luego sin estudios sustentables previos o siquiera la postulación de vías diferentes a la penal, a que se reformaran las penas para el delito de violencia intrafamiliar. Y, aunque parezca simplemente anecdótico, el hecho de que finalmente la víctima decidiese perdonar a su consorte, desistiendo del proceso iniciado en su contra, advierte cómo son otros factores diversos del apenas penal, los que inciden en ese tipo de conflictos y demandan, por ello, de soluciones más imaginativas que el solo incremento punitivo.

Cuando, para cerrar este camino ejemplificativo, se conocen casos como el del padre que junto con su hijo de apenas diez años, se enfrentaron con sus armas de fuego, sin miramiento, a un contingente policial, o se verifica que algunas normatividades de emergencia lejos de combatir el delito, contribuyen a incentivarlo, dada la desproporción de la sanción mínima establecida para delitos realmente graves, frente a las penas relativamente altas fijadas en torno del delito común, se evidencia cómo se hace necesario para el Estado en su conjunto contar con una verdadera Política Criminal, sustentada en trabajos científicos multidisciplinarios.

Para que sean, entonces, debidamente analizadas, contextualizadas y sustentables las medidas de política criminal que ha menester nuestro país, se torna indispensable fortalecer el Consejo Nacional de Política Criminal, evitando que cumpla funciones meramente transitorias o coyunturales, y buscando que señale políticas generales sobre la lucha contra la delincuencia, que se conviertan en verdadera orientación para el legislador penal.
Ello por cuanto, se reitera, el término "Política Criminal", encierra un concepto omnicomprensivo, que necesariamente remite, incluyéndola, desde luego, a disciplinas diferentes al derecho penal, pues, a tono con las modernas corrientes jurídicas, es claro que éste sigue siendo la "Último Ratio" en punto de la garantía de la convivencia social.

En consecuencia, cuando se hable de Política Criminal, debe contextualizarse ella en un marco global que, huelga resaltar, ha de partir por la necesidad de prevenir el delito desde las que algún mandatario anterior

llamó "Causales objetivas", en cuyo caso se hacen indispensables herramientas estadísticas amplias y confiables, así como diagnósticos propios de la sociología, la psicología, la economía, y en fin, aquellas materias que de una u otra forma analizan el comportamiento humano y social en interacción. Ello, para que no sea la calentura del momento o propósitos vindicativos de quienes sin legitimidad ninguna se sienten autorizados para atacar la delincuencia, el norte que guíe tan imperioso propósito.

De igual manera, por sus características, función y finalidades, una verdadera política criminal demanda de dos componentes básicos: universalidad y vocación de permanencia.
Todo lo anotado, para que no suceda, como ejemplos recientes lo demuestran, que al socaire de combatir una supuestamente desbordada criminalidad, particularmente referida a delitos de poca monta que presuntamente agobian a la sociedad, en diagnóstico precoz carente de suficiente soporte, se expidan apresurada e inopinadamente estatutos frágiles en su concepción jurídica y carentes de examen juicioso acerca del impacto de su implementación, al extremo de crear verdaderos cuellos de botella judiciales, dada la evidente imposibilidad –logística y jurídica-, de llevarlos a la práctica.
Precisamente, quien a ustedes hoy habla, cuando fungió como Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, y en esa calidad, miembro del Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria, fue comisionado por este cuerpo para pronunciarse respecto del proyecto de ley encaminado a adicionar la Ley 884 de 2004.

En virtud de ello, propuse crear, el Consejo Asesor Permanente de Política Criminal y Penitenciaria, Adjunto al Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria, a fin de que sirva no sólo de mecanismo de consulta y asesoría para éste último, sino que dentro de su vocación de permanencia se encargue de recoger y analizar información pertinente, para que luego sirva de insumo a la necesaria estrategia multidisciplinaria demandada por la política criminal.

Ello, igualmente, para evitar que las buenas intenciones del Consejo de Política Criminal y Penitenciaria, se diluyan en la transitoriedad de sus reuniones.

Así mismo, se señaló conveniente incorporar previsiones constitucionales que hagan obligatoria la opinión del órgano especializado, a fin de evitar tramitaciones parlamentarias sobre temas penales por vía de urgencia, o eludiendo trámites del procedimiento legislativo normal, en especial cuando se evidencie una estrecha relación temporal con sucesos aislados que hayan causado un fuerte impacto o alarma social.

Por esa vía, se fortalece, de paso el Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria, de cuyo alto perfil no se duda, como quiera que lo integran las cabezas de los altos órganos del Estado, pero que entendemos subvalorado en su actuación y demanda de mayor protagonismo para que, en efecto, sus políticas generales sobre la lucha contra la delincuencia se conviertan en verdadera orientación para el legislador penal.

Es por lo anotado, que se advierte insuficiente otorgar al Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria, una simple labor consultiva, pues, para que su importancia se refleje en el verdadero cambio pretendido, se hace menester dotar al organismo de la facultad de iniciativa legislativa, como sucede con otros órganos aislados que incluso hacen parte de éste Consejo.

Atendiendo a la técnica de construcción de la normativa constitucional, se dijo necesaria la reforma constitucional que destine un título especial (a continuación del correspondiente a la Rama Judicial, Título VIII), en el cual se desarrollen la naturaleza, funciones y composición del órgano creado en ese ámbito.

Por último, no puedo terminar esta exposición sin expresar la profunda esperanza que por fuera del simple ejercicio académico, las reflexiones que nos convocan tengan eco y sirvan de necesario faro hacia una verdadera política criminal, que con seriedad se informe, verifique y analice, tanto las causas y efectos de la criminalidad, como la mejor manera de enfrentarla, pues hoy, cuando se advierte que la corrupción parece carcomer todos los niveles de la sociedad y la función pública, se requiere de esfuerzos mancomunados, desinteresados y eficaces que además de establecer el origen del mal, se dirijan a atacarlo de raíz.

Ponencia 4

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y DE LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES EN EL MARCO DE LA POLITICA CRIMINAL

Dr. Enrique Gil Botero
Consejero de Estado

1. INTRODUCCIÓN

El diseño y aplicación de la política criminal tiene una estrecha relación con la responsabilidad patrimonial del Estado, así como con la de tipo personal del agente, funcionario o empleado judicial que participa en la ejecución de aquella. En efecto, el paradigma o modelo criminal adoptado por un Estado de Derecho genera unos efectos directos e indirectos en la responsabilidad patrimonial de la administración pública y, consecuencialmente, puede repercutir en el alcance como los servidores públicos que ejercen la función jurisdiccional de investigar y sancionar los delitos quedan afectados por los efectos secundarios de la misma.

En aras de estudiar esa conexión, existente entre esa política general y necesaria del Estado, en la que se definen los principios, estructura y objetivos para afrontar la criminalidad en un determinado territorio y nación, con los lineamientos y fundamentos del derecho de daños, se abordará el siguiente derrotero conceptual: i) la política criminal en la Constitución de 1991, y su relación con la responsabilidad patrimonial del Estado ii) la responsabilidad de la administración de justicia en la Carta Política de 1991 –con énfasis en la privación injusta de la libertad– y iii) la responsabilidad personal de los agentes judiciales y la acción de repetición.

2. ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA

2.1 La política criminal en la Constitución Política de 1991 y su relación con la responsabilidad patrimonial del Estado

La política criminal está integrada por un conjunto de medidas encaminadas u orientadas a combatir o enfrentar la criminalidad, así como los fines que se persiguen con la imposición de las penas y medidas de seguridad.

En otros términos, la política criminal busca fijar los parámetros que el Estado debe adoptar para enfrentar el delito, la delincuencia y la finalidad de las penas o medidas a imponer para su erradicación y prevención.

La Fiscalía General de la Nación ha fijado las características generales de la política criminal, así:

> *"1. Parte del mundo real, por consiguiente para su estudio se utilizan metodologías y técnicas del estudio de los fenómenos sociales.*
> *"2. Entiende la complejidad de la sociedad en donde se va a actuar, utilizando los conocimientos de muchas ciencias (multidisciplina) y entrelazándolos (interdisciplina) para lograr acercamiento a la realidad del entorno.*
> *"3. Permite el diseño de estrategias y acciones que se plasman en programas concretos para solucionar la demanda de seguridad.*
> *"4. Tiene como objetivo la prevención del delito.*
> *"5. Su construcción es responsabilidad del Estado, para el caso de nuestro país esta a cargo del Ministerio del Interior y de Justicia, pero cuenta con la concurrencia de otros organismos del Estado en su formulación y puesta en marcha."*

Como se aprecia, la política criminal diseña estrategias, acciones y medidas, con fundamento, principalmente, en el estudio sociológico de una específica población asentada en un territorio, para determinar la manera de afrontar la criminalidad, las posibles formas de erradicación –o al menos de minimización– y los instrumentos idóneos para una real prevención del delito.

En Colombia el diseño e implementación de la política criminal supone un reto significativo para los diversos organismos del Estado encargados de su estructuración y aplicación, toda vez que es preciso acoplar una realidad bastante compleja en la que la criminalidad es bastante significativa, con un modelo de Estado Social de Derecho consagrado constitucionalmente en el que existe un catálogo de axiológico integrado por principios, valores y derechos fundamentales que entronizan una visión propia del garantismo penal.

Desde esta última visión, la doctrina ha señalado una justificación externa de la política criminal bajo este nuevo paradigma constitucional, es decir, un derecho penal mínimo con la garantía máxima de la efectividad de los derechos fundamentales, de la siguiente forma:

a) El primer criterio es justificar las prohibiciones sólo cuando se dirigen a impedir ataques concretos a bienes jurídicos fundamentales de tipo individual, colectivo o social.

b) El segundo, de corte utilitarista, se refiere a que las prohibiciones no sólo deben estar dirigidas a la tutela de bienes jurídicos, sino que aquéllas deben ser idóneas al fin pretendido.

c) Por último, una política criminal acorde con la tutela de bienes jurídicos tiene justificación y fiabilidad, sólo cuando es subsidiaria de una política extrapenal de protección y promoción de los mismos derechos. En efecto, los resultados lesivos censurados por el derecho penal pueden ser prevenidos, de forma eficaz, a través de medidas de tipo administrativo.

Como se aprecia, la política criminal ha sufrido enormes modificaciones con el paso del tiempo, ya que ha pasado por varios estadios en los cuales, en primer lugar el cuerpo era la ventana del alma y, por lo tanto, el derecho penal debía reprimir al primero para obtener la purificación de la última. Con la aparición de "Los delitos y de las penas" de César Beccaria (1764) el cambio de paradigma se centró en la necesidad, como última ratio, de imponer una pena en la que se restringiera al máximo la libertad del sujeto, surge entonces el deber –conforme a los lineamientos de Bentham– de construir panópticos, lugares cuya finalidad es "inducir en el detenido

un estado consciente y permanente de visibilidad que garantiza el funcionamiento automático del poder. Hacer que la vigilancia sea permanente, incluso si es discontinua en su acción… El poder [en estos lugares de reclusión] debía ser visible e inverificable. Visible: el detenido tendrá sin cesar ante los ojos la elevada silueta de la torre central en donde es espiado. Inverificable: el detenido no debe saber jamás si en aquel momento se le mira; pero debe estar seguro de que siempre puede ser mirado…" Por último, en esta línea evolutiva de la política criminal aparecen, de un lado, lineamientos recientes como el garantismo penal, el abolicionismo y la victimología que proponen categorías disímiles para combatir la criminalidad basados en criterios de respeto irrestricto a las garantías fundamentales y al principio de justicia restaurativa, mientras que desde la otra orilla se manejan posturas como el derecho penal del enemigo (Günter Jakobs) en la que se defiende la necesidad de creación de regímenes penales especiales, de excepción y autónomos no sólo para combatir la criminalidad –finalidad del derecho penal ordinario– sino para "neutralizar" acciones peligrosas o amenazas reales, pero que sólo son apreciables en una etapa previa por cuanto no se han concretado o materializado.

Así las cosas, la posibilidad de implementar un modelo unívoco de política criminal sigue siendo lejano, ya que las formas para combatir el delito dependen, en gran medida, de cada Estado, así como de los distintos focos de criminalidad que maneja cada sociedad en un momento dado. No obstante, se insiste, en Colombia existen una serie de restricciones impuestas al legislador y al ejecutivo a la hora de aprobar y adoptar la política criminal del país, pues como bien lo ha señalado la jurisprudencia constitucional:

> *"En principio, por virtud de la cláusula general de competencia legislativa que le atribuyen los artículos 114 y 150 de la Carta, el Congreso cuenta con la potestad genérica de desarrollar la Constitución a través de la creación de normas legales; ello incluye, por supuesto, la facultad de legislar sobre cuestiones penales y penitenciarias. No obstante, como lo ha reconocido ampliamente esta Corporación, dicha libertad de configuración del legislador encuentra ciertos límites indiscutibles en la Constitución, la cual no le permite actuar arbitrariamente, sino de conformidad con los parámetros que ella misma establece. Es decir, se trata de una potestad*

suficientemente amplia, pero no por ello ilimitada; y en materia penal y penitenciaria, estos límites son particularmente claros, por estar de por medio derechos fundamentales muy caros para la persona humana, como lo son la libertad personal y el debido proceso, así como valores sociales tan importantes como la represión del delito o la resocialización efectiva de sus autores.

"Entre los principales lineamientos que han sido señalados por la jurisprudencia constitucional para la acción del Legislador en estas áreas, se encuentra aquel según el cual las medidas que se tomen deben estar orientadas por los parámetros de una verdadera política criminal y penitenciaria, que sea razonada y razonable, y en ese sentido se ajuste a la Constitución. Quiere decir esto, que en desarrollo de sus atribuciones, el Congreso de la República puede establecer cuáles conductas se tipifican como delitos, o cuáles se retiran del ordenamiento; puede asignar las penas máxima y mínima atribuibles a cada una de ellas, de acuerdo con su ponderación del daño social que genera la lesión del bien jurídico tutelado en cada caso; e igualmente, puede contemplar la creación de mecanismos que, orientados hacia la efectiva resocialización de quienes hayan cometido hechos punibles, favorezcan el desestímulo de la criminalidad y la reinserción de sus artífices a la vida en sociedad. En los términos utilizados recientemente por la Corte en la sentencia C-592/98 (M.P. Fabio Morón Díaz),"el legislador, en ejercicio de las competencias constitucionales de las que es titular, puede establecer procedimientos distintos y consagrar regímenes diferenciados para el juzgamiento y tratamiento penitenciario de delitos y contravenciones, pudiendo, incluso, realizar diferenciaciones dentro de cada uno de estos grupos, en la medida en que unos y otros se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros"

De modo que existen unos límites que fijan el marco de la política criminal en Colombia y que se encuentran constituidos por el apego irrestricto a los principios, valores y derechos constitucionales, la razonabilidad y

racionalidad de las penas, y los principios de proporcionalidad y necesidad del sistema penal y penitenciario.

Ahora bien, una de las mayores dificultades que afronta la política criminal en nuestro país, reside en trazar el justo medio en el cual es posible afectar la garantía fundamental de la libertad en las etapas de investigación y juzgamiento, cuando lo cierto es que respecto del acusado o procesado todavía no se ha desvirtuado la presunción de inocencia, garantía constitucional que entra en directa relación con el derecho a la libertad personal y a la autonomía individual.

La anterior problemática es la que ha generado todo un dilema en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad, y la posibilidad o no de repetir contra el agente que impuso la medida o restringió la libertad del individuo.

En efecto, en el proceso penal se pueden irrogar otro tipo de daños que pueden ser imputables a la administración de justicia a causa de: i) errores judiciales contenidos en una providencia penal (absolutoria o condenatoria) que se encuentra amparada por los efectos de la cosa juzgada, y que, por lo tanto, no puede ser removida del ordenamiento jurídico pero respecto de la cual se puede establecer un juicio de responsabilidad patrimonial en tanto cause un daño antijurídico que sea imputable por falla del servicio a la administración pública, y ii) defectuosos funcionamientos de la administración de justicia, de manera concreta, en el ejercicio de funciones administrativas o auxiliares, necesarias para el cumplimiento de la actividad jurisdiccional (v.gr. embargos, secuestros, medidas cautelares reales, etc.).

Los anteriores escenarios, en términos estadísticos , no son tan comunes como los de responsabilidad por la privación injusta de la libertad, lo anterior, toda vez que en un Estado como Colombia cuya criminalidad y delincuencia campean, el funcionario judicial se debate entre dos posibilidades: i) imponer la medida de aseguramiento que permita la comparecencia del sujeto acusado al proceso, al margen de que con posterioridad pueda ser declarado inocente, o ii) abstenerse de decretar la medida cautelar con el riesgo que ello conlleva frente a la posibilidad de que el procesado evada la comparecencia al juicio.

Por consiguiente, la dificultad consiste en armonizar las dos instituciones, es decir, la implementación eficaz de la política criminal de tal forma que la responsabilidad de la Administración Pública no altere la acción del Estado para combatir y prevenir la criminalidad, sin hacer nugatorio los postulados del artículo 90 de la Constitución Política que regulan el derecho de daños y la posibilidad de reclamar el resarcimiento de los perjuicios irrogados en el ejercicio de las funciones públicas.

Así las cosas, el análisis de la problemática se centrará de manera principal en la privación injusta de la libertad como título jurídico de imputación de daños antijurídicos en cabeza de la administración de justicia, pues, de todas las formas o supuestos de responsabilidad, aquélla es la que presenta los mayores retos de articulación con la política criminal del país.

Lo anterior, toda vez que los eventos o hipótesis de error jurisdiccional e indebido funcionamiento de la administración de justicia no se relacionan de manera directa con la aplicación de la política criminal, sino que, por el contrario, se rigen por el postulado tradicional de un régimen subjetivo del servicio basado en la noción de falla del servicio en el que la responsabilidad patrimonial sólo se generará ante la verificación del daño antijurídico, la imputación fáctica del mismo en cabeza de la administración de justicia y la acreditación de una falla del servicio, esto es, la verificación del desconocimiento del componente obligacional de la administración pública porque se incumplió un deber constitucional o legal o se hizo de forma tardía o imperfecta.

2.2. La responsabilidad patrimonial del Estado por la administración de justicia, especial énfasis en la privación injusta de la libertad

A la luz del artículo 90 de la Constitución Política no puede desligarse la relación que existe entre la función jurisdiccional y la responsabilidad patrimonial de la administración pública. En efecto, la mencionada disposición no da lugar a anfibologías de ninguna naturaleza, la fuerza vinculante del derecho de daños se hace extensiva a cualquier acción u omisión de las autoridades públicas y, por lo tanto, a cualquier función pública a

cargo del Estado, incluidas la jurisdiccional y la legislativa, bajo la acreditación de dos condiciones: i) la existencia de un daño antijurídico, es decir, la lesión o afectación cierta a un derecho, bien o interés legítimo, de carácter personal y contenido material o inmaterial que el ordenamiento no impone el deber jurídico de soportar y ii) la imputación (fáctica y jurídica) del primero en cabeza de la respectiva autoridad pública.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-333 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero, con especial sindéresis precisó:

> *"7- Esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en nuestro país. Así, en múltiples oportunidades ese tribunal ha definido el daño antijurídico como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar", por lo cual "se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo". Por consiguiente, concluye esa Corporación, "el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva"5.*
>
> *"(…) Por ende, la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo.*
>
> *10- Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública. Esta imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto a veces, como lo ha establecido la doctrina y la jurisprudencia, se produce una disociación entre tales conceptos. Por ello, la Corte coincide con el Consejo de Estado en que para imponer al Estado la obligación de reparar un daño "es menester, que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador elabore un juicio*

> *de imputabilidad que le permita encontrar un "título jurídico" distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la "imputatio juris" además de la "imputatio facti"6.*

De allí que, al amparo del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, que fijó el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado al consagrar la noción de daño antijurídico y su imputación para la materialización del deber de resarcir, cualquier actividad pública pueda ser generadora de lesiones que las personas no se encuentren en el deber de soportar, incluidas las labores jurisdiccionales propiamente dichas o las auxiliares o accesorias a la misma.

Así las cosas, desde la panorámica actual del derecho de daños es innegable que no sólo se pueden inflingir daños antijurídicos derivados propiamente del ejercicio de la actividad jurisdiccional (v.gr. privación injusta de la libertad o error jurisdiccional), sino que, de igual forma, es posible que ellos se den en virtud de labores auxiliares o accesorias que –traduzcan o no el ejercicio de función administrativa– y que pueden llegar a ser lesivas de derechos de los asociados.

La anterior posibilidad se reconocía inclusive con anterioridad a la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, con apoyo en los artículos 2º y 16 de la Constitución Nacional de 1886, preceptos que establecían, respectivamente, el respeto y protección irrestricta a los derechos de los asociados y los límites en el ejercicio de las funciones públicas.

Con la expedición de la Constitución de 1991, se insiste, el panorama no fue disímil, pues, aún con mayor contundencia el Constituyente consagró de expresa en un precepto constitucional la responsabilidad de la administración derivada del ejercicio de cualquier función pública y a cargo de cualquier autoridad de la organización estatal.

Aunado a lo anterior, en el año de 1996, con la expedición de la ley 270 o estatutaria de la Administración de Justicia "LEAJ", se reguló de manera integral la responsabilidad por el ejercicio de la función jurisdiccional o las funciones auxiliares o conexas a la misma. En efecto, los artículos 65 a 69 de ese ordenamiento determinan:

"ARTICULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

"En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

"ARTICULO 66. ERROR JURISDICCIONAL. Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley.

"ARTICULO 67. PRESUPUESTOS DEL ERROR JURISDICCIONAL. El error jurisdiccional se sujetará a los siguientes presupuestos:

"1. El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.

"2. La providencia contentiva de error deberá estar en firme.

"ARTICULO 68.PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.

"ARTICULO 69. DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación."

Además, en relación con la posibilidad de declarar la responsabilidad extracontractual de la administración de justicia, la jurisprudencia constitucional indicó:

> *"La Corte estima que el inciso primero del presente artículo es exequible, pues si bien sólo hace alusión a la responsabilidad del Estado -a través de sus agentes judiciales- por falla en el servicio, ello no excluye, ni podría excluir, la aplicación del artículo 90 superior en los casos de la administración de justicia. En efecto, sin tener que entrar a realizar análisis alguno acerca de la naturaleza de la responsabilidad estatal y sus diversas modalidades -por escapar ello a los fines de esta providencia-, baste señalar que el principio contemplado en el artículo superior citado, según el cual todo daño antijurídico del Estado -sin importar sus características- ocasiona la consecuente reparación patrimonial, en ningún caso puede ser limitado por una norma de inferior jerarquía, como es el caso de una ley estatutaria. Ello, en vez de acarrear la inexequibilidad del precepto, obliga a una interpretación más amplia que, se insiste, no descarta la vigencia y la aplicación del artículo 90 de la Carta Política."*

Dos conclusiones se pueden extraer de la regulación contenida en la ley 270 de 1996, y la sentencia de la Corte Constitucional que declaró la exequibilidad del artículo 65 ibídem: i) que la "LEAJ" desarrolla el artículo 90 superior, y que, por lo tanto, establece algo que la propia jurisprudencia del Consejo de Estado reconocía con anterioridad y con posterioridad a la promulgación de la Carta Política de 1991, y es la responsabilidad que puede ser endilgada a la administración de justicia por error jurisdiccional, la privación injusta de la libertad y el defectuoso funcionamiento de la misma, y ii) que las disposiciones contenidas en esa ley estatutaria no limitan, en modo alguno, la posibilidad de aplicar de manera directa el pluricitado artículo 90.

De manera que, el juez del derecho de daños mantiene la posibilidad de aplicar a situaciones específicas el artículo 90 de la Constitución Política, pues el esquema de responsabilidad contenido en la LEAJ no agota o circunscribe la aplicación de la norma constitucional.

En consecuencia, de nuevo se observa que la política criminal no puede ser ajena al mencionado artículo 90, ya que el mismo constituye el eje a partir del cual se juzga si una conducta (legal, ilegal, válida o arbitraria) de la administración desencadenó un daño que amerita ser resarcido o reparado integralmente.

De allí que, la jurisprudencia constitucional tuviera razón al declarar la exequibilidad del artículo 68 de la ley 270 de 1996, en los siguientes términos:

> *"Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6o, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término "injustamente" se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención.*
>
> *"En virtud de lo anterior, y a propósito de lo explicado en torno al artículo 66 del presente proyecto, debe entenderse que es propio de la ley ordinaria definir el órgano competente y el procedimiento a seguir respecto de la responsabilidad proveniente del error judicial en que incurran las demás autoridades judiciales.*
>
> *"Bajo estas condiciones, el artículo se declarará exequible."*

Como se aprecia, el condicionamiento introducido por la Corte Constitucional al artículo 68 de la ley 270 de 1996, es razonable y justificado a la luz de la regulación contenida en la ley estatutaria, pero, se insiste, no agota la gama de posibilidades o escenarios de responsabilidad al amparo del artículo 90 superior, pues al interpretar de manera sistemática la responsabilidad del Estado por la privación de la libertad se puede llegar a la conclusión de que el legislador no podía limitar esta última disposición al hacer más restrictivos su contenido y alcance.

En efecto, como se viene de precisar, el Constituyente de 1991 centró el eje de la responsabilidad en el daño y, por consiguiente, no es relevante catalogar o no la conducta de la administración a efectos de emitir un juicio de valor sobre el comportamiento y su correlativa carga obligacional, sino que, por el contrario, lo pertinente bajo esta nueva égida es determinar si el daño es antijurídico y si el mismo es imputable en los planos fáctico y jurídico a la administración pública, en este tipo de supuestos, a la administración de justicia.

Sobre el particular, el Consejo de Estado puntualizó:

"Esta Corporación ha sostenido que a los asociados corresponde soportar la carga pública que implica participar, por voluntad de la autoridad, en una investigación. Sin embargo, ahora la Sala considera oportuno recoger expresiones en virtud de las cuales algunos sectores de la comunidad jurídica han llegado a sostener, sin matiz alguno, que el verse privado de la libertad ocasionalmente es una carga pública que los ciudadanos deben soportar con estoicismo.

> *"Definitivamente no puede ser así. Lo cierto es que cualquiera que sea la escala de valores que individualmente se defienda, la libertad personal ocupa un lugar de primer orden en una sociedad que se precie de ser justa y democrática. Por consiguiente, mal puede afirmarse que experimentar la pérdida de un ingrediente fundamental para la realización de todo proyecto de vida, pueda considerarse como una carga pública normal, inherente al hecho de vivir dentro de una comunidad jurídicamente organizada y a la circunstancia de ser un sujeto solidario. Si se quiere ser coherente con el postulado de acuerdo con el cual, en un Estado Social y Democrático de Derecho la persona 'junto con todo lo que a ella es inherente' ocupa un lugar central, es la razón de la existencia de aquél y a su servicio se hallan todas las instituciones que se integran en el aparato estatal, carece de asidero jurídico sostener que los individuos deban soportar toda suerte de sacrificios, sin compensación alguna, por la única razón de que resultan necesarios para posibilitar el adecuado ejercicio de sus funciones por las autoridades públicas.*

> *"La afirmación contraria sólo es posible en el seno de una organización estatal en la que la persona 'con todos sus atributos y calidades' deviene instrumento, sacrificable, reductible y prescindible, siempre que ello se estime necesario en aras de lograr lo que conviene al Estado, es decir, en un modelo de convivencia en el que la prevalencia de un 'desde esta perspectiva, mal entendido' interés general, puede justificar el desproporcionado sacrificio del interés particular 'incluida la esfera de derechos fundamentales del individuo' sin ningún tipo de compensación."*

De igual forma, esa misma Corporación frente al principio – derecho de libertad, de forma reciente y con especial sindéresis señaló:

"El crecimiento industrial, la necesidad de participación de diferentes clases sociales dentro del juego democrático, el aumento de necesidades de diferentes sectores de la sociedad, la paulatina pero creciente intervención del Estado mediante el aparato administrativo en actividades de contenido prestacional, el reconocimiento de fuerza normativa de las constituciones políticas y la incorporación de nuevas manifestaciones de derechos fundamentales, amplían el espacio de decisión del individuo, construyéndose una concepción de la libertad compatible con los principios de igualdad material y solidaridad. Esta nueva dimensión puede ser perfectamente entendida si se acude a las conclusiones que sobre el tema extrae Gregorio Peces – Barba:

> *"1. La libertad continúa siendo el núcleo esencial y el logos de las diferentes declaraciones de derechos fundamentales y se completa y complementa con los principios de igualdad, solidaridad y seguridad jurídica. La libertad sigue estando conectada con la realización de los objetivos de cada individuo, pero ahora la materialización de las finalidades se da en un plano democrático que impone al Estado asegurar un espacio de comunicación e intercambio de razones para la toma de decisiones.*
>
> *"2. La libertad sigue detentando los rasgos de universalidad y generalidad. Es decir, que su ámbito de aplicación abarca a cada uno de los integrantes que conforman la sociedad, es un valor que se predica*

del hombre, el cual detenta su titularidad. No obstante, no sólo a los individuos se les otorga un espacio de autodeterminación, este también puede ser reconocido a los grupos que éstos conforman, cuando su objetivo persigue la realización de la autonomía e independencia.

"3. La libertad puede ser entendida de tres formas diferentes: 1. libertad como no interferencia, cuando se pretende asegurar un espacio de decisión libre; 2. libertad promocional, cuando pretende asegurar necesidades básicas que impiden la materialización de la primera clase de libertad; 3. libertad participación cuando favorece la intervención en los procesos de decisión política Estas variantes justifican diferentes manifestaciones de derechos: derechos de corte individual, derechos sociales y derechos propios de la democracia representativa y participativa. Obedeciendo al análisis del caso concreto, nos detendremos en el primer tipo de libertad, sin querer ello significar un desconocimiento de los restantes.

"(…) Por consiguiente, la privación de la libertad (y dentro de ella la medida de detención preventiva) debe ser adecuada, esto es, cumplir los requisitos que se desprenden directamente de la norma constitucional, pues, de no hacerlo se vulnera el derecho fundamental a la libertad personal. Los condicionamientos a los que se hace referencia son:

"1. Debe fundamentarse en un causa que esté previamente prevista en la ley. En otras palabras, la autoridad que asume la medida en todo momento está sujeta al más estricto principio de legalidad. Se exige como presupuesto la existencia de indicios y medios probatorios que desde un punto de vista racional arrojen una posible responsabilidad penal del individuo inculpado.

"2. No puede ser indefinida, debe tener un límite temporal que se relaciona directamente con el tiempo indispensable para la averiguación de los hechos que dieron lugar a la asunción de la medida.

"3. Al ser una medida cautelar su finalidad no es represiva, se encamina principalmente a prevenir diferentes circunstancias: la fuga del

sindicado, su presencia en el proceso, la efectividad de la sentencia o impedir la continuación de su actividad delictiva.

"4. La medida tiene una naturaleza jurisdiccional en sus diferentes fases: en la toma de decisión, en su control y en su finalización.

"5. Una vez asumida la medida y afectada la libertad de una persona se activa un conjunto de garantías de orden procedimental y sustancial que hacen parte del derecho fundamental del debido proceso, principalmente la presunción de inocencia, el derecho de contradicción, el desplazamiento de la carga de la prueba en cabeza del Estado, entre otros.

"6. La medida debe responder al criterio de excepcionalidad. En otros términos, la detención preventiva debe asumirse cuando no existe otra forma de asegurar los objetivos señalados en el numeral 3.

"7. La detención preventiva siempre debe responder al principio de proporcionalidad, es decir que debe constituir un medio adecuado para la finalidad que se pretende alcanzar.

"Aún cuando los anteriores presupuestos se cumplan, la detención provisional sigue constituyendo la intervención más delicada en el derecho de libertad personal, argumento que se encuentra plenamente demostrado porque su operatividad se desprende de la incertidumbre, como quiera que aún no existe en el proceso una sentencia en la cual se declare la responsabilidad penal".

Como se aprecia, en el marco de una política criminal respetuosa de las garantías fundamentales, resulta indiscutible la posibilidad que le asiste a las autoridades judiciales de restringir la libertad personal o la autonomía individual –siempre de forma razonable– con miras a garantizar la comparecencia al proceso del presunto responsable de una conducta punible, actuación que se fundamenta en la prevalencia del interés general, y que, por lo tanto, también tiene fundamento constitucional; no obstante, huelga precisar, la imposición de este tipo de medidas restrictivas está sujeta a los siguientes parámetros: i) al principio estricto de legalidad, ii) a la temporalidad de la restricción, iii) al control de legalidad por parte del

funcionario judicial competente y su superior en caso de existirlo, iv) al cumplimiento del juicio de proporcionalidad, esto es, que se justifique de manera expresa la necesidad y la razonabilidad del instrumento cautelar como mecanismo legítimo para el fin que se pretende alcanza, v) debe ser excepcional, es decir que no debe existir otra forma adicional e idónea para garantizar la comparecencia del acusado al proceso, vi) la verificación de los criterios de validez de la medida, entre los que se encuentran la gravedad de la conducta, la edad y situación socioeconómica del procesado y el grado de convicción acerca de la posible responsabilidad del acusado y vii) se deben cumplir las exigencias formales o procesales para la procedencia de la medida .

Si las anteriores exigencias se cumplen, la medida de aseguramiento (que puede ser la detención preventiva o la prohibición de salida del país) restrictiva de la libertad será legal, sin que esta circunstancia por sí sola permita descartar un posible escenario de responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad. Este postulado encuentra su basamento en el modelo de Estado Social de Derecho, pues bajo el esquema tradicional del Estado liberal lo importante para establecer la existencia o no de la responsabilidad de la administración pública (y por ende también de la administración de justicia), consistía en la constatación de la existencia, siempre necesaria, de una falla del servicio, es decir, del comportamiento inadecuado o reprochable en cabeza de la organización pública. A contrario sensu, con el citado modelo de garantía y respeto irrestricto a los derechos fundamentales del ser humano, resulta innegable que el principio de prevalencia del interés general no puede ser empleado como justificación del desconocimiento de garantías esenciales del individuo, so pena de que bajo el cumplimiento de varios requisitos se pueda comprometer la responsabilidad de la administración.

Entonces, los lineamientos sobre los cuales se ha edificado la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad son: i) el derecho fundamental a la libertad personal y la autonomía individual constituye una garantía esencial del ser humano que entra en directa relación con el principio de dignidad humana, por lo tanto, toda intervención en su ejercicio se encuentra amparada por el principio de proporcionalidad, ii) la libertad puede ser afectada o restringida, dentro

del proceso penal, mediante una medida cautelar que es un instrumento de política criminal para garantizar la comparecencia del imputado al proceso, iii) para garantizar la legalidad de la detención o de la restricción es necesario que se observen una serie de requisitos sustanciales y formales de tipo constitucional y legal, iv) las medidas cautelares personales (v.gr. la detención preventiva, detención domiciliaria, prohibición de salir del país), prima facie, no desconocen la garantía de la presunción de inocencia constitucional, v) la imposición y el control de las medidas de aseguramiento tiene un control rígido y sumamente exigente desde el derecho al debido proceso, y vi) desde la órbita del derecho de daños o de la responsabilidad del Estado, será posible que la administración de justicia se encuentre compelida a la reparación integral del daño antijurídico irrogado, sin que importe, en algunos eventos, la constatación o no de una falla del servicio.

Bajo esa panorámica dimanan los siguientes interrogantes: ¿Cuál es el régimen de responsabilidad aplicable por la privación injusta de la libertad? ¿Toda persona que sea absuelta o que amparada con una providencia equivalente debe ser reparada? ¿Para la definición de estos escenarios es procedente un régimen objetivo o subjetivo de responsabilidad? ¿Afecta la responsabilidad patrimonial del Estado los objetivos de la política criminal en Colombia?

En la búsqueda de la solución a los anteriores cuestionamientos, el Consejo de Estado ha arribado a las siguientes conclusiones que pueden ser extraídas del análisis sistemático de la jurisprudencia respectiva:

a) La Constitución Política impone la carga a los administrados para que en desarrollo de la política criminal del Estado, puedan ser eventualmente afectados con una medida de aseguramiento.

b) Al margen de lo anterior, la imposición de una medida de aseguramiento que restrinja o limite la libertad configura por sí misma, en casos de absolución, un daño antijurídico que la persona no está obligada a soportar porque ni constitucional ni legalmente se radica esa carga en el administrado.

c) En consecuencia, es válido afirmar que la libertad en un Estado Social de Derecho admite restricciones legítimas, pero el ordenamiento jurídico no impone el deber al asociado de sobrellevar las consecuencias patrimoniales o inmateriales que de las mismas se deriven, máxime si en estos supuestos de la responsabilidad por la privación de la libertad se ha declarado la absolución del sujeto vinculado al proceso penal. En otros términos, el principio de la prevalencia del interés general sobre el particular contenido en el artículo 1º de la Constitución Política legitima la actividad del aparato de investigación y juzgamiento penal, al grado de entregar a los jueces y fiscales la posibilidad de decretar medidas de aseguramiento que garanticen la comparecencia del imputado o acusado al proceso penal, sin que ello se constituya en una patente de corzo en la que el Estado pueda afirmar que con ese comportamiento no se generó un daño antijurídico en cabeza del asociado.

d) Ahora bien, el hecho de que se produzca un daño antijurídico en todos aquellos eventos en que el procesado es absuelto y, por lo tanto, se le revoca la medida de aseguramiento restrictiva de la libertad (intramuros o extramuros), no significa que se genere o desencadene de manera automática la responsabilidad de la administración de justicia, para ello es necesario que esa lesión o afectación sea imputable a la misma.

En relación con la imputación o atribución del daño a la organización estatal, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sistematizado la responsabilidad, de tal forma que exista una armonía o acoplamiento entre los objetivos de política criminal trazados por la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio del Interior y de Justicia, de forma tal que no se haga nugatoria la lucha contra la criminalidad pero, del otro extremo, se permita a las personas a las que se les impone una medida de aseguramiento, determinar si es posible imputar o atribuir el daño en cabeza de la administración de justicia. Así las cosas, el esquema que se ha delimitado es el siguiente:

a) La responsabilidad extracontractual del Estado por la privación injusta de la libertad encuentra su fundamento en la ley 270 de 1996, pero también, de manera directa, en el artículo 90 de la Carta Política.

b) Las hipótesis que se encontraban reguladas por el abrogado artículo 414 del C.P.P. de 1991 (decreto ley 2700 de 1991), se proyectan en el tiempo, aún bajo la égida del artículo 68 de la ley 270 de 1996 (nuevo ordenamiento en la materia).

En efecto, la citada norma derogada establecía:

> *"ARTICULO 414. Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave."*

Como se aprecia, el primer segmento de la disposición en comento establecía el régimen general de responsabilidad por falla del servicio al indicar que "quien haya sido privado injustamente de la libertad podría demandar al Estado la indemnización de perjuicios", mientras que la segunda parte del precepto contenía tres supuestos que, de concretarse, generaban la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva en el que la diligencia y cuidado del funcionario judicial se torna irrelevante al momento de imputar el daño en cabeza de la administración, razón por la que sólo se podrá eximir la administración de justicia cuando acredite una causa extraña –esto es una fuerza mayor o el hecho determinante de un tercero o de la víctima–.

En ese orden de ideas, si al sindicado se le absolvía o se le precluía la investigación porque: el hecho no existió, no lo cometió, o la conducta que se le imputaba no constituía hecho punible, el juez de la responsabilidad aplicaba el título objetivo de daño especial por el rompimiento de las cargas públicas, para determinar si era procedente declarar la obligación de reparar el daño.

c) Con la subrogación del artículo 414 del C.P.P. de 1991, como ya se puntualizó, la jurisprudencia constitucional y contenciosa tuvieron

ocasión de pronunciarse sobre la posibilidad de aplicar un título de responsabilidad objetiva a la luz del artículo 68 de la ley 270 de 1996. En criterio del Consejo de Estado, los supuestos a que hacía referencia el extinto artículo 414 del decreto 2700 de 1991, continúan rigiéndose bajo un sistema objetivo de responsabilidad.

Ello no supone la aplicación ultractiva de la ley 2700 de 1991, sino el reconocimiento expreso, con fundamento en el artículo 90 superior, de que existen eventos en los que se impone o dimana, en virtud de la aplicación de criterios de justicia y equidad dada la contundencia de la decisión absolutoria, la aplicación de criterios de imputación objetivos como lo es el daño especial en virtud del quebrantamiento del principio de las cargas públicas de los ciudadanos.

Lo anterior, toda vez que de acogerse sin ambages el contenido y alcance fijado por el Tribunal Constitucional respecto a la privación injusta de la libertad, sería imperativo concluir que la responsabilidad por este supuesto sólo es procedente cuando el demandante acredite que la detención o la restricción configuró una vía de hecho judicial, por cuanto incluyó la necesidad de que fuera "abiertamente arbitraria" la medida. Por lo tanto, de aceptar la hermenéutica señalada se concluiría que ni siquiera en las hipótesis que contemplaba el derogado artículo 414 del decreto 2700 de 1991, sería suficiente demostrar el daño antijurídico y la imputación fáctica del mismo, pues sería necesario acreditar la existencia de una falla del servicio de la administración de justicia, circunstancia que, se itera, impone una carga demasiado gravosa a la persona que estuvo privada de la libertad para posteriormente ser liberada por absolución o su equivalente.

d) De otro lado, el Consejo de Estado ha señalado que la absolución proveniente de la aplicación del principio constitucional del in dubio pro reo, se rigen por un régimen objetivo de responsabilidad, siempre y cuando la aplicación de la citada garantía constitucional sea un verdadero escenario de duda (in dubio pro reo strictu sensu), porque, de lo contrario, el título aplicable será el de falla del servicio por inactividad probatoria de la administración de justicia.

De otro lado, si la aplicación del principio in dubio pro reo refleja o trasluce una verdadera inactividad probatoria por parte de la Fiscalía General o la administración de justicia, será procedente solicitar la reparación del daño irrogado con la detención o limitación de la libertad siempre y cuando se acredite esa específica circunstancia que es constitutiva de una falla del servicio (responsabilidad por aplicación de un falso in dubio pro reo o in dubio pro reo lato sensu). Lo anterior, toda vez que la desidia en la recopilación de los medios de prueba traduce una falla del servicio que es imputable a la administración de justicia.

En esta última hipótesis, a efectos de exonerarse de responsabilidad, la entidad demandada podrá desvirtuar la falla del servicio con la acreditación de que actuó con diligencia y cuidado, o con la prueba de una causa extraña que torne inimputable la lesión antijurídica en cabeza de la misma. Por el contrario, si la libertad se produjo por la aplicación en estricto sentido del principio de la duda se resuelve a favor del procesado, debido al régimen objetivo aplicable, sólo será viable la exoneración en sede del derecho de daños por parte de la entidad demandada con la demostración de una causa extraña.

e) Los demás supuestos de absolución o exoneración penal distintos a los cuatro ya analizados (el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no constituía delito o la aplicación en concreto del in dubio pro reo), son supuestos que se estudian bajo la óptica de la falla del servicio.

Por lo tanto, no bastará en estos eventos la prueba del daño y de la imputación fáctica en cabeza de la administración de justicia, sino que, de forma adicional, será imprescindible que el demandante pruebe la existencia de una falla del servicio.

Así las cosas, la aplicación de regímenes objetivos es excepcional y sólo se produce en las cuatro situaciones que ya han sido analizadas, por ello constituye un error pretender tornar objetiva toda la responsabilidad por la privación injusta de la libertad, pues eso puede afectar el cumplimiento de los fines de la política criminal en el país, máxime si ello conduciría a que toda persona privada o limitada de su libertad

en virtud de una medida cautelar terminaría siendo indemnizada salvo acreditación de una causa extraña.

De allí que, el sistema mixto de responsabilidad, que hasta el momento ha trazado la jurisprudencia, sea apropiado y pertinente porque conjuga un justo medio entre la política criminal y el derecho de daños, instituciones que como se ha precisado generan entre sí una tensión permanente que sólo puede ser resuelta o definida con aplicación de criterios de ponderación o proporcionalidad, en los cuales se reconozca la importancia de perseguir y combatir el delito pero, asimismo, sin que ello suponga imponer cargas desequilibradas a los asociados que se ven afectados por medidas restrictivas de sus derechos a la libertad personal y a la autonomía individual.

Lo anterior no es óbice para que el juez de lo contencioso administrativo, al margen de que los supuestos del caso permitan aplicar un régimen objetivo de responsabilidad, pueda declarar probada la falla del servicio al encontrar probadas en el proceso irregularidades o el incumplimiento a deberes u obligaciones por parte del agente judicial, circunstancia que generaría una declaratoria de responsabilidad bajo este último título en aras de ejercer un control sobre la actividad de la administración judicial. Entonces, si la detención fue arbitraria e ilegal, será sencillo acreditar ese hecho lo que permitirá que el juez valore el grado de subjetividad con que se actuó en el caso concreto, aunado al hecho de que se facilita el ejercicio de la acción de repetición, en este preciso supuesto, contra el funcionario que de manera irregular privó al acusado de la libertad.

En reciente pronunciamiento, el Consejo de Estado discurrió así:

> *"En esa línea de pensamiento, y en armonía con lo expuesto en el acápite anterior de esta providencia, para la Sala existen en el caso concreto dos títulos jurídicos de imputación desde los cuales puede ser analizada o valorada la posible atribución de los efectos del daño antijurídico en cabeza de la Fiscalía General de la Nación.*

> *"3.4. Y si bien, la anterior circunstancia supondría analizar la imputación de conformidad con cada una de las conductas que le fue atribuida a Aguirre López, para determinar si el Estado debe o no responder patrimonialmente de los perjuicios causados con la privación de la libertad, lo cierto es que, en el caso concreto, la falla del servicio se encuentra acreditada respecto de toda la investigación penal, incluida la decisión que le impuso medida de aseguramiento, circunstancia que se infiere del análisis efectuado por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, unidad que al interior de la Fiscalía General de la Nación era la máxima instancia respecto de la denominada "jurisdicción regional o especializada".*

f) Es posible, aunque en Colombia no se haya presentado ninguna demanda sobre el particular, que eventualmente se depreque la responsabilidad patrimonial del Estado por el solo hecho de vincular la persona al proceso penal.

En esa precisa dirección, en sentencia del 9 de junio de 2010, el Consejo de Estado señaló:

> *"Por último, la Sala reconoce la existencia de un título jurídico de imputación autónomo, consistente en la posibilidad de demandar la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho de haber estado vinculada la persona a un proceso penal, al margen de que exista o no privación o restricción efectiva de la libertad, ya que, en estos escenarios, aunado al hecho de la acreditación del daño antijurídico y su real materialización, será posible deprecar la responsabilidad del Estado siempre que se compruebe la existencia de una falla del servicio imputable a la entidad demandada, relacionada con la falta de los presupuestos necesarios para adelantar la respectiva investigación o juicio penal ."*

En este tipo de escenarios el régimen aplicable sería el subjetivo de falla del servicio pues no se parte de una circunstancia que resquebraje las cargas públicas sino de una actuación irregular que conllevó a que se adelantara investigación y juzgamiento penal sin que existieran los criterios y parámetros razonables para ello.

vii) El hecho de que se predique la existencia de un daño antijurídico, cuando la persona que afectada por una medida de aseguramiento es declarada inocente o liberada, no significa que se desencadene de manera automática la responsabilidad de la administración de justicia, toda vez que la entidad demandada se podrá defender a partir de la identificación del título jurídico aplicable en cada caso concreto, como quiera que si es de carácter objetivo la exoneración sólo se puede producir por la acreditación de una causa extraña, mientras que si el régimen es de falla del servicio podrá enervarse, además, con la prueba de la diligencia y cuidado al momento de imponer la medida de aseguramiento.

El máximo tribunal de lo contencioso administrativo tuvo oportunidad de abordar la problemática en un caso en el que se juzgó la responsabilidad patrimonial de la Fiscalía General de la Nación, por la privación de la libertad de una funcionaria a la que se le impuso medida de aseguramiento por el delito de peculado, pero posteriormente fue absuelta porque los títulos judiciales desaparecidos –conducta irregular que se le imputaba– fueron hallados dentro del desorden propio que manejaba la empleada judicial. En esta ocasión, el Consejo de Estado encontró que fue el comportamiento exclusivo de la víctima (descuido y negligencia en el archivo de documentos a su cargo) el que dio origen a la apertura del proceso penal y la consecuencial medida de aseguramiento con la que se aseguró su comparecencia. Entre otros aspectos, esa Corporación precisó:

> *"Resuelto el primero de los problemas jurídicos que se habían dejado planteados ab initio y concluido que la lesión causada a la demandante fue ocasionada por la medida de aseguramiento dictada en su contra por la Fiscalía Octava Especializada, Unidad Anticorrupción, de la ciudad de Valledupar, mediante auto calendado el 4 de octubre de 1995, procede ahora despejar la segunda cuestión esbozada, esto es, si dadas las circunstancias del caso concreto, se dan los presupuestos para concluir que se trata de un evento de culpa exclusiva de la víctima, que da lugar a exonerar de responsabilidad patrimonial al Estado.*
>
> *"Por otra parte, a efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder 'activo u omisivo' de aquélla tuvo, o no, injerencia*

y en qué medida, en la producción del daño. Y ello como quiera que la Sala ha señalado que el hecho de la víctima, como causal de exoneración de responsabilidad o de reducción del monto de la condena respectiva, debe constituir, exclusiva o parcialmente, causa eficiente del perjuicio reclamado…

"Sin embargo, dadas las particularidades del presente caso y consecuentemente con la línea jurisprudencial a la que, igualmente, se aludió en precedencia de acuerdo con la cual la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad a la Administración, no puede menos que concluirse que, con base en los elementos de prueba a los cuales se ha hecho alusión, está demostrada en el expediente la concurrencia de la culpa exclusiva de la víctima, señora Adiela Molina Torres, en el acaecimiento del resultado en que se tradujo la decisión de la Fiscalía General de la Nación al proferir una medida de aseguramiento en su contra, esto es, la pérdida de su libertad.

"Y es que, a juicio de la Sala, está plenamente acreditada en el expediente la inexistencia de vínculo causal 'desde la perspectiva de la causalidad adecuada, se entiende' entre la tantas veces mencionada medida de aseguramiento y los perjuicios por cuya indemnización se reclama en el sub lite, previa declaratoria de la responsabilidad del Estado por los hechos que dieron lugar a la iniciación del trámite procesal que esta providencia decide, pues, como lo concluyó la agente del Ministerio Público ante esta Corporación –cuyo criterio la Sala comparte- y así también lo decidió el Tribunal Administrativo del Cesar en primera instancia, la privación de la libertad de la señora Molina Torres no tuvo su causa eficiente o adecuada en la actividad de la Administración de Justicia -a pesar de ser la causa inmediata-, sino en la conducta asumida por la víctima."

Por lo tanto, la responsabilidad patrimonial del Estado no invade la órbita del derecho penal ni los objetivos de la política criminal en Colombia, así como tampoco abre una brecha para que la administración pública repita contra los funcionarios judiciales. Por el contrario, la Jurisdicción

Contencioso Administrativa ha abordado una labor de articulación de la función de investigación y juzgamiento penal, con los lineamientos de la responsabilidad, de forma tal que, a partir de un criterio compuesto o híbrido se han sentado las bases para determinar si existe o no el deber de reparar el daño proveniente de una privación de la libertad derivada de una medida cautelar en el proceso penal.

2.3. Responsabilidad personal del servidor público y acción de repetición

Resulta oportuno abordar el estudio de este tópico, por cuanto su estudio ha sido limitado por parte de la jurisprudencia y la doctrina, de allí que sea necesario establecer cuál es el contenido y alcance de la responsabilidad personal del funcionario judicial cuando se presenta un supuesto de responsabilidad patrimonial de la administración de justicia.

El artículo 71 de la LEAJ establece:

> *"ARTÍCULO 71. DE LA RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO Y DEL EMPLEADO JUDICIAL. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial por un daño antijurídico que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.*
>
> *"Para los efectos señalados en este artículo, se presume que constituye culpa grave o dolo cualesquiera de las siguientes conductas:*
>
> *"1. La violación de normas de derecho sustancial o procesal, determinada por error inexcusable.*
>
> *"2. El pronunciamiento de una decisión cualquiera, restrictiva de la libertad física de las personas, por fuera de los casos expresamente previstos en la ley o sin la debida motivación.*
>
> *"3. La negativa arbitraria o el incumplimiento injustificado de los términos previstos por la ley procesal para el ejercicio de la función*

> *de administrar justicia o la realización de actos propios de su oficio, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer."*

De la disposición se evidencia que la acción de repetición –o el llamamiento en garantía del funcionario o empleado judicial– se debe iniciar en todos los casos en que, a la luz del artículo 90 de la Carta Política, el daño haya sido producto del comportamiento doloso o gravemente culposo del agente estatal.

En esa línea de pensamiento, no es acertado señalar que siempre que exista una condena a cargo del Estado el funcionario judicial será demandado en acción de repetición o llamado en garantía en el proceso contencioso ordinario. Por el contrario, para toda entidad pública –incluidas aquellas que integran la Rama Judicial del poder público – previo el ejercicio de la facultad asignada en el inciso segundo del artículo 90 superior, es necesario que se indague si la conducta del agente o del servidor público pudo estar afectada de dolo o culpa grave, lo que impondrá el deber de ejercer la acción de repetición contra el mismo.

En los casos de error jurisdiccional, ni siquiera la violación al derecho sustancial o formal desencadena la presunción de dolo o culpa grave del artículo 71 de la ley 270, toda vez que es necesario que haya mediado en ese desconocimiento un "error inexcusable".

En relación con el concepto de error inexcusable del funcionario judicial –no asimilable a la falla del servicio, pues este concepto es propio de la valoración de la conducta de la administración no del funcionario– la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado :

> *"Es por esta razón que, las orientaciones jurisprudenciales y doctrinarias que apuntan a la configuración y caracterización del denominado error inexcusable o culposo, de la vía de hecho, de la providencia arbitraria y desprovista de toda juridicidad, y otras expresiones habituales de la noción de culpa grave cometida por el agente jurisdiccional, únicamente son de recibo y aplicación tratándose de la responsabilidad personal del funcionario, campo en el cual,*

se debe advertir que el error puede ocurrir, tanto en la actividad de la constatación y valoración probatoria, como en la interpretativa, esto es, puede el error de hecho y de derecho, dar lugar a la responsabilidad personal del funcionario, cuando quiera que, la providencia parezca manifiestamente contraria a los hechos acreditados en la instancia, o dicho en otros términos, no puede el funcionario escudarse en su autonomía e independencia, para fundamentar de cualquier manera y contra la objetividad que muestran los hechos, una determinada resolución jurisdiccional, como que pese a la singularidad de la actividad interpretativa, la fundamentación de las decisiones debe edificarse dentro de presupuestos objetivos y bajo criterios razonables que no contradigan elementales principios que informan la actividad de interpretación de los hechos y el derecho a los cuales están sujetos todos los operadores jurídicos. Esta, por lo demás, la orientación doctrinaria, en materia del denominado error de concepto, doctrina o interpretación, que se reitera, adquiere relevancia y utilidad práctica, en tratándose de la responsabilidad personal del funcionario. A contrario sensu, existe responsabilidad personal del funcionario, cuando desatiende una norma de sentido claro, o pretermite la consideración de una prueba, o supone la misma, sin justificación atendible, con lo cual se quiere significar que, aún dentro del campo de la responsabilidad personal del funcionario, éste compromete su propia responsabilidad, cuando desatiende las directrices generales y las exigencias que deben presidir la labor de la administración de justicia en lo tocante a la función específicamente jurisdiccional, tanto en su proyección frente a los hechos de la instancia, como frente al derecho que ha de aplicarse al caso concreto de cara a la víctima y desde la perspectiva del artículo 90, concebido con los alcances y sentido arriba expuestos, basta el acreditamiento del daño antijurídico, a la vez que la relación de causalidad, entre éste y el error contenido en la providencia, error que se configura en todos aquellos eventos en que la providencia sea contraria al ordenamiento jurídico tal cual lo establece el artículo 66 de la Ley 270 de 1996, bastando para ello un cotejo objetivo entre el contenido de aquella y los preceptos normativos, sin que sean admisibles argumentos o razones que vengan edificados sobre la justificación, excusabilidad o diligencia del funcionario judicial o que impliquen la consideración del comportamiento

> *de aquél en el proferimiento de la decisión, razones que solamente son de recibo, para excusar o exonerar la eventual responsabilidad personal del funcionario, no así, la patrimonial del Estado.*

Ahora, en el caso específico de la privación o restricción de la libertad –tópico que como se ha señalado es el que entra en mayor conexión con la política criminal–, la LEAJ estableció una presunción iuris tantum, que admite prueba en contrario, contra el funcionario judicial que haya impuesto una medida de aseguramiento restrictiva de la libertad física del acusado, cuando la misma fue decretada por fuera de los casos previstos en la ley o sin la motivación necesaria.

Por lo tanto, sólo en las situaciones enunciadas es procedente hacer referencia a la presunción de dolo o culpa grave contra el funcionario o agente judicial que dio origen a la medida de aseguramiento. De allí que, corresponderá por regla general al Estado acreditar el comportamiento doloso o gravemente culposo del servidor público que impuso la medida y que, por ende, dio origen a la condena patrimonial, pues la presunción es específica y de interpretación restrictiva sin que pueda ser ampliada su hermenéutica.

En consecuencia, en principio el Estado deberá verificar si la condena se produjo a partir de la declaratoria de una falla del servicio o bajo un régimen objetivo de responsabilidad, ya que el título de imputación constituye un indicativo prima facie de si es procedente iniciar o no la acción de repetición. En efecto, una declaratoria de responsabilidad por falla del servicio es demostrativa del incumplimiento de un deber legal o de una obligación a cargo de la administración de justicia, razón que permite apreciar en mejor forma si el agente estatal actuó o no con dolo o culpa grave al materializar el daño. Por el contrario, si la condena fue impuesta bajo un título objetivo, los comités jurídicos y contenciosos de cada entidad deberán analizar con mayor grado de exigencia la conducta del agente, ya que, en principio, no será tan sencillo la prueba o acreditación del elemento subjetivo antes mencionado, o podría desecharse ab initio, el ejercicio inoportuno y perjudicial de la acción de repetición como quiera que no habría lugar a ella.

Por lo tanto, el hecho de que existan causales objetivas de imputación en el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado por la privación o restricción de la libertad de los ciudadanos no quiere significar que exista una responsabilidad consecuencial del agente público que dirigió el proceso penal; ya que, será requisito indispensable, en primer lugar, valorar si es procedente o no el ejercicio de la acción de repetición en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, y para ello será imprescindible determinar si el comportamiento del funcionario judicial estuvo o pudo transitar por los cauces del dolo o de la culpa grave, salvo que opere la presunción legal contenida en la LEAJ y que, en todo caso es desvirtuable.

En consecuencia, el hecho de que exista un régimen mixto que regule la responsabilidad patrimonial del Estado por la restricción de la libertad o por la existencia ilegítima de un proceso penal, no constituye una amenaza que implique la parálisis del sistema sustancial y procesal penal, así como una traba en el cumplimiento de los objetivos y metas trazadas por la política criminal del Estado, por cuanto, la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición, sólo serán procedentes cuando medie una conducta dolosa y culposa del funcionario que pueda ser acreditada judicialmente o, en su defecto, que se presuma en los términos del numeral 2 del artículo 71 de la LEAJ.

Ponencia 5

LA POLÍTICA CRIMINAL: EFICACIA SIMBÓLICA, INEFICACIA REAL

Rubén Dario Pinilla Cogollo
Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá

1. INTRODUCCIÓN

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de su Presidente, el doctor Hernando Torres Corredor y la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, por medio de su Directora Gladys Virginia Guevara, a quienes agradezco su generosa invitación, nos ha convocado a este panel para hablar sobre el proyecto de ley del Senado número 164/2010, más conocido como ley de seguridad ciudadana, al menos originalmente porque lo primero que se advierte es que se modificó su denominación. La ley –o el proyecto- aspira a ser el marco de la política criminal en esa materia. Pero, lo que se observa en el proyecto es otra reforma más a los códigos, a los procedimientos penales, de las tantas a que nos tienen acostumbrados y que no tienen efectos reales. Para llegar a ese punto vamos a abordar y desarrollar nuestra intervención en tres niveles: primero, el origen y los fines explícitos de la ley y los errores de enfoque en su concepción; segundo, los problemas y las cuestiones reales que omite o encubre y, por último, las normas de la ley para demostrar que el proyecto no resuelve, ni responde a los problemas que le dieron origen y utiliza los tratamientos y métodos tradicionales de nuestra política criminal, con sus vacíos y limitaciones, de tal modo que todo sigue igual y sólo tiene una eficacia simbólica.

2. EL ORIGEN Y LOS FINES DE LA LEY

La política de seguridad democrática neutralizó los problemas de seguridad del Estado, pero con el tiempo se hizo cada vez más evidente que no resolvió los problemas de la seguridad ciudadana, el tipo de seguridad que demanda el ciudadano en su vida diaria, en sus actividades cotidianas, en la intimidad de su vivienda, en sus desplazamientos, en su medio social, asociados más a la seguridad urbana.

Si uno lee los medios de información en la época previa a la elaboración y presentación del proyecto y las declaraciones de los diversos funcionarios públicos, desde el Alcalde de Medellín hasta el Ministro del Interior y de Justicia, pasando por el Director General de la Policía, puede observar que esos problemas, los de la seguridad ciudadana, se atribuían a la ineficacia de la legislación penal para combatir la impunidad y, en especial, del sistema de juzgamiento penal introducido por el acto legislativo 003 de 2.002 y la ley 906 de 2.004 -el sistema acusatorio- y la manera como los jueces aplicaban la ley. Por la época, tales funcionarios centraron sus cuestionamientos en las normas legales y las decisiones judiciales sobre tres aspectos, que pueden señalarse como paradigmáticos: *(i)* la legalización de la captura y las medidas de aseguramiento adoptadas o la libertad otorgada por los jueces, en especial en los casos de porte de armas de fuego, que consideraban particularmente graves; *(ii)* la detención domiciliaria otorgada por los jueces en algunos casos, muy publicitados por la prensa; y *(iii)* la libertad provisional concedida en ciertos casos por el vencimiento de los términos.

El proyecto de ley de seguridad ciudadana viene a refrendar esa percepción de los funcionarios de la administración. La exposición de motivos del citado proyecto de ley consagra que el terrorismo y la criminalidad organizada se han convertido en "medios (sic) para minar las bases del Estado de derecho y afectar a los ciudadanos en su vida, honra y bienes"[65]. El proyecto, entonces, busca "eliminar la impunidad; luchar contra la criminalidad organizada y el terrorismo; [y] aumentar la efectividad del procedimiento penal, la extinción del dominio y la responsabilidad juvenil" y, con ese preciso fin, "se realizó un análisis exhaustivo sobre las

65 Gaceta del Congreso. Bogotá, Año XIX, N° 737, 5 de octubre de 2.010. Pág. 14

falencias de la legislación en la lucha contra la criminalidad organizada, así como también de las medidas necesarias para mejorar el funcionamiento de la justicia"[66] y se proponen medidas en materia de detención domiciliaria, salvoconductos para el porte de armas, bandas armadas, fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en este caso con el fin de eliminar la alusión a la dosis personal e incluir sustancias como la efedrina y la seudoefedrina.

3. LOS ERRORES DE PERCEPCIÓN Y ENFOQUE EN LA LEY DE SEGURIDAD CIUDADANA

De entrada, una rápida mirada a las medidas y modificaciones anunciadas en la exposición de motivos citada revela que esos no son los problemas de la seguridad ciudadana. No lo son las posibles deficiencias en el control de la detención domiciliaria otorgada por los jueces a los imputados o acusados y la oportunidad de la información sobre los salvoconductos concedidos por las autoridades para la tenencia y porte de armas, si es que las hay y tienen su origen en la ley, ni lo son las posibles falencias en la redacción del delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones o del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, ni lo son la dosis personal de estupefacientes o el tráfico de sustancias como la efedrina y la seudoefedrina.

La seguridad no se reduce al control y represión del delito, ni es una cuestión de leyes y procedimientos penales. La seguridad es ante todo ese conjunto de condiciones que les aseguran a todos los ciudadanos el libre ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales y les permiten gozar y disfrutar de ellos de manera efectiva, sin temores e incertidumbres.

Sin embargo, los errores de percepción y enfoque van mucho más allá. Los funcionarios de la administración y el proyecto parten del supuesto de que el juez tiene el deber de combatir la impunidad. Esa es una visión equivocada de la función del juez. El Juez no es el responsable de combatir el delito y la impunidad porque, a diferencia de lo que suele creerse, su función no es la de perseguir el delito y asegurar el castigo de los responsables, ni

66 *Ibídem, pág. 15*

tiene las atribuciones para hacerlo. Esa es función del Fiscal General de la Nación y sus delegados, quienes sí tienen la obligación y las facultades para hacerlo. Son éstos quienes tienen el deber y las facultades para perseguir el delito y combatir la impunidad e investigar y acusar a los responsables. La función del juez es garantizar un juicio justo y asegurar la efectividad de los derechos y obligaciones de los ciudadanos. Obviamente, si como producto del juicio el acusado resulta responsable, su deber es condenarlo, pero su función no es perseguirlo para que sea castigado por su crimen, pues esa es función de la Fiscalía. Tampoco es posible controlar al juez a través de la ley porque el juez se debe antes que todo a la Constitución y a los tratados internacionales que establecen y regulan los derechos humanos y la ley está sometida a ellos y porque las normas jurídicas admiten ordinariamente varias interpretaciones posibles y al juez le corresponde desentrañar su sentido en armonía con la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos. De allí que la ley no es siempre una ruta segura para controlar las decisiones de los jueces. Eso sucede, a modo de ejemplo, con las medidas de aseguramiento y la detención domiciliaria que están sujetas a unos principios que van más allá del texto de la ley, conforme a la jurisprudencia constitucional.

El proyecto de ley presentado por los funcionarios de la administración parte de otro error: la idea equivocada de que la ley es la causa de la impunidad y de la inseguridad ciudadana y, por ende, la solución es la reforma de la ley. Así se desprende del hecho de que la principal medida -y casi la única- para afrontar y combatir la inseguridad ciudadana y la impunidad sea la reforma de las leyes y así lo refleja también la exposición de motivos. Por supuesto, la ley no es la causa de la inseguridad y la impunidad, ni es la solución a éstas. Es cierto que en un momento determinado puede contribuir a su superación, pero como una herramienta más, al lado de otras y sobre todo cuando, en su conjunto, las leyes se revelan caducas e ineficaces para enfrentar las nuevas manifestaciones de la criminalidad.

La historia de nuestras instituciones demuestra que la ley no es la causa, ni la solución a los problemas de la inseguridad ciudadana y la impunidad. Un solo ejemplo basta al efecto. Durante más de 10 años estuvieron rigiendo el Estatuto para la Defensa de la Democracia y los jueces sin rostro, que luego pasaron a llamarse jueces regionales y finalmente

jueces penales del circuito especializados. Esa legislación, cuyo propósito era combatir el narcotráfico y el terrorismo, estuvo en vigor prácticamente hasta que entró a regir la ley 906 de 2.004. Sin embargo, al cabo de esos más de 10 años los fenómenos del narcotráfico y el terrorismo -y los problemas de seguridad ciudadana e impunidad asociados a ellos- no se habían solucionado y seguían vigentes e incluso se habían agravado con la presencia del paramilitarismo. La ley, por más que se trató de una legislación especial y de amplio espectro, no resolvió esos problemas. Fue necesario un Gobierno como el de Álvaro Uribe Vélez, fundado en la opción militar, para neutralizar la amenaza que significaba la guerrilla para el Estado, así dejara vigentes otros problemas.

4. LAS CUESTIONES QUE OCULTA O ENCUBRE LA LEY

De esa manera, la ley encubre los problemas reales del Estado y la seguridad ciudadana, el primero de los cuales tiene que ver con la vigencia y eficacia del Estado o los tres Estados de que hablaba Claudia López antes. Si algo distingue al Estado es que detenta el monopolio de la ley y de las armas y su capacidad de hacerse obedecer. Eso es precisamente lo que está cuestionado y disputado en Colombia, aquí entre nosotros, porque la autoridad tiene un grave problema de legitimidad. Esa es la tarea que hay que emprender, la de recomponer la legitimidad.

La credibilidad y confianza del ciudadano en la ley se ha perdido también. Y eso significa que hay una grave fractura del imperio de la ley, de su vigencia, de su eficacia. El imperio de la ley es un supuesto insustituible del Estado, sin el cual no es posible afianzar la paz y construir la seguridad ciudadana, pues ésta sólo existe allí donde se respeta la ley y hay reglas claras sobre los derechos y las relaciones entre los ciudadanos.

La fractura del imperio de la ley y la falta de credibilidad y confianza del ciudadano en ella obedece a múltiples factores:

a) El carácter particular que entre nosotros tiene la ley, y que le niega su naturaleza universal, impersonal y abstracta. La ley que conoce el ciudadano no es la ley general, sino la que hace y aplica cada autoridad: el requisito o trámite que impone, así no tenga fundamento

en la ley, la retención de una persona o el decomiso de un bien sin fórmula de juicio y así sucesivamente;

b) La identificación de la ley con la autoridad y la relación conflictiva con ésta. El ciudadano no dice "viene la policía", ni "viene la autoridad", dice "viene la ley". De ese modo, la autoridad sufre un proceso de transmutación: es identificada con la ley, es la ley. Y con la autoridad el ciudadano establece una relación conflictiva: la que se establece sólo a raíz del lanzamiento de la vivienda, del allanamiento, del desalojo, de la violación de la intimidad, de la detención legal o arbitraria, de la persecución por el uso y ocupación del espacio público, del decomiso o incautación de los bienes que le aseguran una economía de subsistencia, así sea irregular. La ley se convierte entonces en un enemigo;

c) La aplicación desigual de la ley, que quiebra el principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la igualdad de trato, pues la ley no es igual para todos, sino que "la ley es sólo para los de ruana";

d) La propia ilegalidad del Estado. No otra cosa que una ilegalidad realizada o patrocinada por el Estado son los casos de "las chuzadas", "la parapolítica", las ejecuciones extrajudiciales, mal llamadas "falsos positivos", entre otros casos típicos del ejercicio arbitrario del poder que podrían enunciarse.

La recuperación del imperio de la ley y de la credibilidad y confianza del ciudadano en ella tiene que empezar por reformar y rectificar el ejercicio de la autoridad.

En esa larga lista de problemas ocultos o encubiertos por la ley y que están directamente vinculados con la seguridad ciudadana están también el acceso y la confianza en la justicia y los factores de riesgo que son los que generan el conflicto social y la inseguridad ciudadana, como la violencia intrafamiliar, la ruptura de la familia, la discriminación y la marginalidad social, la falta de oportunidades para incorporarse a la sociedad y a sus roles, la violencia social, la oferta ilegal, etc.

Pero, si algún ajuste requiere el sistema de juzgamiento no es precisamente la reforma de las leyes y procedimientos penales. Las deficiencias del sistema acusatorio, como todos lo sabemos, están en la investigación criminal: en la formación y los recursos limitados de la policía judicial, las deficiencias en la búsqueda y aseguramiento de la prueba, el uso inadecuado o la falta de uso de instrumentos procesales como los acuerdos y negociaciones y el principio de oportunidad y el énfasis de la política criminal real, más preocupada por perseguir a los pequeños consumidores y vendedores de drogas.

e) Las normas de la ley y su ineptitud para resolver los problemas de la seguridad ciudadana

Una rápida mirada a las modificaciones introducidas por el proyecto, hasta donde lo permite el tiempo asignado a este foro, dan cuenta de su ineficacia, cuando no de su inutilidad y de su función puramente simbólica.

a) El proyecto de ley crea o modifica una serie de tipos penales, como el tráfico de menores de edad, la utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, la agravación de la explotación ilícita de yacimiento minero, el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes -al que sólo se le suprime la expresión 'dosis personal' y nada más-, la simulación de investidura o cargo, el tráfico de sustancias para el procesamiento de drogas –al que simplemente se le agregan la efedrina y la seudoefedrina y las drogas de origen sintético-, la falsa denuncia y la falsa denuncia contra una persona determinada y la enajenación ilegal de medicamentos, para citar sólo algunos (artículos 6, 7, 9, 11, 12, 13, 16, 17, 18 y 22 del proyecto de ley). Las modificaciones a esos tipos penales son una reacción frente a casos particulares, como es el caso del tráfico de menores, o introducen ajustes insustanciales, pero poco tienen que ver con la seguridad ciudadana o sólo tienen una relación indirecta y mediata con las preocupaciones e inseguridades que afligen al ciudadano común.

b) El proyecto de ley, asimismo, crea el delito de pertenencia a grupos de delincuencia organizada (artículo 19 del proyecto). Esa norma es inútil, pues la pertenencia a grupos de delincuencia organizada constituye un

concierto para delinquir, que ya está tipificado en la ley. Pero, además, es inconsistente e introduce distorsiones indeseables, pues establece una pena más grave para quien haga parte de tales grupos -9 años-, que la prevista para quienes se concierten o hagan parte de organizaciones criminales o grupos armados al margen de la ley con el fin de cometer delitos de genocidio, terrorismo, desaparición forzada, desplazamiento forzado, tortura, homicidio, tráfico de estupefacientes, secuestro, extorsión y otros delitos graves, que tienen una pena mínima de 8 años y va a dar lugar a discusiones sobre cuál es el delito que se tipifica en un determinado caso, si el de concierto para delinquir o el de pertenencia a grupos de delincuencia organizada.

c) El proyecto también aumenta las penas de delitos como utilización ilícita de equipos transmisores, el empleo o lanzamiento de objetos especialmente peligrosos –pero, sólo cuando se trata de artefactos improvisados, elementos contundentes o incendiarios, o sustancias químicas-, usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas, simulación de investidura o cargo y perturbación de actos oficiales. Pero, aparte de los cuestionamientos que pueden hacérsele a la política usual de incrementar las penas para combatir la criminalidad, dichas conductas no son el núcleo duro de la inseguridad ciudadana, de tal modo que se justifique su mayor represión.

d) El caso del delito de fabricación, tráfico y porte de armas es particular y paradigmático, más porque fue uno de los que dio origen al proyecto de ley de seguridad ciudadana, a raíz de los cuestionamientos que por esa época hicieron el Alcalde de Medellín y el Director Nacional de la Policía sobre los controles y las decisiones judiciales respecto del porte de armas.

e) El proyecto de ley introduce 2 modificaciones que merecen un comentario especial. En primer lugar, introduce una nuevo verbo rector, el de "tener en un lugar", para sancionar así la conservación de las armas e incluye el porte o conservación de partes o accesorios de éstas. Si bien la conservación de las armas no estaba sancionada y es aceptable que se castigue, por lo menos en ciertos casos, puede terminar sancionando a quienes sólo guardan un arma para la defensa de su

vivienda y su seguridad personal por los más diversos motivos. La sanción del porte o conservación de partes o accesorios de un arma suena desproporcionada y puede dar lugar a situaciones o sanciones injustas, si se tiene en cuenta que la pena fijada en el proyecto de ley. Así, la simple posesión de un adminículo o cualquier parte de un arma puede llegar a una pena de 9 años.

f) En segundo lugar, el proyecto de ley aumenta la pena del delito, cuyo mínimo pasa de 4 a 9 años. Si el propósito es asegurar que quien sea sorprendido con un arma de fuego sea detenido preventivamente -que era el reclamo de las autoridades-, la norma es inútil. No sólo porque la pena que tenía fijado el delito -4 años- daba lugar a la detención preventiva y no era necesario aumentar la pena para ese efecto, sino porque la detención cautelar de una persona no depende únicamente de la pena que tenga señalada el delito, sino de otras circunstancias que justifiquen la medida. Ese aumento de pena, además, es irracional y desproporcionado porque se termina castigando más severamente el porte de un revólver, que el concierto para delinquir con el fin de cometer los delitos de genocidio, terrorismo, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, tráfico de estupefacientes, secuestro, etc., que apenas tiene una pena mínima de 8 años y que la rebelión, que incluye la posesión y uso de armas incluso de uso privativo de las fuerzas armadas, que tiene una pena mínima de 6 años.

g) El proyecto de ley también le fija término a la formulación de imputación, y con ello a la indagación previa, sobre lo cual ya había jurisprudencia de la Corte Constitucional[67], amplía el término de la investigación, que no generaba mayores problemas, como si lo generaban los del juicio y que causaron no pocos reproches de las autoridades administrativas por las libertades por el vencimiento de tales términos, el cual, sin embargo, no se modifica.

El proyecto de ley introduce otras modificaciones al Código de Procedimiento Penal que sería dispendioso analizar aquí y para lo cual no disponemos del tiempo necesario. Pero, es evidente que muchas de ellas

67 Cfr. Sentencias C-412 de 1.993, C-475 de 1.997 y T-181 de 1.999

obedecen a reformas puntuales, para responder a casos particulares y en medio del acaloramiento de la coyuntura.

Sin embargo, lo expuesto permite concluir que el proyecto de ley no responde a las preocupaciones que le dieron origen, ni es un instrumento eficaz para resolver los problemas de seguridad ciudadana, pues utiliza las herramientas a que nos tiene acostumbrados la política criminal del Estado, que ya han probado su ineficiencia. A tal punto que con la ley, o sin ésta, los problemas seguirán vigentes y sin solución real. Es una manera de que cambiarlo todo para que todo siga igual.

De ese modo, la política criminal –y el proyecto de ley como expresión de ella- cumple una función puramente simbólica –crea la apariencia de combatir la impunidad y la inseguridad ciudadana-, pero sin que las reformas resuelvan de manera real y efectiva las causas y fuentes del fenómeno. Así, mañana habrá una nueva reforma y la función simbólica de la política criminal podrá volver a funcionar para mantener vigente el statu quo.

Ponencia 6
POLITICA CRIMINAL

Señor General Oscar Adolfo Naranjo Correa
Director de la Policía Nacional[68]

Quisiera destacar que la convocatoria a este encuentro resulta simplemente inspiradora, yo diría, evocadora de lo que podría constituir la última generación de doscientos años de vida institucional colombiana. Un verdadero vínculo y es evocarlos, repetirlos y anclarlos con lo que sucedió en 1991 cuando el constituyente primario, el constituyente a través de esa asamblea determinó un nuevo rumbo para la nación, para cada colombiano, para la institucionalidad de nuestro país, la carta de 1991 contrastada y además convocante para que la política criminal no pierda nunca esa raíz nos parece un llamado de todo caso más que simbólico, verdaderamente histórico en los momentos por los que atraviesa el país.

No dudo, que con esta puesta en discusión, cuando pienso como policía de 35 años, que hace 20 años hubiese sido imposible esta convocatoria en esta ciudad tan bella, tan amable, nuestra tierra, Medellín. La tierra de esos años abrazada por el narco terrorismo feroz que amenazaba a jueces y magistrados, a periodistas, a dirigentes, a ciudadanos del común, policías y soldados, objeto de exterminio. Un narcoterrorismo que llegó a poner en vilo y en jaque la viabilidad de nuestro estado. El mérito entonces que

68 *Las palabras del General Naranjo se editaron, como quiera que este es el resultado del discurso pronunciado en el Conversatorio "LA POLITICA CRIMINAL DEL ESTADO COLOMBIANO. CONVERSATORIO NACIONAL DE LA RAMA JUDICIAL SOBRE EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO."*

evocamos desde la policía, sobre nuestra carta fundamental, el mérito de que no obstante esa amenaza, en esa coyuntura especial llevo a los colombianos, llevó a nuestra dirigencia política y el estado a dar vida a una Constitución basada en derechos y libertades, el resultado lógico en esa época es que nuestra sociedad hubiese sacrificado el valor de la libertad, el valor de los derechos fundamentales, juzgando la supervivencia para confrontar la amenaza narcoterrorista. Pero no fue así, muy a pesar de esa amenaza los colombianos, nuestra generación, nuestros antecesores y también los jóvenes podemos vivir tranquilos porque quedamos instalados en la postmodernidad del derecho, del estado social del derecho con una carta que no dudamos en valorar, por garantista y por volcarse sobre el ciudadano, sobre los seres humanos y los derechos de esos ciudadanos.

Por esa razón, cuando hoy ciertamente la amenaza del país se ha transformado y aparecen fenómenos emergentes criminales y aparece la necesidad de una respuesta institucional de política criminal, conviene destacar que en todo caso, repito, debemos anclarnos en esos principios fundantes de nuestro Estado de derecho.

Creo en esa fuerza, porque cuando se habla de política criminal a lo largo de los últimos años bajo distintas ópticas críticas o imparciales o simplemente de observadores, lo que está claro es que parecería que nuestra historia se hubiese caracterizado por la ausencia de coherencia en punto de política criminal. Ya mis antecesores en el uso de la palabra han señalado esas deficiencias, esas equivocaciones que son yerros en materia de política criminal, una política criminal reactiva, caracterizada por la coyuntura, caracterizada por la emoción y por eso me arriesgo de ser calificado como deliberante en este foro, pero lo entiendo, en un ámbito de naturaleza académica y al mismo tiempo institucional, déjenme ratificar algo que ya mencionó el doctor Sigifredo Espinosa, no es posible que a cada dificultad, que provoque la reacción social, circunstancial , mediática, incluso académica esté invocando el Estado la utilización del derecho penal. El cual debería ser, el estrado legislativo para enfrentar esos delitos como la herramienta recurrente, no es posible digo yo, a la luz del carácter inspirador de la constitución del 91 que estemos invocando por ejemplo para contener fenómenos de delincuencia o de infracción juvenil, cadenas perpetuas o que se estén elevando los mismos de imputabilidad para los jóvenes, se

bien que esas afirmaciones de cara a una sociedad que siente la angustia del delito son tremendamente populares, pero lo que no puede ser es que la popularidad nos lleve a perder el camino en el respeto, en la fundación y desarrollo y profundización de una doctrina que debería entender que la aplicación del derecho penal no es una solución exclusiva y excluyente, coherencia pues significa que el conjunto normativo, que el conjunto y el paquete legislativo que año a año se introduce en el devenir de nuestro estado social de derecho identifique una doctrina, unos mínimos de criterios y unos parámetros que realmente no produzcan divorcios, que no produzcan asimetrías institucionales, que no representen a la opinión pública al ciudadano como soluciones solamente de coyuntura o mediáticas. Se necesita de la coherencia para que para que la filosofía garantista que asegure los derechos y libertades sea cada vez más una realidad que un discurso y déjenme hablarles sobre el tema de la coherencia, sobre un asunto que resulta vital particularmente con posterioridad a 2005 y la entrada en vigencia, y la aplicación plena progresiva de la ley 906, nuestro código de procedimiento penal.

Si hay algo que quisiéramos rescatar como punto de inflexión provocador para este debate es que desde la Policía Nacional estimamos que el valor agregado cualitativo, esencial ha sido la institucionalidad de la legalidad como principio de garantía para la aplicación del derecho penal.

Desde esta institución como es la Policía Nacional, defendemos el control de legalidad que corresponde a la administración y lo hacemos particularmente desde la Dirección General. Ya lo señaló el Dr. Hernando Torres como hay avances sustanciales de 2005 al día de hoy, y como de manera gradual pero muy progresivo la Policía Nacional incurre cada vez menos en capturas que sean declaradas ilegales y eso que parecería simplemente una afirmación para llenar una cifra estadística realmente nos convoca y nos emociona, nos emociona porque lo que está claro es que la privación de libertad, como está declarado en ese código operará por excepcionalidad y que no puede ser que a cada delito la privación de libertad sea la única manera que encuentre un estado que pretenda instalarse en la postmodernidad para solucionar los problemas, la institución de control de legalidad, de control de garantías yo diría hoy independientemente de lenguajes sobre necesidades de ajuste al procedimiento penal es un valor

agregado que de cara a este foro, de cara a esta discusión, de cara a este debate sobre política criminal, nosotros desde la Policía Nacional invocamos, debe ser una faro, debe ser una guía permanente para cualquier decisión que se tome en este sentido.

Pero también cuando se nos invita a hablar de política criminal, no solamente hacemos un llamado a la coherencia, hacemos un llamado a la convergencia, por razones de una violencia se dirá de décadas crónica y anacrónica por lo menos de más de cinco décadas para señalar solamente la última etapa.

La última era de nuestra institucionalidad, nos ha llevado a los colombianos a pensar que la seguridad, la convivencia, los derechos y libertades recaen solamente en la responsabilidad de jueces, fiscales y policías, grave error, un estado social de derecho, un estado que invoque la seguridad y la convivencia y el respeto por las libertades debe asumir que todo el conjunto de la sociedad y particularmente las instituciones del estado debe ser una fuerza convergente para asegurar ese, deber ser, en pleno ejercicio de esa libertad y cuando uno revisa nuestra historia lo que uno encuentra es que nuestros modelos desde distintas órbitas, nuestro modelo educativo, nuestro modelo productivo, nuestro modelo de control social, es un modelo que abandonó esa convergencia en función del respeto, del aseguramiento, de una cultura institucional que realmente privilegie el valor de la libertad, de la seguridad y de la convivencia. Estos días cuando hacemos este llamado a la convergencia por ejemplo desde la política criminal estamos señalando que lo que hemos mostrado al mundo, mostrado a nuestros compatriotas como un gran avance por ejemplo en cobertura educativa se ha hecho a costa de sacrificar el tiempo que dedican nuestros jóvenes infantes y adolescentes al ocio, una cobertura educativa lograda sobre dos o tres jornadas al día que supone que un joven, un niño asiste a la escuela a su colegio no más de seis o siete horas y el resto de esas horas, con padres de núcleos familiares hoy particularmente representados en personas responsables económicamente, trabajadores o empleados quedan a merced de entornos que verdaderamente los contamina.

Convergencia significa que el modelo educativo sea un modelo para la prevención, la creación y la promoción de valores educativos, pero también

estamos hablando de sostenibilidad. El tema de la política criminal, no solamente pasa por la coherencia, por la convergencia sino por la sostenibilidad existente déjenme señalar una preocupación de coyuntura, hace apenas muy pocos años después de un tema intenso de la academia, del congreso, de las instituciones, de organismos no gubernamentales, Colombia aprobó su Código de Infancia y Adolescencia, un código que quedo instalado en un estándar internacional de primera generación para asegurar el devenir de nuestros jóvenes, el devenir de las próximas generaciones y no han pasado unos muy pocos años cuando ya se está invocando la necesidad de reformar ese código y reformarlo sobre unos parámetros que en nuestra opinión podrían convertir a lo que pretende ser un remedio peor que la enfermedad, yo me pregunto, ¿quién se ha ocupado de parte nuestra y hablo del estado con toda responsabilidad y hablo de la propia policía con responsabilidad, de asegurar que la sostenibilidad de la aplicación de ese código sea una mínima necesaria para que no sea letra muerta en unos parágrafos en unos artículos? ¿para qué reformar el Código de Infancia y Adolescencia si después de haberlo aprobado no hemos hecho el esfuerzo suficiente, el mínimo necesario como sociedad y como estado por ejemplo para dar vida organizada y estructurada a los centros especializados de atención de menores a donde se nos va a pedir que llevemos a los jóvenes infractores, a la cárcel?, a la cadena perpetua?, o a la pena de muerte, es un tema central, vital de esta discusión, pensar que disminuyendo la edad de imputabilidad a los jóvenes se soluciona el problema sería, discúlpenme la expresión brusca y ruda, como coger el rábano por las hojas, lo que realmente deberíamos hoy promover con toda la fuerza para que esa sostenibilidad, no nos lleve a traicionar principios y valores, es que los jóvenes infractores no obstante la crueldad de los crímenes que pueden estar cometiendo, son más víctimas que victimarios, la idea fija, la idea fuerza de que los jóvenes son víctimas y no victimarios así incurran en infracciones no podemos abandonarla de manera facilista mucho menos si no aseguramos la sostenibilidad del sistema.

Por otro lado, cuando se habla de política criminal uno invocaría unos mínimos de continuidad, es claro, es cierto que estamos frente a realidades dinámicas como todas las realidades sociales, que las manifestaciones de delitos son cambiantes, mutan y se transforman pero es verdad que si no hay una línea una continuidad en el tiempo que permita ser

menos reactivos y no actuar sobre coyunturas, no habrá política eficaz, eficiente para prevenir y contener el crimen y sancionarlo, un lustro que nos tocó en nuestro código de procedimiento penal en términos históricos, es una fracción de tiempo muy limitada para uno asumir la responsabilidad de inducir cambios que vayan a la espina dorsal de ese código y que terminen desnaturalizando; para algunos de ustedes señores magistrados, jueces, juezas, magistradas, les resultara extraño que un policía hable así pero la verdad es que nosotros tenemos la convicción de que el rol de la Policía Nacional en los tiempos que corre, cuando hemos logrado un esfuerzo sin precedentes en ocho años, bajar la tasa de homicidios, de 67 homicidios a 32 homicidios por cada cien mil habitantes, cuando hemos logrado derrotar el secuestro al 94 por ciento después de haber pasado de tres mil ochocientos denunciados a un poco más de doscientos cincuenta secuestros el año pasado, cuando hemos limitado la capacidad de destrucción de unas guerrillas que se ensañaban con pequeños poblados y municipios, llegaron en un año a destruir cuarenta y ocho pueblos colombianos, cuando hemos asegurado un crecimiento institucional sin precedentes en materia de policía y de fuerza pública, ha llegado la hora de mirar el tema de la política criminal privilegiando el tema de la prevención, tema de la prevención que hoy tiene expresiones postmodernas en las teorías que particularmente Naciones Unidas y luego recogidas por la OEA, se han profundizado e impulsado en la prevención multidimensional que significa particularmente que el estado de institucional y la sociedad misma se enfoque en la educación para la prevención, prevención multidimensional que significa ampliación de participación ciudadana para crear culturas y entornos de legalidad y no de ilegalidad, prevención multidimensional que significa mayor atención y foco para proteger poblaciones vulnerables, que en nuestro caso esa sí que es una prioridad yo diría extrema, poblaciones en alto riesgo de vulnerabilidad y prevención multidimensional para intervenir entornos de manera integral que generan riesgo a la sociedad.

Nosotros estimados señores en esas materias de prevención, el despeje institucional policial debería avocarse como nos lo hemos propuesto y estamos empezando a ejecutar sobre esa visión multidimensional preventiva que la policía no puede ser simplemente una expresión represiva contra el delito, pero por otro lado cuando se habla de política criminal

parecería ver en la historia colombiana unas casillas vacías alrededor de lo que los teóricos de estado, los constitucionalistas llaman la alta policía, la alta policía que no es la Policía Nacional de seguridad y vigilancia de prevención, la alta policía que en un estado está representada por las superintendencias en nuestro caso, se cumplen funciones de alta policía y de esas superintendencias y a fe que si se multiplicara su eficacia las posibilidades de delito estructurado, las posibilidades de delito continuado, las posibilidades de eliminar entornos de ilegalidad sería supremamente eficaz, suelo poner un ejemplo y asumo la responsabilidad institucional que nos corresponde, cuando por ejemplo de cara una explosión y manifestación pública, social y que llevó a millones de colombianos o a miles de colombianos para no exagerar se acercaron a un millón, a invertir en las llamadas pirámides la respuesta que se invocaba desde muchos sectores era la judicialización de ese fenómeno, pues claro al final logramos judicializarlo pero lo judicializamos en los tiempos previstos en la ley, los tiempos judiciales son unos tiempos distintos a las del orden administrativo que puede operar de manera inmediata y que puede actuar no solamente de manera preventiva sino sancionatoria, en todo caso con ciertos efectos disuasivos sobre conductas; hoy por ejemplo, déjenme poner un caso particular que a la policía la conmueve donde nos declaramos francamente impotentes porque lo que se nos pide es judicializar y realmente si lo hiciésemos no habría sistema judicial que pudiera no colapsar ante semejante desafío dependiendo de las regiones, sistemas conocidos como el paga diario o el gota a gota que realmente asfixian a los más desvalidos y humildes ciudadanos, se ha convertido en una cuestión típica crecen numéricamente esos comportamientos, pues esa realidad no se transforma con instrumentos judiciales, se transforma con otro tipo de categoría de aplicación de herramientas al servicio del estado.

Señalo igualmente que en estos tiempos que corren cuando estamos enfrentando nuevos desafíos derivados por ejemplo de la mutación del narcotráfico con expresiones de lo que hoy desde el estado o mejor desde el gobierno para ser claro y asumir mi propia responsabilidad hemos dado en denominar de toda manera caprichosa y arbitraria BACRIM bandas criminales y aquí está mi amiga Claudia López que seguramente dirá si son neoparamilitares o paramilitares, es un debate más académico que otra cosa, cuando estamos enfrentando a esas bandas criminales subyacen en el

tema de esas expresiones organizadas de delincuencia, asuntos fundamentales de economía criminal, economía criminal sobre la cual yo quisiera llamar la atención sobre este punto, porque lo que está claro es que después de treinta casi cuarenta años de crecimiento geométrico o aritmético incluso exponencial que se dio en nuestro país alrededor del narcotráfico, buena parte de la economía criminal giró alrededor de ese fenómeno y la verdad hoy no por indicadores nacionales, si no con indicadores de validadores internacionales como Naciones Unidas o la OEA, pero también otros centros de medición lo que está claro es que Colombia está produciendo un poco menos del 50 por ciento de la droga que llegó a producir en el año 2001, lo cierto es que Colombia tiene un poco menos de la mitad de cultivos ilícitos que llegó a tener en el año 2000 y por lo tanto las finanzas que daban origen a esa plataforma empresarial criminal, a esa economía criminal a empezado a modificarse de manera acelerada, ha caído la industria del secuestro y por lo tanto, también las finanzas alrededor del secuestro, para esas estructuras criminales empiezan a buscar alternativas y ha caído particularmente lo que fue toda una explosión de criminalidad en el ataque al sector energético, cuando se atacó al oleoducto menciono solamente una cifra en el año 2002 las pérdidas por hurto a los oleoductos colombianos eran de siete mil trescientos barriles diarios, hoy esas pérdidas diarias no llegan a noventas barriles diarios, pasamos de una pérdida de un hurto continuado estructurado alrededor de paramilitares especialmente que superó los ciento veinte millones de dólares al año, con precio de dólar de ese año a lo que sería hoy con precio de dólar de petróleo de hoy, a cuatrocientos millones de dólares a tener hoy cerca de diez y seis o diez y siete millones de dólares en pérdida que van a esas arcas de los criminales, que significa por lo tanto la transformación de la economía criminal, significa el crecimiento de conductas que buscan financiar esa actividad delictual y que están girando alrededor de nuestra opinión de algunos fenómenos como por ejemplo lo que hemos conocido como la micro extorsión, que no es otra cosa que una modalidad de extorsión tipo la mafia siciliana, donde el extorsionado se siente el más benefactor, más beneficiado que víctima, donde el extorsionado realmente por la cuantía mínima que va sumando día a día no cree que esté siendo víctima de un gran atentado a su patrimonio y no denuncia, va creando una cultura de legalidad alrededor de estas organizaciones, economía criminal que empieza a movilizarse muy fuertemente por la promoción del consumo interno de drogas hay que

decir que tristemente Colombia paso en los último diez años de ser un consumidor bajo de drogas, a ser un consumidor intermedio de drogas, así lo demuestra la encuesta del año 2008 a veintidos mil hogares colombianos con unas caracterizaciones realmente preocupantes.

Colombia en el mundo del consumo, es un consumidor llamado polivalente. Al consumidor colombiano lo induce fácilmente a que consuma marihuana, pero al mismo tiempo puede estar en cocaína o puede estar en heroína o puede estar en sintéticos y lo que estamos notando es un crecimiento derivado de esa propulsión mafiosa para que droga que ya no va masivamente al exterior en los volúmenes en que salía, se quede en el consumo interno y sea particularmente un flujo de caja permanente a las estructuras criminales, de ahí alrededor de esa economía criminal dos elementos sobre los cuales yo quisiera llamar la atención, dos o tres, creo que una política criminal, integral, preventiva y eficaz pasa por el combate, por la neutralización al tráfico ilegal de armas y pasa por una política que realmente lleve a cada colombiano a incorporar en su conciencia que estar armado no hace parte de la solución, sino que hace parte del problema; una política sobre el porte de armas, tenencia de armas una política que además se asegure de combatir de manera más eficaz el tráfico de armas, resulta imperativa hoy.

El segundo tema que nos preocupa y que hace relación a esas finanzas y expresiones criminales es el tema de los juegos de azar, sorprende ver cómo los últimos años básicamente un esfuerzo integrado por jueces, fiscales y policías en donde hemos incautado más de cinco mil máquinas ilegales de juego, llamadas tragamonedas. Cuando una sociedad instala y pone al servicio de los jóvenes en una tienda, en una panadería, en una lavandería, en una farmacia, una máquina de juego tragamonedas sin control, legal lo que está haciendo es cambiando valores por anti valores particularmente en las nuevas generaciones y llamo la atención en el marco de una política integral, que enfrente, confronte, fenómenos persistentes en la sociedad colombiana nocivos, lo que tiene que ver con el contrabando de licores, la distribución de licores y el consumo de licores, debo compartir con ustedes por ejemplo que la encuesta más reciente que mide el desempeño institucional y que hace parte ya de un esfuerzo continuado de tres años que nos ha llevado a medir ocho grandes ciudades y

cincuenta municipios o una población cercana a cinco mil ciudadanos que es una muestra muy representativa de esta encuesta, cuando se les pregunta que es lo que más les afecta en sus entornos, la mayor parte de esos ciudadanos hablan de dos temas que los afectan el consumo de licores y el de estupefacientes entre jóvenes en sitios públicos o abiertos al público, una política criminal debería en todo caso más que obrar sobre las coyunturas generar el verdadero propósito de que seamos capaces de eliminar la subcultura de la ilegalidad, solamente para mencionar un caso ayer hemos capturado a tres ciudadanos colombianos que serán extraditados a Estados Unidos y esos tres ciudadanos se caracterizaron durante los últimos diez años según la investigación adelantada por autoridades norteamericanas, de lavar activos del narcotráfico alrededor de los llamados "San Andresitos".

Una sociedad que se declara como lo hemos visto parcial o totalmente impotente para acabar entornos de ilegalidad, es una sociedad donde siempre habrá oportunidad para que el crimen florezca y se empodere; por lo tanto, con respeto yo diría con vehemencia pero con humildad valoramos este encuentro sobre política criminal a la luz anclada en la constitución y en nuestra Carta sea un encuentro que nos permita ir más allá de soluciones, de coyuntura para instalar entre nosotros lo que debería ser la garantía a las nuevas generaciones, que el país proscriba la muerte, la violencia, pero que también instale de manera definitiva los valores democráticos que se traducen fundamentalmente en una cultura en total respeto, apego por la legalidad.

Ponencia 7

DIÁLOGO DE LA JUSTICIA PENAL CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Señor General Gustavo Adolfo Ricaurte Tapia.
Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.

RESUMEN[69]

El General Ricaurte Director Nacional del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO expuso el plan Maestro de Seguridad Penitenciaria y Carcelaria 2011-2022, el cual dijo que estaba integrado por cinco componentes a saber:

1. Infraestructura
2. Seguridad
3. Salud
4. Alimentación
5. Educación

69 *La División Académica del Inpec autorizó el publicar esta sinopsis sobre la exposición efectuada por el Señor General Ricaurte.*

1. Infraestructura

El INPEC está conformado por 6 regionales como son las de : Norte, Noroeste, Central, Oriente, Viejo Caldas y Occidente.

Fue tema de la disertación del General Ricaurte la problemática de la necesidad de cupos , en donde hizo ver como en Bogotá en la Cárcel "El Buen Pastor" existe un hacinamiento de un 18.98 %, en la cárcel "La Modelo" la tasa llega al 107.46 %, en Quibdó llega al 31.47% y en Bucaramanga el porcentaje es de un 74.96%.

La proyección de INPEC en su plan de 2011 a 2022 en cuanto a cupos se refiere llega a la construcción de 72000 cupos .

Sobre la cuestión de Costos de acuerdo al documento CONPES 3575 de 2009, se tiene que el valor total de los cupos a nivel nacional estan en la suma de $1.004.045.152.000.00, correspondiendo esta suma de 22703 cupos, resultando entonces un valor por cada cupo de $44.225.219.22

1.1.Tipo de Infraestructura carcelaria en Colombia:

- Tradicional. Como son las cárceles de Palmira y de la Picota.
- Tipo Domo. Como son "La Modelo" de Bogotá y la de "Cúcuta"
- Tipo Corbatín o Mariposa. Ejemplo de ello la cárcel de Jamundí, Puerto Triunfo, Ibagué y Cúcuta Nueva.

1.2. Sobre el Tipo de Infraestructura carcelaria describió que existían los siguientes tipos:

(i) Tipo Avión. Como ejemplo de ello está Jamundí, Picota e Ibagué.

1.3. Complejos Penitenciarios y Carcelarios.

VI Conversatorio Nacional de la Rama Judicial sobre el Sistema Penal Acusatorio:

La Política Criminal del Estado Colombiano

Medellín 17,18 y 19 de marzo de 2011

PONENCIAS EXPUESTAS EN MESAS DE TRABAJO

Ponencia 8

POLITICA CRIMINAL: ENTRE MEDIDAS DE EMERGENCIA Y PROLIFERACION INUTIL DE LEYES.

Dra. Paula Astrid Jimenez Monroy
Jueza 34 Penal Municipal con función de Control de Garantías de Bogotá

El concepto de política criminal se utiliza cada vez que el gobierno de turno quiere cumplir ante sus electores con promesas para combatir el crimen. Siendo así como le encargan a unos pocos elegidos la misión de preparar un proyecto de ley; en el congreso se le somete a los debates correspondientes, se aprueba y al final cuando la ley está en vigencia, nuevamente, nos damos cuenta que la política criminal fue un fantasma porque otra vez fue desconocida y algo peor, creó desconsuelo en la comunidad por la ley promulgada que tanta publicidad se le dio, pues no sirvió para atacar los problemas para los cuales fue hecha. Es más fácil ver a LADY GAGA sin maquillaje que ver cual es la política criminal que persigue nuestro Estado.

En el proyecto 164 que cursa actualmente en el congreso vemos en su exposición de motivos, que persigue el terrorismo y la criminalidad organizada, sin que, se dice, afecte las garantías constitucionales de los ciudadanos. Se enfatiza en cuatro objetivos: "(i) eliminar la impunidad; (ii) luchar contra la criminalidad organizada; (iii) aumentar la efectividad del procedimiento penal, la extinción de dominio y la responsabilidad juvenil y (iv) vincular a la comunidad en la prevención del delito. Sin poner en peligro la integridad de sus miembros, ni afectar sus derechos fundamentales."

Es así como se desarrollaran los siguientes ítems: (i) la ley debe ser fruto de la discusión de todos los sectores de la sociedad, sobre todo de aque-

llos que de alguna manera son protagonistas del problema (ii) política criminal e impunidad (iii) política criminal: entre derecho del ciudadano y derecho penal del enemigo.

1. LA LEY DEBE SER FRUTO DE LA DISCUSION DE TODOS LOS SECTORES DE LA SOCIEDAD

En el Proyecto de Ley 164 se señala que el mismo se hizo en colaboración de la Policía Nacional, la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación, cuestión que nos parece muy bien, dado que todos son actores dentro del marco de la aplicación de la justicia. No obstante, surge una pregunta ¿Por qué los jueces, no están incluidos cuando se está en la elaboración de un proyecto de ley que está íntimamente relacionado con la justicia? Al fin y al cabo ¿No son los Jueces y Magistrados los que toman las decisiones finales en este país que tienen que ver con los bienes y los derechos fundamentales de las personas y deciden los conflictos jurídicos?

Ahora, si bien luego de estar los proyectos en el congreso nos llaman para saber nuestra opinión, no se puede considerar que realmente seamos escuchados, pues no se tienen en cuenta nuestras opiniones, como a continuación se muestra en estos ejemplos:

a) Frente al proyecto de ley No.023 de 2006, que luego se convirtió en la Ley 1142 de 2007, por el cual se reformó la Ley 906 de 2004, los jueces respecto de la modificación del art. 310 de la segunda de las leyes mencionadas, que hacía alusión a los aspectos que debía tener en cuenta el Juez de Control de Garantías a la hora de imponer una medida de aseguramiento, dado que en la Ley 1142 de 2007 se estableció que la sola gravedad de la conducta era suficiente para imponer una medida restrictiva; se indicó que dicho proyecto era inconveniente e inoportuno y en algunos aspectos era abiertamente inconstitucional, pues: "…pretender imponer presunciones de peligro para la imposición de medidas de aseguramiento, con lo cual elimina la posibilidad de aplicación de los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad que se deben tener en cuenta en las decisiones del juez de control de garantías de conformidad con la jurisprudencia

constante de la Corte Constitucional . Pensar en una reforma a la ley 906 en estos momentos es muy prematuro, pues tan solo ha alcanzado una vigencia de 21 meses y la jurisprudencia ha venido haciendo valiosos aportes que hasta ahora estamos asimilando."

Debe recordarse que dicha norma fue objeto de demanda ante la Corte Constitucional y este alto Tribunal, por medio de la sentencia C -1198 de 2008, señaló que la sola gravedad no era suficiente para imponer una medida, sino que debía estudiarse si se daban alguno de los otros aspectos contenidos en la norma, como el peligro para la comunidad en alguno de sus literales, obstrucción de la justicia o riesgo de incomparecencia.

Este desgaste del Estado, se hubiera podido evitar si se escuchara en forma atenta a todos los que tienen que ver con el sector de la justicia.

b) En el mismo proyecto de Ley, se indicó el incremento de las penas en delitos como la violencia intrafamiliar y el ampliar la cobertura de prohibición de la suspensión de la condena, incluso para la inasistencia alimentaria. Sin embargo, hasta el momento no se nos ha presentado estadística o estudio alguno, que demuestren que con haber aumentado penas, se halla disminuido la criminalidad.

En la intervención que hicimos después de que el mencionado proyecto estuviera cursando en el congreso, por medio de la Escuela Judicial, manifestamos que era necesario ir a otras disciplinas sociales como la sicología, la siquiatría, la sociología a fin de determinar cuáles son las causas del delito. Para ello, veamos una de las conductas punibles que mas causan alarma social después del homicidio y es el delito sexual, no hay estudio o estadística que nos diga que con haber aumentado las penas o de haber suprimido por medio de la Ley 1198 de 2006 los beneficios por aceptación de cargos en los delitos en donde las víctimas son menores, éstos hallan decrecido, en cambio si podemos ver que han aumentado los juicios, sin que el delito haya disminuido.

c) Otro punto de referencia. Cuando cursaba en el congreso el proyecto que fue conocido como la Ley 1153 (ley de pequeñas causas), los Jueces

> manifestamos los problemas de inconstitucionalidad que se veían, en el sentido de que la acción penal de acuerdo a la Carta Política era privativa de la Fiscalía General de la Nación y que por ello el artículo de dicha ley, en donde se dejaba la titularidad de la acción penal en manos de la policía era inconstitucional.
>
> Recuérdese que el Alto Tribunal Constitucional por medio de la sentencia C-879 de 2008 declaró inexequible toda la Ley 1153 por problemas estructurales, entre los cuales estaba que la acción penal de acuerdo a la Constitución era reservada para la Fiscalía General de la Nación y que su investigación igualmente era del ente acusador y no de la Policía Nacional como lo consagraba dicha normatividad, pues si son conductas que se establecen como delitos es a la fiscalía, a quien le corresponde la titularidad de la acción penal y su investigación.

Así mismo por medio de la mencionada ley, se violó el principio de separación de poderes, otorgándole al juez de pequeñas causas la labor de investigación, función irrenunciable para el ente acusador en virtud de la Carta Política.

Creemos entonces, que esto ha retrasado al país en el sentido de dar unas normas que no aportan soluciones a los problemas que nos aquejan y que el derecho penal no es el remedio para todos los fenómenos delictivos.

Parte de ello, es que no se ha tenido en cuenta a la judicatura, al momento de realizar dichos proyectos, es bueno traer a colación algunas de las recomendaciones dadas en el informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Situación de Derechos Humanos en Colombia. En una de ellas señaló que : "…e) Exhorta al Estado a tomar pasos firmes en la lucha contra la impunidad, y a establecer reformas judiciales a través de discusiones participativas y transparentes que permitan contar con una justicia pronta, competente, independiente e imparcial.". Y luego en su observación No. 49 sobre la rama Judicial dice : "…En este proceso de reforma, la oficina en Colombia reitera la necesidad no sólo de asegurar un "gobierno autónomo" de la rama judicial y un presupuesto suficiente, sino también de enfrentar las causas estructurales de la impunidad. Entre estas causas se destacan la

necesidad: de mejorar el acceso a la justicia, sobre todo en zonas rurales y para grupos específicos, como mujeres, personas desplazadas, indígenas y afrocolombianas; de resolver la congestión y aumentar la celeridad de los procesos; de incrementar la presencia, en condiciones de seguridad de jueces y fiscales capacitados en el territorio nacional; de adoptar controles y sanciones contra jueces y abogados por actos de corrupción ; y de diseñar estrategias y proveer recursos suficientes en la Fiscalía para investigar de manera sistemática violaciones de los derechos humanos. También es importante mantener una justicia garantista de los derechos humanos y, en especial, del debido proceso, sin retroceder en ganancias consolidadas como el recurso de tutela." (El subrayado es nuestro).

Con esto lo que quiero es llamar la atención sobre el papel central de la judicatura, al igual que el de la Defensoría, la Procuraduría, la Fiscalía y la misma Policía y una ley no puede ser democrática sino consulta y escucha a todos sus protagonistas, y para eso debe incluirse a todos los operadores jurídicos, esas discusiones son las que permiten calificar a una ley de democrática.

2. POLITICA CRIMINAL E IMPUNIDAD.

ENTRE DERECHO PENAL DEL CIUDADANO Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

El sustento de todas las reformas ya estudiadas, incluyendo la del proyecto 164 que actualmente cursa en el congreso de la República ha sido la de acabar con la impunidad.

De una parte se nos habla de producir normas para luchar contra los delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos y de otra, se nos menciona conductas como el raponazo, la inasistencia alimentaria y la violencia intrafamiliar. Véase que estos delitos se producen en un alto número, pero son unas criminalidades diferentes.

Esto porque una cosa es una banda criminal, que se dedica a la industria del delito y una cosa muy distinta es el caso del abusador sexual, o del que hurta un celular. Pero a todos se les pretende dar la misma solu-

ción, esto es, normas que aumentan las penas y que restrinjan el derecho fundamental a la libertad. Al hacer esto se instrumentaliza el concepto de impunidad de una manera banal. Entonces la pregunta es ¿cual es la función del derecho? Luhman nos dice que el papel del derecho es la estabilización racional de las expectativas sociales. Esas expectativas sociales son fruto del consenso entre los asociados. Ese consenso se cristaliza en el principio de confianza, el cual consiste en que de una persona se espera cierto comportamiento y a su vez esta persona espera de los demás, otro en recompensa.

Son expectativas en doble vía y cuando esa expectativa se viola, entra precisamente el derecho a restablecer la relación al decirle a aquel que vulneró ese sistema de expectativas, que tiene que pagar una consecuencia y hace que la comunidad vuelva a sentir que sus expectativas se van a cumplir.

El asunto es que cuando una gran parte de la comunidad se mueve por fuera del derecho, tienen expectativas ajenas a las que tiene el consenso. Luhman nos dice que a esta parte de la comunidad que se mueve por fuera del gran acuerdo, en cierto modo con la noción de terror, se le puede dar un manejo inmediato, pero esto no es duradero, ya que lo que hay que lograr es que esta porción de asociados se acojan al consenso pero no por la fuerza. ¿Entonces que hay que hacer?, pues mirar a esos asociados como personas y estudiar el por qué se alejaron del gran consenso, y la sociedad debe acogerlos estudiando el fenómeno origen de ese apartamiento.

Entonces se debe estudiar el por qué del comportamiento desviado y no pensar que la coerción penal es el remedio, dado que, si bien puede ser parte de la solución, muchas veces no es la más eficiente y tampoco la que acaba con dicho apartamiento. Tan solo traigamos a colación lo que sucede con el delito de inasistencia alimentaria, una parte del problema es que los padres no ganan lo suficiente para mantener a su hijos, pero el gran problema es nuestra idiosincrasia y en mi experiencia como fiscal, pude ver que es de la condición de nuestro pueblo, en donde se dice que los hijos son de la mujer y por eso el hombre se ausenta. Y que decir de la violencia intrafamiliar, en donde varias veces escuchamos a las mujeres quejarse porque ya ni les pegaban sus maridos, que lo que en el fondo denunciaban era la falta de afecto por parte de sus compañeros sentimentales.

Estos fenómenos no se pueden remediar con la ley penal, creo que debemos entender que el campo del derecho penal es reducido, es limitado y que se NECESITAN DE LAS OTRAS CIENCIAS SOCIALES para darle una solución al problema.

Otro ejemplo en donde el Estado ha mostrado serias contradicciones, es en lo que tiene que ver con el paramilitarismo.

Si bien se ha visto que eran organizaciones de alto nivel, que no solo se dirigían a acabar con los movimientos guerrilleros, sino que acudían a las conductas punibles comunes para financiarse como el narcotráfico, el lavado de activos, el secuestro la extorsión y delitos de gran impacto como los genocidios. Delitos de alta gama. En principio, se podría decir que se les debía perseguir en forma severa por parte del Estado, utilizar mecanismo para endurecer penas. En ese orden de ideas, es coherente que se nos diga que para esa clase de criminalidad debía aplicarse el derecho penal de enemigo para tales grupos que se mueven por fuera del gran consenso, pero que son tan significativos, y que causan tanto daño a la sociedad.

Sin embargo, surge la Ley de Justicia y Paz, lo bueno de ella, es que se intentó, atraer a estas personas que estaban por fuera del consenso a la sociedad, logrando una convivencia pacífica y que el derecho diera dicha herramienta.

Pero lo fatal, fueron las bajísimas sanciones penales contempladas, pues fácilmente se ve su gran desproporción , resultando que al autor de genocidio se le condena con una pena máxima de ocho años, mientras que al atracador de la Avenida Caracas en la ciudad de Bogotá, que usó un cuchillo, se le condena como mínimo a 12 años de prisión. Gravísima contradicción para la sociedad, con razón, en los estrados judiciales hemos tenido comentarios de los penados en el sentido que en este país más vale matar a mil, que a una sola persona.

Esto entonces es absolutamente contradictorio por parte del Estado, no estamos diciendo que no se haga una ley para eventos como el señalado, sino que la punibilidad debía ser mayor y de tener una técnica que obedezca a los principios de proporcionalidad y de igualdad.

Pues estas leyes, a pesar de haber sido expedidas entre otros fines con el de acabar con la impunidad, nos deja ver que ya por virtud de la ley, dicho concepto se deja ahí si auspiciado en forma institucional.

Entonces lo que debemos hacer es abordar la impunidad como problema jurídico, tal como lo ha sugerido entre otros, Aponte Cardona en otras oportunidades. Preguntarnos qué es impunidad, qué clases de impunidad estamos dispuestos a enfrentar, cuáles son los factores que la propician, qué hacer para evitarla, entre otras preguntas y si ¿el sistema penal es el único medio para acabar con la impunidad?

3. RACIONALIDAD LEGISLATIVA Y POLITICA CRIMINAL

Por último, consideramos que no podemos dejar de lado, los ideales de la Ley 906 de 2004 consistentes en reglamentar un sistema acusatorio garantista, en donde se mira al asociado como un ciudadano y no como un enemigo, y cuando hablamos de ciudadano, lo hacemos de una persona que se desarrolla en toda su individualidad y por eso se le debe dotar de garantías al momento de enfrentar un proceso penal, que es la representación de la máxima violencia del estado legalizada. Al respecto se dijo en la sentencia C-591 de 2005: "… con acento en la garantía de los derechos fundamentales del inculpado, para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, teniendo presentes los derechos de las víctimas…".

Ante la comunidad internacional debemos responder en el sentido de acabar con la impunidad, y eso significa no solo expedir normas que la combatan, sino cumplir con los deberes de investigación y sancionar a los que se hallen como responsables de esos delitos. Cuando hay falta a los deberes del Estado, en punto de impunidad la Corte Suprema de Justicia, ha precisado que : "… (i) No se adelantan los procesos judiciales de forma seria, rigurosa y exhaustiva, (ii) no se toman medidas para proteger a las Víctimas (iv) o no se les permite a éstas intervenir en los proceso, (v) o se dilata en el tiempo la definición del asunto.".

La reflexión va a que si de verdad vamos a combatir la impunidad, el gobierno nacional debe dotar a la justicia de los insumos necesarios para su adecuado funcionamiento, eso significa, instalaciones adecuadas, aumento de personal tanto en lo que tiene que ver con policía judicial, como con la planta de fiscales y la planta de jueces que a todas luces se ha visto que es insuficiente, capacitación de calidad para esos funcionarios e invertir en tecnología para combatir el delito. Lo que diríamos es que si es por normas, hace rato que las tenemos, pero si no se hace un refuerzo urgente en los tópicos ya establecidos, seguiremos con la cruz de la impunidad en forma indefinida. La justicia no puede seguir siendo tratada como cenicienta hay que darle y reconocerle su alto lugar en la sociedad, un país sin justicia es un estado fallido.

Ponencia 9

COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY 164 DE 2010 SENADO: "Por medio del cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extincion de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad"

Dr. Javier García Prieto
Juez 48 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá

Una vez más, en nombre de la seguridad, se presenta un proyecto de ley tendiente a producir reformas en el código de procedimiento penal, código penal y en el radicado bajo número 164 Senado se busca también la modificación de algunas normas del régimen de infancia y adolescencia y de la ley de extinción de dominio. Tipos penales ya existentes, en la eliminación de un tipo penal,(el articulo 377 B que fue introducido a la legislación penal mediante la ley 1311 de julio 9 de 2009 y que trata de las circunstancias de agravación punitiva de la conducta punible del art 377 A Uso, construcción, comercialización y/o tenencia de semisumergible o sumergibles establecido en la misma ley) en la introducción de agravantes en otros, en la imposición de prisión en tipos penales que eran sancionados anteriormente con multa , introduce un nuevo concepto consistente en GRUPO DE DELINCUENCIA ORGANIZADA, conceptualización indefinida y genérica, referenciada exclusivamente a las conductas punibles que son de competencia de los Jueces Especializados, las que tienen que ver con el porte de armas y la extorsión (lo que en los medios de comunicación se ha conocido como las BACRIM), se modifica normas del régimen de adolescentes, tendientes estas últimas a darle tratamiento carcelario a los jóvenes en un gama más amplia de conductas punibles; se modifican normas del régimen de extinción de dominio y se dictan otras disposiciones.

De antemano ha de indicarse que si bien es cierto que las normas penales deben ser modificadas en la medida en que las circunstancias sociales así lo exijan, debemos precisar que la legislación penal sustancial y de procedimiento penal debe obedecer a unos criterios de política criminal coherente, sustentada en estudios serios, que permitan que el Estado como tal, tenga un norte en el desarrollo de la misma y que a su vez le permita a la sociedad en ese punto tener claridad del régimen penal.

Nos mostramos en desacuerdo con una política de gobierno, diferente y contraria a lo que debe ser una política criminal como la que se ha venido desarrollando desde la implementación del acto legislativo 03 de 2002 y la ley 906 de 2004 (Sistema Penal Acusatorio), consistente en modificar los criterios serios y precisos que determinaron que la Sociedad Colombiana adoptara un nuevo sistema de juzgamiento penal ese si, como resultado de un proyecto de política criminal, modificaciones que han girado en torno a falsos dilemas que pueden resumirse en que si se brindan garantías se genera impunidad, si no se afecta el derecho a la libertad se genera impunidad, si se niegan beneficios se hace mas justicia, a penas largas hay mas justicia etc.

No se desconoce que el sistema penal acusatorio tanto el de adultos como el de adolescentes deban ser objeto de reformas. Tan solo indicamos que las mismas no pueden estar determinadas por la famosa predica -que nadie sabe de que se trata- de la "sensación de inseguridad", como tampoco se puede estar sometido a los vaivenes del sensacionalismo de uno u otro caso o del show que en un caso concreto monten los medios de comunicación, bien porque a veces los hechos sean escabrosos o bien porque en otros casos las victimas pertenezcan a sectores sociales privilegiados.

Una reforma penal, tanto en lo sustancial como en lo procedimental, debe hacerse con base en estudios serios, en la evaluación de la experiencia del sistema y en la mejora de sus procedimientos, en el lleno de los vacios que se han detectado, en la corrección de sus incongruencias, de tal manera que integralmente se puedan dar respuestas adecuadas y prontas a la demanda de justicia, comprometiendo, no solo a los operadores judiciales sino igualmente a las demás ramas del poder público integrando los esfuerzos y experiencias de unos y otros de tal forma que

se fortalezcan procedimientos que generen confiabilidad en la sociedad para con sus instituciones.

Hasta el día de hoy, las reformas que se le han hecho al sistema penal acusatorio y al régimen penal, han tenido como contexto una política de gobierno, -que conceptualmente es diametralmente opuesta a una política criminal- contexto, coyuntural, espontáneo, sujeta al vaivén de la mal llamada opinión pública, de los medios de comunicación, de los intereses de grupos de presión y se han concentrado, en los aumentos punitivos, en la creación de tipos penales innecesarios, en la reducción de los requisitos para afectar el derecho a la libertad, en reducir los controles a los aparatos de policía judicial y a la afectación de derechos por el ente Fiscal, en reducir beneficios punitivos -que lo único que ha generado es la congestión judicial- pero hasta el día de hoy no se ha propuesto un análisis serio de la experiencia recogida y de las necesarias reformas que han de hacerse, pero, eso sí, pensando sistemáticamente y no al vaivén de los acontecimientos, de los intereses políticos inmediatos o de la etérea e insondable opinión pública.

En la justificación de motivos para la presentación del proyecto de ley no se presentan unas razones claras de justificación soportado en estudios serios, como tampoco se presentan datos estadísticos que conlleven a concluir que se hace necesaria una reforma para efecto de "(i) eliminar la impunidad; (ii) luchar contra la criminalidad organizada y el terrorismo; (iii) aumentar la efectividad del procedimiento penal, la extinción del dominio y la responsabilidad juvenil; y (iv) vincular a la comunidad en la prevención del delito "

Los presentes comentarios se referirán a las normas que modifican tanto el régimen penal sustancial como el procedimental y las normas que modifican el régimen penal de adolescentes, haciendo una crítica sobre si es necesaria, conveniente o inconveniente la propuesta gubernamental que se presenta con el propósito de abarcar cuatro objetivos. Indica así ésta última propuesta de reforma:

"El terrorismo y la criminalidad organizada son fenómenos que afectan gravemente la paz y la seguridad pública, convirtiéndose en medios para

minar las bases del Estado de derecho y afectar a los ciudadanos en su vida, honra y bienes; razón por la cual, estos graves atentados contra la ciudadanía deben prevenirse y atacarse de manera decidida y ejemplar. Sin embargo, la lucha contra el terrorismo y la delincuencia no puede ser una justificación para afectar los derechos de las personas, por lo que en la redacción de este proyecto se ha tenido especial cuidado de que ninguna de sus disposiciones pueda afectar las garantías constitucionales de los ciudadanos.

Para lograr estos objetivos, en este proyecto se han incorporado medidas orientadas a la protección de las garantías ciudadanas con base en el marco legal existente, buscándose cumplir con cuatro objetivos: (i) eliminar la impunidad; (ii) luchar contra la criminalidad organizada y el terrorismo; (iii) aumentar la efectividad del procedimiento penal, la extinción del dominio y la responsabilidad juvenil; y (iv) vincular a la comunidad en la prevención del delito, sin poner en peligro la integridad de sus miembros, ni afectar sus derechos fundamentales .

He venido utilizando dos expresiones, a la cuales se les ha de dar contenidos diferentes. La primera "política criminal", la segunda "política de gobierno". Aquella obedece a la elaboración de criterios a largo plazo, de la toma de decisiones que permitan la prevención de la criminalidad, de la reinserción del infractor penal, de las líneas para disminuir los comportamientos punibles, de los proyectos de inversión social para efectos de reducir la marginalidad caldo de cultivo de actividades delictivas, de las políticas públicas que reduzcan la corrupción que campea a diestra y siniestra. La política de gobierno por el contrario es cortoplacista, se centra en los marcos de opinión, en la coyuntura, y tiene como objetivo principal, generar la sensación de que el Estado enfrenta con éxito fenómenos considerados como anormales y que afectan a la sociedad, son decisiones de momento. Debe existir una política criminal y una política de gobierno pero la segunda debe estar subordinada a la primera y no al contrario. Esa dicotomía es la que genera a largo plazo los inconvenientes en materia legislativa, las contradicciones e incoherencias de los proyectos que se presentan. Solo en la legislatura 2009-2010 se presentaron catorce (14) proyectos tendientes a modificar el código penal y de procedimiento penal de todos los cuales solo dos se convirtieron en ley .

Los demás proyectos incluían cualquier variedad de temas desde la creación del delito de denegación de salud8 (PL 052-099) , la entrega segura del recién nacido (PL 067-09), nuevas modificaciones a la inasistencia alimentaria(PL085-09), la inclusión de los sectores LGTB como genocidio cuando se produjere su muerte violenta (PL-086-09), modificaciones al régimen penitenciario (PLPL 021-09), penalización del maltrato al adulto mayor(PL-023-09),modificaciones a la extradición (PL 051-09), violencia, disturbios y terrorismo en espectáculos deportivos (PL 116-09) que se plasmo en el artículo 4 de la ley 1356 de 2009 como agravante 18 del artículo 58 del CP; normas especiales para los militares cuando incurren en infracción a los derechos humanos (PL-011-09), sanciones para la vinculación de niños y adolescentes en actividades delincuenciales y narcotráfico (PL 402-09) y que toma nueva forma en el proyecto de ley 164, en su artículo 7 que introduce el articulo 188 D al CP; y proyecto de ley 046-09 que intentaba introducir el polígrafo como medio probatorio en el sistema penal acusatorio. Como puede observarse las propuestas de modificaciones de origen legislativo como de origen gubernamental no obedecen a un marco general de política criminal en el estricto sentido del término sino que han obedecido a circunstancias coyunturales o de incluir modalidades especificas de comisión como delitos autónomos cuando ya están normativizados. En ello consideramos se centra también la actual reforma pues la misma no consulta esos criterios de política criminal que reclama un autentico Estado Social y Democrático de derecho.

Con la entradas en vigencia del acto legislativo 003 de 2002, y la ley 906 de 2004, se plasmo el sentir de implementar un régimen de procedimiento penal que respondiera a la expectativas de un Estado social y democrático de Derecho, fundamentado en el respeto a la dignidad del ser humano, como consecuencia del devenir antropocéntrico de la Constitución de 1991. Pero al discurrir la ley, la aplicación de la Constitución al proceso penal, la puesta en vigencia del bloque de constitucionalidad en la aplicación del derecho penal, el respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos como práctica cotidiana, el necesario cambio de paradigmas en torno al régimen de libertad con la puesta en práctica de la excepcionalidad de la detención preventiva, el necesario giro de la investigación penal, es decir, "investíguese para detener y no deténgase para investigar" no fue soportado por diversos sectores de la sociedad

colombiana, por funcionarios del gobierno de turno, y se comenzó con la práctica de modificación de la ley 906 de 2004. El eje central del soporte para las modificaciones ha sido la prevalencia del interés general, sobre la dignidad del ser humano al amparo de circunstancias coyunturales o de intereses electorales o de supuestos ideales de justicia y de lucha contra la impunidad porque con el sistema no hay ni lo uno ni lo otro.

Comienzan a surgir múltiples iniciativas, unas con excelentes propósitos, como el régimen de infancia y adolescencia, con la ley 1098 de 2006, pero que en su artículo 199 comienza a gestar problemas al interior del sistema penal acusatorio, con la prohibición de rebajas de penas en delitos de homicidio, lesiones personales dolosas, delitos contra la libertad, contra la integridad y formación sexual y secuestro pues con la prohibición de su numeral 7 las formas anticipadas de terminación de procesos por dichas conductas, ya no son lo usual y todo se convirtió en juicio en consideración a que si no hay beneficio es lógico que los probables autores no acepten cargos y prefieran un juicio con la consecuente dificultad para el ente instructor de llevar a buen puerto su pretensión condenatoria, lo que ha venido produciendo efectos contrarios a los pretendidos como (i) el incremento de juicios ordinarios con la consecuente congestión de los juzgados de conocimiento (ii) el incremento paulatino de sentencias absolutorias en razón a la acreditación probatoria, (iii) el incremento de las libertades por vencimiento de términos.

La ley 1121 de 2007 que de igual manera establece prohibiciones, para las rebajas de penas por aceptación de cargos, acuerdos y negociaciones en las conductas punibles de mayor incidencia y significación social como el terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, norma que aplica a la ley 906 de 2004 a pesar de que la prohibición que se hace es taxativa y solo refiere a una norma de la ley 906 de 2004,es decir al numeral 3 del artículo 324 de la citada norma extensión aplicable de conformidad con decisiones de la Corte Suprema de justicia a la ley 906 de 2004.

La ley 1142 de 2007 que modificó diversos aspectos de la ley 599 de 2000, pero también de la ley 906 de 2004, siendo lo más significativo la flexibilización de los controles a ejercer por parte de los jueces de control de

garantías a las actividades de investigación cuando estas afectan derechos fundamentales, constituyéndose quizás en la reforma más agresiva producida hasta el momento. Al amparo de su vigencia la detención preventiva se ha incrementado, no solo por la flexibilización de los requisitos para su imposición sino porque mediante el artículo 28 de la citada ley todos los delitos con cuatro (4) años de prisión, una vez hechos el incremento del articulo 14 de la ley 890 de 2004, hizo que un gran franja de conductas punibles quedaran con detención preventiva.

La ley 1312 de 2009, que modifico el principio de oportunidad y que si bien resuelve algunas problemáticas, en especial el termino para la aplicación del principio de oportunidad hasta antes de la iniciación del juicio oral , también genera dificultades con el establecimiento de prohibiciones en la aplicación del principio de oportunidad, en especial cuando (i) en la comisión de delitos dolosos las víctimas sean menores de edad, (ii) en la aparente subrogación del articulo 329 en que tiene que ver con la extensión de los efectos de aplicación del principio de oportunidad cuando se trata de la pérdida del interés del Estado en la persecución penal, ya que con la modificación hecha por ésta ley del numeral 1 del artículo 324 desapareció la expresión " pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal" (iii) en la confusa redacción del actual numeral primero del articulo 324 en lo tocante con la imposición de la caución a titulo de garantía de la reparación cuando la víctima no es conocida o está individualizada y surge el interrogante de ¿ cuál es el funcionario competente?¿ el concepto el Ministerio Publico es referente al monto de la caución, a la procedibilidad de aplicación del principio de oportunidad o a los dos aspectos?

La ley 1395 de 2010 igualmente ha sido objeto de críticas especialmente porque al modificar el trámite de incidente de reparación integral hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia, indican los litigantes representantes de las victimas que estas quedan desarmadas, mas si se tiene en cuenta que todas las sentencias en ley 906 de 2004, son susceptibles del trámite de la casación, ello en primer lugar, y además con la argumentación en primera instancia de los recursos la queja unánime es la pérdida

del principio de inmediación en el trámite de los recursos, de ello todavía no se ha dado la discusión respectiva.

En síntesis, lo dicho con antelación nos permite indicar que no hay una política criminal coherente, que lo que existe son políticas de gobierno y atendiendo a la dirección de las reformas hechas y la reforma que hoy se conoce como proyecto de ley 164, no es descabellado concluir que se viene imponiendo un derecho penal de enemigo, que acaba con toda garantía de carácter constitucional.

1. DEL PROYECTO DE LEY 164 SENADO

A continuación se hará un análisis somero de la reforma que se tramita y se conoce como proyecto de ley 164 senado, que ya tuvo su primera vuelta y que para la presente legislatura será objeto de debate en la cámara de representantes.

Los primeros cuatro artículos no tiene objeción alguna, ya que si se hace necesario que un solo ente tenga sistematizado el registro y vigencia de la ordenes de captura. Ello permite dar certeza de la vigencia de la orden de captura y sería un medio eficaz para evitar equivocaciones por parte del Estado en la afectación del derecho fundamental de la libertad. De igual manera se hace necesario tener control en torno a la aplicación de la vigilancia electrónica bien sea en sede de medida de aseguramiento o bien en sede de cumplimiento de la prisión domiciliaria. Igual acontece con el artículo 5, en términos de centralizar una fuente única de información sobre los permisos otorgados para el porte de armas. Sin embargo dicha función de tiempo atrás se le ha asignado al Ministerio de defensa en cabeza de las fuerzas militares.

El artículo 6 del proyecto busca penalizar una práctica de tráfico de menores de edad. Frente a este punto no hay objeciones que presentar atendiendo a que dicha práctica se ha venido evidenciando, sin embargo el proyecto no presenta una justificación adecuada, la cual se hace necesaria.

El artículo 7 del proyecto introduce como articulo 188C el "Uso de menores de edad para la comisión de delitos". Este artículo presenta una

dificultad cuando se integra con el régimen de infancia y adolescencia. Si se tiene esta nueva norma en la cual la consideración principal es la de sancionar a los adultos en razón a que utilizan a menores de edad para la comisión de delitos, aspectos que en atención a la libre configuración de parte del legislador es válida, y que en la actualidad se considera solo como una agravante genérica y especifica en otras conductas en particular se tiene entonces que afirmar que en el caso concreto siendo una conducta punible que se inserta para proteger la libertad individual y otras garantías, en particular la autonomía personal, no se encuentra una razón justificada para modificar el régimen de adolescentes en lo que tiene que ver con el régimen de libertad de los menores de 18 años, en razón a que con la configuración del nuevo tipo penal, los adolescentes serían víctimas, pero a la vez con las modificaciones que se pretenden introducir en la ley 1098 de 2006 con el proyecto de ley 164 senado se hace más drástico el régimen de adolescentes, cuando éstos intervienen en la comisión de conductas punibles en las cuales son utilizados; no se entendería entonces como pueden tener la doble condición de víctimas y victimarios ya que mientras en el régimen de adultos sancionamos a estos por utilizar menores de edad en la comisión de delitos, frente a estos últimos se está con el proyecto de reforma afectando con mayor severidad tanto la imposición de la medida de aseguramiento como el internamiento preventivo en términos de sanción cuando los mismos actúan en la comisión de delitos. Ello desquicia una política criminal, la hace incoherente y por supuesto la modificación puede que produzca efectos desde la óptica de la "opinión pública", en cuanto que se puede afirmar que se está en contra de la utilización de los menores de edad en la ejecución de conductas punibles pero deja sinsabores en lo que debe ser una autentica política criminal pues simultáneamente en el mismo proyecto se aumenta la posibilidad de imponer como regla general el internamiento preventivo y aumentar la duración de éste para los adolescentes infractores de la ley penal.

El artículo 8 del proyecto incrementa la punibilidad del artículo 197 del CP "utilización ilícita de equipos transmisores o receptores que tiene actualmente un mínimo de un (1) año y la eleva a cuatro (4) para que proceda la medida de aseguramiento de detención preventiva.

El artículo 9 del proyecto introduce un agravante al artículo 261 de la ley 599 de 2000 y lo denomina "usurpación fraudulenta de inmuebles" e impone una pena de prisión de cuatro (4) a diez (10) años "Si con el mismo propósito -(es decir la usurpación de tierras)- se realizan maniobras fraudulentas o ilegales ante la autoridad notarial o ante el registro de instrumentos públicos." En esta descripción subsume una falsedad en documento público en concreto. El agregado no tiene que ver nada con el tipo base pues éste se orienta a sancionar a quienes alteran, destruyan, supriman o alteren las señales que fijan los linderos materialmente y si genera controversias con los tipos penales contra la fe pública que son más ricos en la descripción legal de la conducta. Se hace entonces innecesario este agregado.

El artículo 10 del proyecto duplica tanto en el mínimo como en el máximo la pena a imponer, con ello se llega al tope para imponer medida de aseguramiento de detención preventiva pues quedaría el agravante entre cuatro (4) como mínimo y en dieciséis (16) años el máximo atendiendo las previsiones del articulo 60 numeral 1 de la ley 599 de 2000.

El artículo 11 del proyecto está totalmente descontextualizado en razón a que el articulo 359 está en relación directa con el articulo 358 pues remite a éste y el mismo hace referencia es a productos o residuos radioactivos o nucleares "considerado como tal por tratados internacionales ratificados por Colombia" y los artefactos explosivos, elementos incendiarios o sustancias químicas no tienen ninguna relación con los objetos descritos en el artículo 358. Ello genera más confusión por lo anti técnico y desproporcionado.

El artículo 12 de la reforma es una manifestación (i) de lo innecesaria de esta y (ii) de la orientación política de la misma pues en cuanto a lo primero lo único que hace es ajustar la pena de multa del inciso 1 a 50.000 salarios mínimos, aspecto que ya estaba regulado en el artículo 39.1 del CP que indica que el máximo de la multa a imponer es de 50.000 salarios y en cuanto a lo segundo vale la pena señalar que la pretensión inicial era la de suprimir la expresión "salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal" como queda plasmado en el proyecto inicial presentado y que era el artículo 11 del proyecto como se constata en la ubicación del mismo en gaceta 737 de 2010

El artículo 13 del proyecto que modifica el artículo 382 de la ley 599 presenta los siguientes cambios (i) introduce las sustancias de efedrina y seudoefedrina (ii) introduce la expresión drogas de origen sintético y (iii) elimina la expresión "o de cualquier otra droga que produzca dependencia"

El artículo 14 del proyecto incrementa la pena en el artículo 426 del CP simulación de investidura o cargo que originalmente tiene pena de multa e impone pena de prisión de dos (2) a cuatro (4) años de prisión y multa
El artículo 15 de proyecto que modifica el artículo 427 del CP tiene como propósito solamente el aumento punitivo para que se imponga detención preventiva y cambia el nomen juris que antes era circunstancia de agravación de los artículos 425 y 426 y lo denomina usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas.

El artículo 16 del proyecto de ley que modifica el artículo 430 del CP "perturbación de actos oficiales" se remite a aumentos punitivos tanto en su inciso 1 que se sancionaba con multa y aumenta la pena de prisión cuando se ejercita violencia para efectos que se cobije con medida de aseguramiento de detención preventiva.

El artículo 17 del proyecto modifica en dos aspectos el artículo 435 de la ley 599 o "falsa denuncia" (i) elimina a expresión bajo juramento (ii tipifica una nueva modalidad de comisión consistente en la activación de los mecanismos de búsqueda urgente de personas.

El artículo 18 del proyecto que modifica el artículo 436 del CP "falsa denuncia contra persona determinada" sigue la línea del anterior quitando la expresión bajo la gravedad del juramento y convirtiendo en especifica con propia punibilidad una agravante que es genérico (art 58 # 12 del CP).

El artículo 19 del proyecto que modifica el artículo 345 del CP que ya había sido modificado por el artículo 16 de la ley 1121 introduce como cambio la expresión grupos de delincuencia organizada y deja la misma pena de prisión como pecuniaria. La introducción de ésta expresión contextualizada con otras normas genera más dificultades que soluciones atendiendo a que en el artículo 22 del proyecto que agrega el articulo 341 A al código penal define el concepto de delincuencia organizada como "

un grupo de personas que mediante la utilización de armas de fuego de defensa personal, armas de fuego, municiones o explosivos de uso privativo de la fuerza pública cometan los delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados establecidos en el artículo 35 de la Ley 906 de 2004, así como los delitos señalados en los artículos 244 y 376 de la Ley 599 de 2000. " Con esta definición se entra en contradicción con el artículo 340 inciso 2 pues definir como banda organizada el desarrollo de determinadas actividades delictivas, en el presente caso, conductas de competencia de los juzgados especializados, la extorsión y el tráfico de estupefacientes, no solo es anti técnico en razón a que ya el articulo 340 inciso 2 contempla las conductas relacionadas con estupefacientes y la extorsión como concierto para delinquir agravado sino que además genera problemáticas para el operador jurídico en virtud a que ingresa en el escenario un concurso aparente de tipos penales y sobre todo una contradicción en materia de punibilidad. La nueva conceptualización de banda organizada circunscribe la conducta (i) al uso de armas, tanto de uso personal, como de uso privativo y (ii) a que se cometan delitos de competencia de los jueces especializados, la extorsión y estupefacientes y (iii) impone como sanción penal trece (13) a veintidós (22) años de prisión. La propuesta como tal no resuelve los problemas que en la exposición de motivos se plantean; que ahora al concierto, los medios de comunicación y los sectores políticos, académicos etc. lo llamen bandas organizadas en forma genérica para diferenciarlo del fenómeno del paramilitarismo desde la óptica de otras ramas de la ciencia social, no es razón suficiente para introducir esta nueva modalidad de concierto, que si bien puede ser especifica, ya está contemplada en el articulo 340 inciso 2. Nos preguntaríamos en un primer momento, ¿queda derogado tácitamente el artículo 19 de la ley 1121 con ésa modificación? Nótese como en la redacción de la nueva propuesta se generaliza (i) con respecto a las conductas de competencia de los jueces especializados y sucede que (ii) el concierto para delinquir agravado es de competencia de los citados jueces y (iii) todas las conductas referidas en dicho inciso son precisamente de esa competencia y se confunde con la propuestas como artículo 22 del proyecto. En esta materia tan delicada, a la cual la Corte Suprema de justicia le ha dedicado ingentes esfuerzos a través de infinitud de sentencias, para consolidar una línea jurisprudencial seria y responsable, no se le puede dar un tratamiento alegre y descuidado que se manifiesta en el presente

caso por la redacción y las definiciones propuestas ¿qué fundamento político criminal justifica crear este nuevo tipo penal? No se vislumbra por ninguna parte, salvo que se quiera introducir en la normatividad el nuevo slogan publicitario de bandas organizadas y dar eso si una "sensación" pero solo la sensación de que se está combatiendo el crimen y entonces nos preguntamos ¿Con esta nueva norma se está combatiendo realmente la delincuencia?

El artículo 20 del proyecto introduce una modificación en el artículo 44 del CP "fuga de presos" para que se incluya la condición de capturado, como una de las formas de comisión de la conducta.

El artículo 21 del proyecto, que se repite como articulo 23, vuelve a introducir como modalidad de porte los explosivos y agrega los numerales 5. Obrar en coparticipación criminal. 6. Cuando las armas o municiones hayan sido modificadas en sus características de fabricación u origen, que aumenten su letalidad. y 7. Cuando el autor pertenezca o haga parte de un grupo de delincuencia organizado. Se debe indicar que en la reforma que se hizo con la ley 1142 en su artículo 38, precisamente se excluyo la expresión explosivos y se paso como porte de armas de uso privativo de las fuerzas militares, por la potencialidad de los mismos. Irónicamente en esta propuesta de reforma, y en ello queda acreditada la improvisación y ausencia de auténticos criterios de política criminal, en dos artículos de la propuesta de reforma, el 21 y el 23 se trata del mismo artículo. En las tres adiciones que se hacen como agravantes, se plasma la anti técnica legislativa y de la política de Gobierno que se expresa en (i) creer que los agravantes genéricos deben ir como agravantes específicos, y (ii) si se propone la creación de pertenencia a grupo de delincuencia organizada, resulta en doble incriminación hablar de coparticipación y de la pertenencia a grupos de delincuencia organizada, como agravantes por cuanto están constituyendo en sí mismos parte de la estructura de una descripción típica.

El artículo 24 del proyecto modifica el artículo 366 del CP en lo pertinente para concordar con el 365 y a su vez incrementa de once (11) a quince (15) años la pena de prisión.

El artículo 25 del proyecto introduce como novedad el artículo 374 A denominado enajenación ilegal de medicamentos conducta que no tiene sentido incluirla como parte del código penal, ese tipo de comportamiento afecta es al que habiéndosele rectado una droga, se le entrega y no se la toma. Realmente constituye un absurdo de política criminal.

El artículo 26 del proyecto deroga el articulo 377 B de la ley 599 que se introdujo con el artículo 2 de la ley 1311 de 2009 del mes de julio. ¿Cuales las razones para despenalizarla? No se indica; la norma es del siguiente tenor Artículo 377 B. Circunstancias de agravación punitiva. Si la nave semisumergible o sumergible es utilizada para almacenar, transportar o vender, sustancia estupefaciente, insumos necesarios para su fabricación o es usado como medio para la comisión de actos delictivos la pena será de ocho (8) a catorce (14) años y multa de setenta mil (70.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un Servidor Público o quien haya sido miembro de la fuerza pública".

Estas dos últimas propuestas del proyecto, los artículos 25 y el 26 magnifican la actual política criminal. Penalizamos al que vende la droga recetada que le dan para su tratamiento y despenalizamos a los que usan naves sumergibles o sumergibles en el tráfico de estupefacientes

Desde el artículo 27 del proyecto de ley 164 hasta el artículo 49 del mismo, se modifican diversas normas del procedimiento penal

El artículo 27 del proyecto, reforma el artículo 39 del CPP que versa sobre la función del juez de control de garantías. Ha de reconocerse que esta modificación mejora sustancialmente la redacción anterior, a su vez modificada por el artículo 3 de la ley 1142

De la normatividad de modifica el régimen procesal quizás los aspectos más destacables son los siguientes:

Modificación del artículo 175 del CPP con la ampliación de los términos entre la imputación y el escrito de acusación actualmente en 30 días máximo 60 aplicando en artículo 294 de la siguiente manera (1) si se

trata de un delito y hasta dos personas investigadas el fiscal tiene 60 días máximo 120 para presentar el escrito de acusación (2) si se trata de dos o más delitos y/o tres o más personas en termino es de 90 días y puede ampliarse hasta 180 días. Con ello abordamos términos similares a los que eran utilizados en el procedimiento escritural. Concordante con ello se modifica el artículo 294 y allí la reforma insiste en el mantenimiento de un término muerto, que en algunos casos ha generado arbitrariedad y que es equivoco en las interpretaciones. Se tiene que vencido el término del artículo 175, es decir 90 o 180 días no hay un término exigible a la Fiscalía General de la nación para el trámite entre el momento del vencimiento del término del primer fiscal y el momento de designar un segundo fiscal. In una interpretación sistemática el término sería el aplicable en el artículo 159 del CPP es decir de cinco días. La propuesta deja claro que el paradigma central del sistema acusatorio es decir investigar para detener se rompe definitivamente y se instaura el inquisitorial esquema de capturar para investigar.

Así mismo dicha modificación tiene incidencia en el régimen de libertad (artículo 40 de la reforma) dado que también lo términos se alteran en el articulo 317 y por lo mismo los términos de detención quedan iguales a los términos de investigación durante dicha fase y en sede de conocimiento la reforma insiste nuevamente en el error ya corregido por la ley 1142 de dejar un término en blanco entre la presentación de escrito de acusación y a audiencia de formulación de acusación y comenzar a contar el termino desde la audiencia de formulación de acusación.la repercusión inmediata de esa modificación seria precisamente la contraria a la pretendida por el gobierno puesto que lo que se hace es reducirle los términos al juez de conocimiento ya que tendrían que tomarse los siguientes; presentado el escrito de acusación, no hay termino entre dicha presentación y la audiencia de formulación de acusación. El artículo 338 habla que dentro de los tres días siguientes a la presentación del escrito de acusación el juez señalará hora y fecha. Esta norma ha sido interpretada solo como termino para señalar la fecha, quedando en el vacio el término para su realización. De ser así entonces debemos aplicar, a juicio de quien presenta estas líneas el termino del artículo 159 del CPP, es decir que se tendrían tres días para fijar fecha y cinco para su realización, es decir 8 días contando entonces en general el juez de conocimiento con 68 días, atendiendo la

reforma, entre la presentación del escrito de acusación y la iniciación del juicio oral y máximo de 136 días en la competencia de los juzgados especializados. El efecto inmediato es el de la aplicación del principio de favorabilidad en los asuntos que no son de competencia de los juzgados especializados y en donde hay un delito y hasta dos imputados. A largo plazo, el aumento de los términos solo refleja ese cambio de paradigma, de investigar para acusar y detener trastocándolo con el de capturar para investigar con la consecuente incidencia en los principios de celeridad, inmediatez, concentración ya bastante lesionados con lo que se tiene hoy en día.

El régimen de libertad se ve de igual manera afectado con la introducción de dos nuevas circunstancias fácticas en lo que tiene que ver con la flagrancia y en la modificación del numeral 4 del artículo 313 que fue introducido por la ley 1142, modificando el termino de la captura anterior de un año a tres años. Al modificarse de igual manera el artículo 310 de la ley 906 se agregan tres nuevos aspectos de definición de peligro para la comunidad, que no tiene razón de ser, pues ya son analizadas actualmente por los jueces en cuanto al contenido de la gravedad de la conducta. Igual acontece con la solicitud de medida de aseguramiento, facultándose no solo a la victima para peticionarla, sino que de igual manera abre la puerta para que las solitudes de afectar el derecho a la libertad sean indefinidas.

En las modificaciones del régimen de libertad, se produce un gran retroceso, lo principal para el gobierno es mantener a los investigados en detención preventiva el mayor tiempo posible, creyendo falsamente que solo en la medida en que haya detención preventiva se puede predicar justicia y ausencia de impunidad.

Llama igualmente la atención las modificaciones propuestas a las actividades de investigación de seguimiento de personas y vigilancia de cosas, eliminando la autorización previa bien del director nacional de fiscalía o del director seccional. De igual manera resulta preocupante la propuesta de aumentar hasta un año la interceptación de comunicaciones prorrogable hasta dos. Ello es grave en la medida en que el Estado pretende

darse todas las garantías posibles para sí, menospreciando las garantías del respeto a los derechos fundamentales.

La reforma también pretende reducir una vez más las condiciones exigibles para la afectación del domicilio y entonces el actual propósito es brindarse el Estado la oportunidad de afectar el domicilio a cualquier hora y que las ordenes sean indeterminadas en su lugar, volviendo con ello la feria de los allanamientos masivos e indiscriminados propios de un estado fascista y todo ello a nombre de la convivencia y la seguridad. Otros aspectos incluye la actual propuesta de reforma, en lo que toca con la extinción de dominio y el régimen de adolescentes pero dichos temas serán de análisis en otra oportunidad

2. CONCLUSION

Las modificaciones que se han venido haciendo al sistema penal acusatorio han apuntado en lo fundamental a eliminar al máximo el rigor de los controles que deben hacer los jueces de garantías a las actividades que afectan derechos fundamentales, a desvertebrar el régimen de libertad como regla general y convertir la detención preventiva precisamente en la regla general cuando el principio constitucional pregona la excepcionalidad de esta, y progresivamente con la prohibición de reducciones punitivas en diversos delitos, con la prohibición de aplicación del principio de oportunidad en otros, lo que se ha generado es una proliferación de los juicios ordinarios, cuando lo pretendido al instaurare el sistema penal acusatorio era que el 90 por ciento de los casos fueran solucionados por vía de forma anticipadas.

Cierto es que el sistema necesita de ajustes, pero los mismos deben ser objeto de análisis serios y en perspectiva de una política criminal de Estado y no de una simple. Coyuntural y aleatoria política de gobierno. Reformas que no tengan como eje central los principios rectores, un derecho penal fundamentado en la dignidad humana y una responsabilidad del Estado, solo terminan deslegitimizando el Estado Social y Democrático de derecho.

Ponencia 10

POLITICA CRIMINAL Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Dra. Mireya Gonzalez Preciado
Jueza Séptima Penal del Circuito con función de Conocimiento de Bogotá.

Desde el acto legislativo 03 de 2002 quedaron señaladas las características básicas del principio de oportunidad entendido como la discrecionalidad reglada de la Fiscalía para interrumpir, suspender y renunciar a la acción penal , todo dentro del marco de política criminal del estado , por manera que el tema desde la praxis judicial, merece no solo un estudio de cara a las causales que enmarcan el uso del principio, sino frente a los criterios que deben guiar su uso, si es que como lo establece la ley 888 de 2004, por la cual se modificó el decreto 200 de 2003 en lo que tiene que ver con el consejo superior de política criminal y penitenciaria, en verdad resulta operacionalizada y observada.

Al punto, acontece que se entiende usualmente el control jurisdiccional frente a dos derroteros que los jueces de garantías deben desarrollar y que se corresponden, de un lado , al dictamen de adecuación de la ley en la causal que resulte pertinente, y de otro, al control material sobre las garantías constitucionales del imputado, tal y como desde el estudio de constitucionalidad lo reseño el máximo órgano; sin embargo resulta evidente que siendo como es, el tema bajo estudio, una excepción al principio de legalidad, esa política criminal que sirve de soporte para la pretensión del ente fiscal, debe serle conocida al juez tanto como sus fines y propósitos para los restantes actores del sistema.

Surge elemental que el principio de oportunidad se corresponde no solo a un nuevo camino por el que transitan hoy las sociedades de cara a humanizar los procesos y los controles estatales de punición, sino que justamente por los resultados decadentes de las políticas penitenciarias que no han arrojado jamás consecuencias positivas frente a los poderes represivos en busca de fines retributivos del derecho penal, es que se hace necesario plantear, desde la política criminal las directrices que deben guiar el interés del estado cuando la capacidad de la sociedad no lleva a la recomposición en el conflicto de intereses existente .

Quizá la aparente armonía del sistema penal, entendido por muchos años como determinación de delito + sanción = solución y recomposición social, no dejaron ver con claridad toda la desarticulación del esquema y por ello mismo subestimado y casi visto con desdén el tema de la política criminal, en cuanto el estado solo ha sido el actor interesado en mantener un equilibrio atado a la represión sin resultados, esto es, a la limitación de derechos fundamentales por el simple prurito de sancionar y mostrar con evidencia el poder frente al asociado, quien no participa finalmente en la resolución de sus intereses , y por que no decirlo, en la mayoría de la veces, no está tampoco interesado en la aflicción, sino en la real reparación de los daños ocasionados con la conducta delictiva .

Culturalmente es que por esa concepción se fue afincando el concepto de que justicia es cárcel, de que justicia es privación de libertad y así menos irrelevante la política criminal, por que a la postre no ha existido reclamo distinto de la sociedad en tanto el estado y los operadores del sistema, se han limitado a cumplir por fuera de la verdadera intención de restablecer derechos, una labor de cara a los fines punitivos y retributivos.

La política criminal debe estar orientada entonces a encontrar con un alto nivel de dinámica y cambio permanente, acorde con la evolución de la sociedad para la que esta siendo diseñada, unos criterios de aplicación con los que los asociados se sientan identificados y perciban la verdadera reconstrucción del tejido social en cuanto las realidades del agresor y agredido sean entendidas y se les permita participar de acuerdo a su libertad y voluntad en la solución de los asuntos.

Lo anterior por supuesto, sin perder de vista que esa participación también debe tener un límite y un control establecido en esa política criminal para evitar que se constituya tal intervención en un mecanismo, ya de burla al sistema, ya de manipulación y/o revictimización.

Consecuente con lo anterior, puede afirmarse que en no poco ha incidido la falta de política criminal o la claridad sobre ella, en la limitada aplicación del principio de oportunidad para producir de cara al nuevo esquema de la ley procesal penal (906 de 2004) mecanismos que consulten no solo la justicia pronta y eficaz, sino que permitan descongestionar el sistema y dedicarlo en específico a los asuntos que para el estado social y de derecho resultan de verdadera trascendencia.

Esa falta de política criminal impacta en forma negativa los mecanismos o institutos procesales penales, que con gran dificultad van desarrollándose muy lentamente, y a ello debe sumarse un esquema de gestión poco operativo, en el que la fiscalía superado el límite punitivo de los seis años de prisión conforme lo establece el parágrafo 2 del artículo 324, debe asumir un flujo de proceso o trámite interno, la mayoría de las veces desgastante y poco operante, ello directamente relacionado con los principios rectores de la ley 906 de que tratan los artículos 9 y 22 de la oralidad y el restablecimiento del derecho respectivamente, el primero cuando busca garantizar mayor agilidad y fidelidad en las actuaciones, y el último cuando con el decurso de tiempo breve, hace cesar los efectos producidos por el delito y de alguna manera recompone a la sociedad y satisface a los inmersos en conflicto, viabilizando así con legitimidad la interrupción, suspensión o renuncia de la acción penal.

Se reseñan las expresiones viabilizar y legitimar toda vez que justamente el restablecimiento de derechos, es lo que hace posible que la sociedad y el ciudadano corriente, que se acercan al sistema de justicia, entiendan esa discrecionalidad reglada de la Fiscalía, al tiempo que van interiorizando la existencia de medios judiciales y de intervención del estado, diferentes a la punición y la privación libertaria.

El principio de oportunidad como excepción reglada al de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, tal y como lo definió la Corte Consti-

tucional, es un mecanismo sin duda apto para canalizar con criterios de selectividad, aquellos ámbitos de las conductas delictivas en los que un sistema de carácter adversarial, no puede diluirse, pues justamente sin esos contenidos adversaríales, que desaparecen cuando los inmiscuidos en el conflicto satisfacen sus intereses, es que el instituto procesal se va entronizando y haciendo cada vez más expedito, pero siempre atado a la existencia de una política criminal real, máxime si las consecuencias de su aplicación pueden ser transitorias o definitivas.

Al punto, la interrupción y la suspensión comportan consecuencias precarias, pues la Fiscalía cesa transitoriamente el ejercicio de la acción penal y solo la renuncia tiene carácter definitivo, haciendo del instituto procesal, un medio que en todo caso asegura a quien es afectado por la conducta delictiva, la intervención del estado con su fuerza punitiva solo en la medida en que esto sea necesario, por manera que la política criminal que soporte su aplicación debe ser tan clara como amplia, pero igualmente tan precisa como segura para que el sistema no sea entendido como un juego de oportunidades con los que se hace esguince a las consecuencias de la conducta delictiva.

De allí, que tenga vital importancia el contenido del parágrafo del artículo 2 de la resolución 6657 modificada por la resolución 03884 que impone el control interrupción o suspensión en cabeza del fiscal de conocimiento que debe hacer seguimiento estricto a la aplicación del principio y sus avances, al igual que la adición que se hizo a la resolución 6657 de 2004 formando un equipo de principio de oportunidad para el tramite de la aplicación de este, frente al que es necesario anotar, que resulta deseable que su espectro se amplié en el sentido de referirse no solo al tramite frente a la "probabilidad" de su aplicación, sino al seguimiento una vez efectivamente empleado en sus consecuencias de suspensión e interrupción, cuando quiera que tal control no solo permite medir su éxito y obtener datos para la determinación de políticas criminales, sino que cumple una labor de control de términos y verificación de obligaciones que permitan pasar al escenario de la renuncia propiamente tal.

De lo dicho hasta aquí se tiene entonces que, el principio de oportunidad debe ser observado desde las siguientes perspectivas:

1. Política criminal que no penitenciaria

2. Capacidad y poder de reacción de la policía

3. Emisión y divulgación de resoluciones concretas y específicas sobre pautas de aplicación.

4. Resoluciones dinámicas, de permanente cambio y gestión.

5. Estructura y operatividad del principio de oportunidad al interior de la Fiscalía General de la Nación.

Los aspectos mencionados son los que mínimamente deben ser considerados al interior de la mesa de trabajo para detectar cuales hoy son las bondades y falencias del principio de oportunidad con los instrumentos existentes y de allí postular las mejoras o cambios a implementar para buscar no solo una optimatización del sistema oral y adversarial, sino la creación de un sustrato de política criminal coherente y dinámico.

1. POLITICA CRIMINAL QUE NO PENITENCIARIA

Con todo y la existencia de un Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria encargado de definirla, debe decirse con total sinceridad aun a riesgo de no ser de buen recibo, que no solo la forma en que esta constituido, sino su dependencia de la Secretaria Técnica y Administrativa, que esta a cargo del Viceministerio de Justicia y del interior, según la ley 888 de 2004 en su artículo 1, hacen del ente, un organismo con pocas posibilidades de éxito y de funcionamiento, pues en puridad de verdad no se irradia a quienes operan el sistema propiamente tal, ninguna recomendación, ningún concepto, ningún estudio que permita conocer con claridad a donde apuntan la políticas criminales del estado, mismas que normalmente no son conocidas por quien finalmente decide su aplicación o no, esto es, el juez de control de garantías a quien la Fiscalía propone su aplicación para verificar el apego a la legalidad y la constitución.

Lo anterior sin dejar de mencionar que la política criminal solo resulta importante ante situaciones coyunturales que activan la alerta de todos

los actores del sistema y de la propia sociedad, intempestiva e intermitentemente para hacer surgir soluciones temporales que no políticas definidas y así conjurar determinado problema criminal.

Todo lo anterior a tono con la triste realidad legislativa cuando se cree que el aumento de penas y el mayor castigo son una política criminal, incidiendo en forma nefasta, frente a los intereses procesales que como el principio de oportunidad se aleja cada vez más en su real aplicación, pues existe para su viabilidad un limite máximo frente a delitos sancionados con pena privativa de la libertad, según el numeral 1 del artículo 324, en no más de seis años, así que esos cambios normativos no se hacen previa valoración del impacto legislativo y las consecuencias que trae para toda una sistémica que debe reinventarse una y otra vez, desde cada uno de los roles que cumplen los jueces, los fiscales, los agentes del ministerio publico y los defensores para mostrar un sistema judicial penal mínimamente coherente.

Resulta por otro lado importante escindir los aspectos de política criminal y política penitenciaria ya que el orden de importancia en la practica ha resultado alterado si se observa que solo ante una crisis penitenciaria se vuelve a pensar en la política criminal lejos de considerar que esta ultima tiene aspectos de prevención y de descongestión del sistema que evitarían tales crisis de ser establecidas con seriedad.

Es por lo anterior, que si bien es cierto la ley 888 de 2004 señalo que entre las funciones del consejo superior de política criminal y penitenciaria, está la de emitir un concepto con destino a la Fiscalía General de la Nación indicando el tipo de delitos a los cuales se puede aplicar el principio de oportunidad, numeral 11 artículo 2, en ello no puede ser el único criterio a considerar para su aplicación con todo y haberse previsto la presentación de un informe semestral de entes territoriales en coordinación con las autoridades militares y de policía.

Es el ultimo aspecto en referencia, el que nos pone de cara a la siguiente perspectiva atrás señalada, esto es, a la capacidad y poder de reacción de la policía.

2. CAPACIDAD Y PODER DE REACCION DE LA POLICIA

Se debe puntualizar sobre la actividad policiva, en el sentido de no ser esta un simple actor del sistema, ya que en el señalamiento de las políticas criminales, como ciencia soporte para su diseño, esta la criminalística, con la que se busca conocer el proceder delictivo descubierto y analizado a través de la obtención de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente hallada, ya que estos irradian criterios que muestran los modos generales de la comisión de delitos, y se puede entonces a partir de ello generar recomendaciones que permitan prevenir la conducta delictiva.

Se trae como ejemplo la unidad de perfiles criminales de la fiscalía con la que, en juiciosa tarea con la policía judicial se crean bases de datos e información para la agilidad en las investigaciones penales, que de ser recogida por el órgano de política criminal o como mínimo por la secretaria técnica y administrativa del viceministerio de justicia permitirían la concreción de políticas concretas y su uso para tipos penales específicos.

La mención hecha corresponde solo a uno de los ejemplos que dejan en evidencia como eventualmente esas funciones reseñadas en el articulo 2 de la ley 888 de 2004 que apuntan al adelantamiento de estudios y la creación de grupos de investigación especializados, se cumplen, pero en forma dispersa sin concentrar la información y canalizarla a través del órgano que se supone fue creado para nutrir al consejo superior de política criminal y penitenciaria en el que además tienen asiento senadores y representantes a la cámara, razón de más para ser inentendibles los desaciertos legislativos y la aprobación de normas de emergencia, desconociendo que la buena política criminal y su observación es la que cambia el rumbo en la forma de legislar.

3. EMISIÓN Y DIVULGACIÓN DE RESOLUCIONES CONCRETAS Y ESPECÍFICAS SOBRE PAUTAS DE APLICACIÓN

Al punto lo primero habrá de recordarse es el contenido de la decisión C-979 de 2005 de la Corte Constitucional con ponencia del Doctor CORDOBA POVEDA, cuando declaro exequible el artículo 330 de la ley 906 y señaló que la atribución dada a la fiscalía para dictar el reglamento de aplicación al principio de oportunidad, no comporta inconstitucionalidad alguna, pues tal actividad se ubica en el ámbito fundamentalmente administrativo y operativo interno, siendo claro que la fiscalía no puede variar los presupuestos materiales del principio de oportunidad y en ese orden de ideas necesaria la regulación por el ente fiscal, no solo en desarrollo del principio de autonomía, sino el unidad de gestión para el cumplimiento de las responsabilidades que surgen de la aplicación del principio de oportunidad.

Así las cosas, es claro que el contenido del artículo 330 de la ley 906 de 2004 que analizó la Corte, impone que la labor de emisión y divulgación de esas resoluciones se desarrolle dentro de los marcos constitucionales y legales, sin abordar materias de reserva legal y ello posibilita el ajuste permanente de las resoluciones 6657 de 2004, 6658 del mismo año y la 03884 de julio 27 de 2009 emitidas por la Fiscalía General de la Nación, como instrumentos que invitan al uso efectivo del principio de oportunidad, pero por sobretodo a la demostración de resultados del instituto procesal como excepción reglada que esta orientada sin duda a que el sistema de justicia se dedique al grueso de la criminalidad de trascendencia y desahogue los estrados judiciales de aquello que para el estado ya no reviste interés, atendiendo la poca significación jurídica y social o razones de justicia restaurativa y de humanización del proceso penal, entre otras.

4. RESOLUCIONES DINÁMICAS DE PERMANENTE CAMBIO Y GESTIÓN

A lo largo del texto, ha quedado en evidencia que la política criminal debe acoplarse a los nuevos estilos de sociedad, que por su dinámica obligan

al estado y en especial a los sistemas de justicia a evaluarse de manera permanente y nutrir esa política de garantismos no solo para quienes pueden ser objeto de la eventual acción penal, sino para la víctima misma, hoy por hoy primada en todas las latitudes y vista como el centro y la razón de ser del control punitivo del estado.

Es entonces, la víctima en la mayoría de los casos, la que convierte la política criminal que producen los órganos encargados de su fijación, a propósito de la mediatización de la que es objeto esas directrices en "política criminal de telediario", pues la opinión pública resulta desorientada a consecuencia de la intervención desproporcionada de los medios que al no conocer claramente, esas políticas criminales formales, se dan licencia para mal informar o desinformar a la sociedad y de paso subvertir a todo un sistema.

5. ESTRUCTURA Y OPERANCIA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD AL INTERIOR DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Quiere hacerse relación en este tópico y someterlo a discusión en la mesa, a la necesidad de suprimir y minimizar el flujograma al que se somete el uso y aplicación del principio de oportunidad, en el que el fiscal de conocimiento pierde incluso su manejo y control en tanto se resuelve la posibilidad de su aplicación, afectando indebidamente los términos de la ley 906 e incluso dando lugar al surgimiento de insanas prácticas judiciales.

Es que si bien es cierto, el anuncio de su uso hace que se detenga la actuación procesal con la esperanza de que en ese compás de espera se concrete su aplicación, la experiencia muestra que luego de un largo periodo el ente fiscal se decide a continuar con el trámite normal si es que no quiere ser objeto de incompetencia y hasta de sanción disciplinaria por el incumplimiento de su labor, en el esquema formal y ordinario del flujo del proceso, en términos de la ley 906, pues el artículo 294 señala, que el vencimiento de términos para formular acusación o aplicación del principio de oportunidad o preclusión es causal de mala conducta y el superior debe avisar de inmediato a la autoridad penal y disciplinaria competente.

Sobre el particular no puede perderse de vista, que concluida la imputación la fiscalía puede acudir a la aplicación del principio de oportunidad, pero a propósito de la manera en que esta diseñado su tramite, difícilmente se conoce de su aval antes de que venza el termino para la presentación del escrito de acusación, y esto obliga al funcionario a abordar los criterios para acusar no solo en forma atropellada, pues de alguna manera no se avanzó en la inferencia razonable para alcanzar la probabilidad de verdad dada la espera infructuosa que finalmente lo rebasa.

Sin duda la aplicación del artículo 175 que establece el término de que dispone la fiscalía para formular acusación, solicitar preclusión o aplicar el principio de oportunidad dentro de los 30 días siguientes a la formulación de imputación, una vez desconocido, no solo genera la falta de competencia en el Fiscal para continuar actuando, sino que, activa un nuevo espacio procesal por término igual que incide en forma perversa en el desarrollo del proceso y en la expectativa procesal de definición.

Lo anterior sin dejar de mencionar que esto conlleva a la duplicación de tareas y esfuerzos, pues en tanto el fiscal debe acorde con las resoluciones que hasta aquí se han señalado y en especial la resolución 03884 de 2009, desarrollar una serie de actividades para auscultar la posibilidad de dar aplicación al principio de oportunidad, tales como: el diligenciamiento de un formato que fue diseñado para el efecto, en el que se incluye no solamente la indicación de partes e intervinientes con sus datos de ubicación e identificación, así como el resumen de la situación objeto de investigación con el señalamiento del estado de la misma y los elementos materiales probatorios, o evidencia o información legalmente obtenida que desvirtué la presunción de inocencia, permitan inferir que la conducta es delictiva y que el imputado es su autor o participe a más de los elementos de convicción que se relacionan con los presupuestos de la causal invocada y las razones de orden jurídico y procesal que motivan su aplicación, por otro lado también debe preparar y presentar el escrito de acusación formal y avanzar en lo que le sea posible atemperándose a la voluntad del juez de conocimiento, en tanto aún aguarda se de viabilidad a la aplicación del principio de oportunidad.

Se habla de insanas prácticas judiciales cuando se sabe de la solicitud que hace quien es objeto de la acción penal y su defensa de la aplicación del principio de oportunidad a sabiendas de su no viabilidad, como cuando se ofrece colaboración eficaz o delación sin que exista la posibilidad real de concretarla, con la esperanza de que los términos corran y la definición del asunto sea distinta, aspecto que la fiscalía ha advertido en la resolución 03884 cuando en el parágrafo del artículo 5 llama la atención del fiscal para que estime el tiempo que dura la suspensión del procedimiento y no exponer la actuación a la prescripción de la acción penal, lo cual si bien es cierto indica que el tema ha sido considerado, no menos lo es que no hay una medida especifica para que ello no ocurra y se deja al fiscal del caso con tamaña responsabilidad de cara a una estimación que el mismo sistema no ha podido preveer.

Otro aspecto sobre el que debe llamarse la atención, es la perdida de la contundencia probatoria de la fiscalía cuando la aplicación del principio de oportunidad, por las dificultades que en su tramite aquí se han señalado y que dilatan en el tiempo los términos procesales hacen que los eventuales testigos e incluso víctimas dejen de ser disponibles y para cuando se da la reactivación del asunto de difícil consecución poniendo en riesgo el éxito del ente acusador a pesar de la existencia de declaraciones o deposiciones de las que trata el numeral 5 literal g del artículo 337 de la ley 906 de 2004 y que finalmente no puede pretenderse lleguen a juicio bajo la aplicación del literal b del artículo 438 que trata de la admisibilidad excepcional de la prueba de referencia

6. PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES

Para finalizar se hace referencia a los preacuerdos y negociaciones que como figuras de terminación premial, están íntimamente ligados también a la política criminal, así lo señalo el legislador en el artículo 348 de la ley 906 cuando estableció las finalidades de aquellos y preciso que para ellos deben observarse las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal con el objeto de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.

Es necesario recordar que la corte constitucional en la sentencia C-1260 de diciembre 5 de 2005 declaro exequible la expresión "a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento" como razones para que la Fiscalía fijara las directivas, pues resulta claro que esa facultad que tiene el acusador de preacordar y negociar debe cristalizar y encuadrar sistémicamente con las políticas criminales que desarrollan todos los institutos procesales para el caso el de oportunidad y el de figuras de terminación premial.

El tema cobra gran importancia, si se considera que la no precisión de política criminal y la precaria divulgación de las directrices que puedan existir en un momento dado, al serle desconocidas al juez de conocimiento, impiden una dinámica ágil propia de los mecanismos de descongestión como el que esta bajo estudio, pues la no claridad sobre las posibilidades y límites que tiene el Fiscal que acude en búsqueda de su aprobación, pero por sobretodo en el primero de los escenarios que marca el decurso procesal, esto es, entre la imputación y la presentación del escrito de acusación, pues lo definido normativamente refiere una rebaja posible de hasta el 50%, cuando se esta por fuera de los contenidos del artículo 350 y en la mayoría de las oportunidades los límites de negociación operan sin criterios definidos, ya frente al tipo penal objeto de negociación, ya frente a la modalidad y gravedad de la conducta, aspectos éstos que no hacen parte de una política criminal en la medida en que se pueda establecer que para cierto tipo de punibles y acorde con el desgaste mayor o menor del aparato de justicia y la contundencia probatoria de la Fiscalía acumulada en los diferentes estadios procesales pueden ser más amplios o más restrictivos.

Nótese como los preacuerdos y negaciones entendidos como figuras de terminación premial que también apuntan a la economía y celeridad procesal, no pueden desarticularse del esfuerzo que hace el estado a través de la Fiscalía para en términos de contundencia probatoria acudir con éxito a la etapa de juicio y en el orden anotado valorarse positivamente y a favor de ese aparato judicial y de la Fiscalía misma, el quantum de rebaja al que puede hacerse merecedor quien acude a ellos, esto sin dejar de mencionar que la negociación no esta referida exclusivamente al monto de pena a imponer, sino que hoy por hoy incide también en la concesión o no de

subrogado, el otorgamiento o no de prisión domiciliaria, la conversión de multa por trabajo, etc., frente a los cuales tampoco es clara la existencia de una política o no y cuando menos una básica directriz.

Ponencia 11

POLITICA CRIMINAL Y JUSTICIA RESTAURATIVA

Dr. Sergio León Martínez
Juez 41 penal del Circuito con función de Conocimiento.

Obliga aproximar los contenidos epistemológicos y conceptuales acerca de sí el desarrollo normativo de carácter constitucional y legal de los diferentes institutos de la Justicia Restaurativa es producto de la política criminal del Estado. Necesario adentrarnos al interior de lo que se entiende por política criminal y Justicia Restaurativa, para de esta forma concluir el origen y papel de la norma jurídica de derecho positivo penal en punto de dicho tópico, y escoger para el análisis el instituto del Incidente de Reparación Integral, para los efectos de sus posibles reformas o no. A continuación trataremos los siguientes aspectos:

1. Noción de política criminal y justicia restaurativa

2. Origen y papel de la norma jurídica en materia penal de la justicia restaurativa.

3. El incidente de reparación integral, su análisis y posibles reformas.

1. NOCION DE POLITICA CRIMINAL Y JUSTICIA RESTAURATIVA.

La doctrina entiende por "política criminal es poder de definir los procesos criminales dentro de la sociedad y por tanto de dirigir y organizar el sistema social a la cuestión criminal", lo que en principio, determina sólo aquellos procesos orientados a la mera situación de delito o lo que se derive de él.

Empero, la Corte Constitucional ha elaborado en su jurisprudencia sendas aproximaciones sobre política criminal, así, toma el principio de legalidad derivado de los otros principios contenidos en los artículos 1º y 3º de la constitución política, sobre el particular sostuvo : " La corte ha sido enfática en reconocer que para la definición de la política criminal del Estado en materia penal para la configuración de las conductas punibles, el órgano legislativo tiene una competencia amplia y exclusiva que encuentra claro respaldo en el principio democrático y en la soberanía popular (C.P. arts 1º y 3º), razón por la cual corresponde a la mayorías políticas representadas en el congreso determinar dentro de los marcos de la constitución política, la orientación del Estado en estas materias"

Al observarse, lo anterior, en ese mismo fallo, la alta Corporación admite la implementación de estrategias de política criminal siempre que sean legítimas y respeten los valores y precepto constitucionales, sobre el tema precisó: "Esta circunstancia, permite que el legislador adopte distintas estrategias de política criminal, siempre que la alternativa aprobada, además de ser legítima en cuanto a la forma que se configura respete los valores, preceptos y principios constitucionales. Así las cosas es evidente que la política criminal y el derecho penal no se encuentren definidos en el texto constitucional sino que corresponde al legislador desarrollarlos. La corte ha precisado que en el ejercicio de su atribución el congreso no puede desbordar la constitución y esta subordinado a ella porque la corta suprema es normas de normas y la participación democrática, el legislador puede tomar diversas opciones dentro del marco de la carta"

Luego, tenemos que, la política criminal apunta al principio de legalidad en desarrollo del principio democrático y soberano, pues, es permitido

estrategias legítimas porque debe respetar los preceptos, principios y valores constitucionales, pues su definición no está en el texto constitucional pero es tarea del legislador desarrollarlo. No obstante ello, la guardiana de la constitución insistió en procurar buscar la definición en esa intención agregó: "No obstante la inclusión del término "política del Estado en materia criminal" en el articulo 241 de la carta, no existe una definición unívoca y convencional de esta expresión. Tampoco existe una definición legal del término. Los instrumentos legales que desarrollan algún aspecto de la política emplean la acción de política criminal pero no le otorgan un contenido y alcance específico. Por eso es necesario acudir a la doctrina, a los debates de la asamblea nacional constituyente, y a la propia jurisprudencia para identificar sus elementos y ámbitos" (…)

(…) En una corriente se encuentran los autores que limitan la concepción de la política criminal a los aspectos analíticos de las causas de la criminalidad a la forma como deben ser sancionados los delitos y a los intereses que deben ser protegidos, sin incluir como parte de ella los instrumentos a través de los cuales, se concreta dicha política. En otra corriente están los autores que incluyen como parte de la política criminal, no sólo aspectos analíticos y de decisión política, sino también los medios jurídicos a través de los cuales se ponen en práctica las orientaciones fundamentales, lo cual comprende los instrumentos penales, procesales y penitenciarios" (Lo resaltado es fuera del texto).

Tal como lo presenta la jurisprudencia constitucional no es posible tener una definición exacta sobre política criminal, sin embargo, deja en evidencia las corrientes que sobre el particular existen, y para la discusión que nos ocupa, beneficia entender la política criminal como los medios jurídicos a través de los cuales se ponen en práctica las orientaciones fundamentales, lo cual comprende instrumentos penales, procesales y penitenciarios, claro ello, con la complementación de tener en cuenta los aspectos analíticos y de decisión política, por ello, bajo estas amplias acepciones involucra también los intereses que deben ser protegidos y aquí da cabida a los interese de la víctimas del delito, en desarrollo de los valores del orden justo, con el objetivo no sólo de procurar indemnización de perjuicios, también de verdad, justicia y reparación.

Con relación a la justicia restaurativa la corte constitucional, dejó sentado: "La justicia restaurativa se constituye en un mecanismo alternativo de enfrentamiento a la criminalidad, con el cual se modifica el entendimiento tradicional fundado en la idea de castigo o retribución, para optar por una visión que pone de presente que para la sociedad no solo tiene valor el castigo del responsable, sino que puede ser de mayor valía la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario que resultan afectadas con el delito. Así el centro de gravedad del derecho penal ya no lo constituiría el acto delictivo y el infractor sino que involucraría una especial consideración a la víctima y al daño que le fue inferido"

"Conforme a este modelo, la respuesta al fenómeno de la criminalidad debe diversificar las finalidades del sistema. Debe estar orientada a la satisfacción de los intereses de las víctimas (reconocer su sufrimiento, repararle el daño inferido, y restaurarle en su dignidad), al restablecimiento de la paz social, y a la reincorporación del infractor a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales quebrantados por el delito, replanteado el concepto de castigo retributivo que resulta insuficiente para el restablecimiento de la convivencia pacífica"

"El modelo de justicia restaurativa parte de la premisa de que el delito perjudica a las personas y las relaciones y que el logro de la justicia demanda el mayor grado de subsanación posible del daño. Su enfoque, es cooperativo en la medida que genera un espacio para que los sujetos involucrados en el conflicto, se reúnan compartan sus sentimientos, y elaboren un plan de reparación del daño causado que satisfaga intereses y necesidades recíprocos"

"La relevancia que esta materia ha adquirido en los últimos tiempos, en las orientaciones político criminales, se refleja de manera significativa en Colombia, en el rango constitucional que se imprimió a la justicia restaurativa en materia penal. En efecto, el acto legislativo No 2 de 2003 (sic) explícitamente estableció que "la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa"

"En materia de regulación legal, si bien el sistema normativo Colombiano, antes de la mencionada reforma, ya contemplaba, en materia penal ciertos instrumentos que responden a la filosofía de la Justicia Restaurativa, como la conciliación preprocesal en los delitos querellables, la ley 906 de 2004 sistematiza, afianza y crea nuevos espacios para la aplicación de este esquema de justicia"

Al apreciar las posturas jurisprudenciales aludidas, cabe señalar que, la justicia restaurativa es materia de política criminal, precisa como el modelo de castigo pasa de ser retributivo a un modelo que reconstruye tejidos social entre víctima y victimario mediante un plan de reparación del acto restaurador, y la misma alta corporación, deduce que, ya el centro de gravedad no es el acto del delito en sí y el infractor sino que también involucra a la víctima y al daño inferido, pues el delito perjudica a las personas y sus relaciones, entonces, esta clase de justicia busca subsanar el daño, en un enfoque eminentemente cooperativo; ello aunado a las directrices conceptúales sobre política criminal ya referidas, dable es entender que la regulación normativa en materia de justicia restaurativa es tarea de la política de estado en materia criminal pues involucra el injusto típico, el infractor y la víctima.

2. ORIGEN Y PAPEL DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

La víctima juega papel preponderante en la génesis de la justicia restaurativa, pues, su concepto se define jurisprudencialmente "en suma, puede considerarse víctima del delito la persona que como consecuencia de él sufre perjuicios materiales, morales y/o a la vida en relación independientemente de que la conducta delictiva se haya desarrollado sobre ella, o de que sea o no el titular del bien jurídico que resultó ofendido con la conducta dañina"

No se puede concebir justicia restaurativa si no existe víctima del delito, la persona que es afectada con la conducta criminal es el epicentro de la justicia restaurativa y por ello para acreditarse : "La condición de víctima: Para acreditar la condición de víctima se requiere que haya un daño real, concreto, y específico cualquiera que sea la naturaleza de éste, que legi-

time la participación de la víctima o de los perjudicados en el proceso penal para buscar la verdad y la justicia, el cual ha de ser apreciado por las autoridades judiciales en cada caso. Demostrada la calidad de víctima, o en general que la persona ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste, está legitimado para constituirse en parte civil, y puede orientar su pretensión a obtener exclusivamente la realización de la justicia, y la búsqueda de la verdad, dejando de lado cualquier objetivo patrimonial"

Pero, no basta con acreditar su calidad, también la evolución jurisprudencial a favor de las víctimas, ha introducido facultades probatorias, "En la sentencia C-209 de 2007 , esta Corporación se pronunció sobre diversas facultades procesales de las víctimas en el proceso penal, tales como las facultades en materia probatoria; las facultades para solicitar medidas de aseguramiento y de protección; las facultades en la aplicación del principio de oportunidad; las facultades frente a la solicitud de preclusión; las facultades en la definición de la teoría del caso y en la formulación de la acusación en la etapa del juicio; las facultades de impugnación de decisiones fundamentales. Como marco para la adopción de determinaciones sobre tales materias estimó que "los derechos de la víctimas del delito a la verdad, la justicia y la reparación integral también se encuentran protegidos en el sistema penal con tendencia acusatoria instaurado por la Ley 906 de 2004, pero dicha protección no implica un traslado automático de todas las formas y esquemas de intervención en los que la víctima ejerció sus derechos en el anterior sistema procesal penal regulado por la Ley 600 de 2000, sino que el ejercicio de sus derechos deberá hacerse de manera compatible con los rasgos estructurales y las características esenciales de este nuevo sistema procesal, así como con las definiciones que el propio constituyente adoptó al respecto, v.gr, caracterizar a las víctimas como intervinientes especiales a lo largo del proceso penal, no supeditadas al fiscal, sino en los términos que autónomamente fije el legislador (artículo 250, numeral 7 C.P.)".

Sin lugar a dudas, el papel de la Justicia Restaurativa se aviene a sus fines, en procura de la verdad, la justicia y la reparación, conforme a los preceptos, valores y principios constitucionales, en búsqueda de la convivencia pacífica y el orden justo. Conocido ya, el esquema de castigo,

obliga a los estudios de política criminal examinar el comportamiento del indicado, imputado, acusado y sentenciado, en tratándose de los institutos de la Justicia Restaurativa tales como la conciliación, la mediación, el incidente de reparación de perjuicios, el periodo de suspensión a prueba derivado de un verdadero plan de restaurador, y facilitar la participación de aquellos intervinientes que resulten garantes a los intereses restauradores de la víctima del delito.

3. EL INCIDENTE DE REPARACION INTEGRAL SU ANALISIS Y POSIBLES REFORMAS.

La ley 906 de 2004 en su articulo 102 y siguientes regula el Incidente de Reparación Integral, este instituto procesal, es quizás uno de los más importantes logros de la justicia restaurativa al interior del sistema de partes, si bien cierto, su implementación material ha tenido algunos obstáculos ya superados legalmente con relación al proferimiento del fallo condenatorio, conforme la ley 1385 de 2010, una vez ejecutoriado se puede dar inicio a este trámite.

Importantes reflexiones debe suscitar algunos institutos que por su condición de garantes deben estar a favor de las victimas del proceso penal, ello conlleva a respetar el debido proceso y vinculación del tercero civilmente responsable con igual facultades probatorias y participación en las audiencias de conciliación previas, incluso, hacer parte en la desarrollo de este mini proceso al llamado en garantía y no sólo para la audiencia de conciliación sino también para que se haga parte en la actuación procesal.

El incidente de reparación integral no puede convertirse en simple trámite de ley, tiene que cumplir con sus finalidades constitucionales y legales, como institución de la justicia restaurativa, conforme a los postulados de verdad, justicia y reparación, y dada que su escasa regulación normativa no contempla los múltiples problemas que se puede presentar debe siquiera examinarse las probables propuestas para fortalecer tal mecanismo restaurador incluyendo acciones de no repetición.

4. PROPUESTAS:

1. Otorgar facultades probatorias al Fiscal en el Incidente de Reparación Integral, cuando la víctima no esté debidamente asistida, en el caso concreto de los menores. Realmente, en la mayoría de las veces no hay un representante de la víctima y si bien se pudiera pensar que la defensoría del pueblo pudiese suplir tal representación, la misma no debe ser la llamada por su naturaleza en el sistema acusatorio a realizar esta actividad, y menos con estudiantes de consultorios jurídicos. Recuerde que, la fiscalía en casos como el de los menores tiene un cuerpo técnico de la policía judicial de profesionales que pueden en un momento determinado lograr demostrar la existencia del daño material y moral el cual se exige su demostración en el debate probatorio del incidente. Ello conforme al numeral 7 del artículo 250 de C.P.

2. Las pruebas practicas en el juicio oral y demuestren la existencia de perjuicios materiales y morales, deben tenerse en cuenta como material probatorio, en el incidente de reparación integral en el debate probatorio. Suele suceder a título de ejemplo que el testigo que declaró sobre perjuicios haya fallecido, o se encuentre fuera del país, etc... En ocasiones resulta difícil volver a recaudar ese material probatorio., y por el solo hecho de no demostrarse los perjuicios materiales el juez está en la obligación de no concederlos.

3. Es necesario implementar el incidente de reparación integral en forma oficiosa cuando la victima es menor de edad y no hay quien reclame perjuicios o en su defecto cuando el representante guarda silencio o desiste. A menos que demuestre que inició la acción civil. Ello en procura de los derechos fundamentales que le asisten a los menores pues sus intereses son prevalentes de carácter constitucional.

4. Así como el tercero civilmente responsable y el llamado en garantía – asegurador- deben hacerse presente en el Incidente de Reparación Integral. Ahora, con la postura jurisprudencial del delito de homicidio con dolo eventual en tratándose que el sujeto agente quita la vida al peatón en accidente de tránsito bajo el influjo de las bebidas alcohólicas, el asegurador niega el pago de perjuicios por el dolo

eventual esta es la postura de las aseguradoras pues sostiene que el dolo los exonera de responsabilidad, y si el sentenciado no tiene otra opción de pagar perjuicios, la víctima se queda sin su resarcimiento, por ello, comporta urgencia vincular al asegurador en el incidente, pues lo más probable es que en la audiencia de conciliación no se llegue a ningún acuerdo, y es necesario que se trabe ese debate en desarrollo del incidente.

5. Examinar las facultades de orden probatorio que debe tener la víctima en desarrollo del sistema acusatorio, pues no debe temerse por vulneración al principio del debido proceso derivado de la igualdad de armas, sí la teoría del caso de la defensa es fuerte y logra ser demostrada, no hay desequilibrio. Pero al contrario, no se trata que la víctima o su representante hagan un trabajo que supla deficiencias de la fiscalía en caso de existir, se trata que si tienen capacidad demostrativa de la responsabilidad penal tengan la oportunidad de controvertir y aportar a su propia teoría del caso pues fue ella directamente y en ocasiones el sujeto pasivo de la conducta criminal.

Ponencia 12

EL RETROCESO DE LA RESOCIALIZACION Y LA CRECIENTE PREEMINENCIA DE LA CONCEPCIÓN RETRIBUTIVA DE LA PENA

Dr. Marco Antonio Rueda Soto
Magistrado Tribunal Superior de Bogotá.

El principio de resocialización es consustancial al esquema de Estado Social de Derecho implementado en la Carta Política promulgada en 1991, que además constituye la única consensuada de nuestra historia republicana; postulado de conformidad con el cual la ejecución penal debe orientarse de manera preeminente a la reinserción social del sentenciado a la vida en comunidad y, consecuentemente, a la humanización de la pena, como único medio de conciliar o armonizar dos realidades.

De una parte, la innegable esencia de la pena, en especial de la privativa de la libertad, como instrumento que afecta sin remisión a duda la dignidad humana y que no ha impedido además la criminalidad ni su creciente o continuo incremento. De la otra, la realidad no menos incontrastable de la imposibilidad de alcanzar la eliminación de los comportamientos delictivos, por lo tanto, la supresión del derecho penal, al menos no en el futuro inmediato, pues como lo recuerda ROXIN, los 3.000 años de historia humana "tienen que enseñarnos que no es posible renunciar a la protección del individuo y de la sociedad, y que esta protección, en caso necesario debe ser impuesta por la fuerza".

Esta última predicción se afianza, como lo señala también el profesor de la Universidad de Múnich, en el fracaso del experimento soviético-ruso

en la construcción de una sociedad socialista desarrollada donde la criminalidad desaparece, inclusive, de las doctrinas de corte político o religioso que propugnan por "nuevo ser humano"; como también y, desde otra perspectiva, en la suposición en el ámbito de la psicología de que la conducta contraria al ordenamiento punitivo "se ubica dentro de un espectro de formas de acción humana y por ello no puede ser extinguida" .

Así las cosas, resulta forzoso concluir, la alternativa no puede ser diversa a la de otorgarle a la resocialización una finalidad prevalente en la ejecución de la pena; propósito que en aras de su efectividad de ninguna manera puede desconectarse entonces de la humanización de esta última y que no corresponde tampoco, advertido sea, a un entendimiento actual o reciente.

Por el contrario, esta tendencia se inicia al finalizar la Segunda Guerra Mundial, momento a partir del cual, como lo reseña CRUZ UCETA , se acrecienta en el ámbito internacional, especialmente en Europa, la voluntad política de introducir reformas sustanciales a los regímenes y sistemas penitenciarios; modificaciones orientadas a humanizar la ejecución de la pena privativa de la libertad al superarse la comprensión tradicional de que el delincuente es una persona peligrosa que debe ser retirada de la vida en comunidad.

En esta nueva concepción se afirmó además que la represión punitiva no podía tener sólo los objetivos tradicionales de disuasión y de protección social para acogerse desde entonces el criterio basado en la necesidad de considerar al infractor de la ley penal como un ser humano titular de derechos y obligaciones, respecto de quien se debe propugnar entonces por su reintegro a la sociedad.

A esta nueva orientación obedeció, en primer término, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, suscrito el 4 de noviembre de 1950 en el marco de la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Este instrumento en su artículo 3 proscribió todo trato inhumano o degradante; y, más importante aún en punto a la resocialización, en el artículo 4-3 previó que no se consideraría como trabajo forzado u obli-

gatorio el "exigido normalmente" a una persona privada de la libertad o durante la libertad condicional.

De igual modo, el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en Ginebra, Suiza, en 1955, que condujo a la adopción de Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; normas aprobadas después por el Consejo Económico y Social en las Resoluciones 663C (XXIV) de julio 31 de 1957 y 2076 (LXII) de mayo 13 de 1977, concernientes entre otras temáticas a la separación de los detenidos según las distintas categorías, a las condiciones de las instalaciones físicas, a la higiene personal, a la alimentación, a los servicios médicos, a la provisión de ropas y camas, a los ejercicios físicos, a la disciplina y sanciones, así como a la información y al derecho de queja, al empleo de medios de coerción y a las posibilidades de contacto con el mundo exterior.

Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); y en el ámbito regional, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (1969), al igual que la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1987); instrumentos internacionales referidos a la consagración y protección de los derechos humanos e integrados en nuestro ordenamiento jurídico al bloque de constitucionalidad de conformidad con las previsiones del artículo 93 de la Carta Política.

Con posterioridad fueron signados otros instrumentos que afianzaron los estándares mínimos del trato y tratamiento de los internos, en concreto, el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, de las Naciones Unidas de fecha diciembre 9 de 1988, y los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos de la Naciones Unidas, signados en diciembre 14 de 1990, que junto con Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos constituyen normas de soft law, es decir, disposiciones flexibles adoptadas en el marco de organizaciones internacionales, que más que obligaciones están erigidas en parámetros o directrices de comportamiento dirigidas a los Estados como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia T-317 de 2006 .

En este sentido el precedente en cita recuerda además que el Comité de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el caso de Mukong contra Camerún 1994 sentó la doctrina de que "cualquiera que sea el nivel de desarrollo del Estado Parte de que se trate", deben observarse ciertas condiciones mínimas durante la privación de la libertad, con explícita alusión en esta temática a las contenidas en los numerales 10, 12, 17, 19 y 20 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, "que establecen, en su orden, (i) el derecho de los reclusos a ser ubicados en locales higiénicos y dignos, (ii) el derecho de los reclusos a contar con instalaciones sanitarias adecuadas a sus necesidades y al decoro mínimo propio de su dignidad humana, (iii) el derecho de los reclusos a recibir ropa digna para su vestido personal, (iv) el derecho de los reclusos a tener una cama individual con su ropa de cama correspondiente en condiciones higiénicas, y (v) el derecho de los reclusos a contar con alimentación y agua potable suficientes y adecuadas".

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos añadió a la anterior enumeración las reglas 11, 15, 21, 24, 25, 31, 40 y 41 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas , referidas (i) a la adecuada iluminación y ventilación del sitio de reclusión, (ii) a la provisión de los implementos necesarios para el debido aseo personal de los presos, (iii) al derecho de los reclusos a practicar, cuando ello sea posible, a un ejercicio diariamente al aire libre, (iv) al derecho de los reclusos a ser examinados por médicos a su ingreso al establecimiento y cuando así se requiera, (v) al derecho de los reclusos a recibir atención médica constante y diligente, (vi) a la prohibición de las penas corporales y demás penas crueles, inhumanas o degradantes, (vii) al derecho de los reclusos a acceder a material de lectura, y finalmente, (viii) a los derechos religiosos de los reclusos.

En resumen, estas regulaciones en el ámbito del derecho internacional público reflejan entonces una constante tendencia, esto es, en el sentido de que así como fueron suscritas en las últimas décadas declaraciones y convenios internacionales sobre los derechos mínimos de la mujer, de los niños, de los ancianos y otros grupos de población vulnerable, igual aconteció con los reclusos, de quienes es predicable esa misma condición ante la relación de especial sujeción inherente a su concreta situación jurídica; instrumentos internacionales orientados a concretar los

derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, como también, primordialmente, a consolidar la titularidad de los mismos y a delimitar un ámbito en el que resulta legítima o justificada su restricción, que de ninguna manera puede depender de la conducta infractora de la ley penal, es decir, de la gravedad de aquélla por razón de la cual la persona ha sido privada de la libertad, menos aún, del nivel de desarrollo socioeconómico del respectivo Estado .

La orientación reseñada comporta además y desde otra perspectiva que las sanciones penales y la función judicial encargada del control o la vigilancia de aquéllas, como también, primordialmente, la normatividad en la materia, en conjunto, deben propugnar por la integración del condenado a la vida social con posibilidad reales de acceso a los diferentes ámbitos de ésta: educativo, laboral, deporte, salud, recreación, entre otros; esto es, en términos de GARCÍA TORRRES, "convertirlo en un elemento útil a sí mismo y a la comunidad y en condiciones de ofrecer a ésta beneficios positivos de recompensa" .

Desde luego, la consecución de este propósito implica procurar que el sentenciado interiorice la necesidad de respetar los intereses jurídicos socialmente prevalentes; pero además, que ello se refleje o exteriorice en la observancia de un comportamiento futuro ajustado a las normas reguladoras de la convivencia pacífica. En síntesis, que se abstenga de infringir de nuevo el estatuto punitivo en aras de la efectividad de los derechos fundamentales y de la vigencia de un orden justo, erigidos en fines esenciales del Estado al tenor del artículo 2 de la Carta Política.

Ahora bien, en relación con este contenido y alcance del principio de resocialización no existe sin embargo una pacífica aceptación. Por el contrario, como lo reseñan MÁRQUEZ y BENAVIDES tratándose de la controversia propiciada en España, que igualmente puede plantearse en nuestro medio, bien podría atestarse entonces que si el tratamiento penitenciario está orientado "a obtener la adaptación del individuo a la sociedad concreta en la que se halla…esto supondría admitir que el derecho puede alcanzar un fin ético, esto es, moldear a los miembros de la sociedad conforme a los valores dominantes" , lo que resultaría en principio objetable desde la óptica de los derechos y las libertades públicas,

en lo específico, tratándose de los derechos fundamentales a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad.

Esta crítica, conviene indicar para un planeamiento completo de los dos extremos de la discusión jurídica generada, es rechazada por quienes aducen con toda razón que la resocialización propende sólo por "la atenuación de los efectos negativos de la pena de prisión, pues el propósito…constitucional 'no es otro que dar entrada a un principio de humanización que proscribe la imposición de sanciones inútiles, inspiradas en un simple fin de castigo" , máxime ante el entendimiento generalizada de que la reclusión no tiene la capacidad para modificar la conducta del interno.

Adicionalmente, restaría señalar con idéntica orientación argumentativa, a través de la resocialización y, consecuentemente, de la humanización de la pena privativa de la libertad de modo alguno se pretende la intromisión en ámbitos meta o extra jurídicos, como los de la moral o de los principios religiosos, respectivamente. Por el contrario, la aspiración se reduce simple y llanamente a que a partir de los principios, valores y derechos consagrados en el ordenamiento jurídico el condenado atienda u observe los deberes jurídicos respecto de los cuales ante su inobservancia o infracción están previstas las sanciones penales.
Ahora bien, esos cuestionamientos se acrecientan aún más tratándose del derecho fundamental al trabajo, vinculado sin duda a la función de resocialización, en concreto, como medio terapéutico adecuado para la consecución de los fines de la misma como lo prevén los artículos 10 y 79 de la ley 65 de 1993, a tal punto, incluso, que en el artículo 82 ibídem se le atribuye entidad para generar redención de la pena y, consecuentemente, para modificar las condiciones cuantitativas del cumplimiento de la misma; actividades respecto de las cuales se dispone el carácter obligatorio para los condenados y, además, en la segunda norma citada, que no tiene connotación aflictiva ni puede aplicarse como sanción disciplinaria.

Además, en este mismo entendimiento el artículo 8 de los Principios Básicos para el Tratamiento de Reclusos, adoptados y proclamados por la Asamblea General de las Nacional Unidad el 14 de diciembre de 1990, prevé a su vez que deben crearse las condiciones que permitan a los reclusos realizar actividades laborales remuneradas y útiles para propi-

ciar la reinserción en el mercado laboral y contribuir de ese modo al sustento económico propio y del correspondiente núcleo familiar.

De otra parte, en términos de la jurisprudencia constitucional y tratándose de las personas privadas de la libertad el derecho al trabajo integra el núcleo esencial del derecho a la libertad, porque si la aspiración del recluso es recobrarla, uno de los medios para materializarla es precisamente el trabajo, que por virtud de las disposiciones legales redime en parte la pena y, así las cosas, las "oportunidades de trabajo y las garantías para el goce permanente de este derecho en las cárceles posibilitan al recluso alimentar su esperanza de libertad mediante un esfuerzo resocializador que dignifica su existencia".

Este desarrollo normativo del derecho al trabajo en el caso de los internos no ha sido ajeno a severas críticas, en concreto, por fundamentarse en el denominado "principio de obediencia", respecto del cual se colige, por tanto, que está en abierta contradicción con los derechos a la autonomía de la voluntad y de autodeterminación, pues en la normatividad penitenciaria se le asigna el carácter de obligatorio para los condenados con un componente de castigo de trasfondo y a pesar de que la sentencia no puede ordenar tal medida.

No obstante, tales objeciones al igual que las formuladas al principio de resocialización carecen de fundamento. En primer término, porque el código penitenciario y carcelario no contempla sanciones disciplinarias para el recluso que se sustrae a la obligación de trabajar. En segundo lugar, porque los instrumentos internacionales incorporados al bloque de constitucionalidad por virtud del artículo 93 de la Carta Política despojan del carácter sancionatorio al exigido "normalmente de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente" - 6, numeral 3º, literal a), de la Convención Americana de Derechos Humanos -"Pacto de San José de Costa Rica"-, aprobada mediante Ley 16 de 1972- .

De todas maneras, convendría replicar a la crítica reseñada, la Corte Constitucional tiene discernido que "no resulta posible conminar a los reclusos a realizar determinadas actividades dentro del penal, sino estimularlos

para que las realicen". En este orden de ideas, entonces, "el acceso de las personas condenadas a penas privativas de la libertad a actividades de resocialización tiene un doble carácter, de una parte, se concibe como un mecanismo diseñado por el Estado para hacer realidad los fines de la pena sin desconocer la dignidad humana… y, de otra, se presenta como un derecho subjetivo que las personas privadas de la libertad pueden ejercer o dejar de hacerlo", de manera que podrían prescindir de tales mecanismos "sin hacerse acreedores a sanción alguna" .

Pero al margen de estas discrepancias doctrinales cuya profundización escapa al objeto de estas breves reflexiones, para los actuales fines interesa destacar en cambio que en nuestro ordenamiento jurídico al igual que en el español como lo plantean los autores antes citados , resulta inequívoco que el legislador en el artículo 10 de la ley 65 de 1993 le asignó al principio de resocialización la connotación de readaptación del condenado a la vida en comunidad; norma armonizada además con los artículos 142 y 143 ibídem, a través de los cuales se procura ese propósito, en teoría por lo menos, pues la realidad parece que le es distante la verdad sea dicha, "mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario".

Por otra parte y en orden a materializar también ese contenido del postulado, el código penitenciario y carcelario implica, entre otras aristas, que en el cumplimiento de las sanciones debe permitirse y propiciarse la interacción del interno con el núcleo familiar para afianzar de esta manera sus nexos con la comunidad como lo prevé también el artículo 151 de la ley 65 de 1993, al disponer entonces que a las autoridades penitenciarias les corresponde adelantar los programas de servicio social orientados, entre otras finalidades, a facilitar las relaciones del condenado con los integrantes del núcleo familiar, en síntesis, ofrecer oportunidades para la reinserción.

No obstante, este principio de resocialización ha retrocedido en los últimos lustros en beneficio de una concepción puramente retributiva de las sanciones penales que obedece o responde a movimientos coyunturales de sensibilidad de la opinión pública frente a determinadas conductas punibles para las cuales el colectivo en buena medida determi-

nado por los medios masivos de comunicación social reclama una mayor severidad en su represión.

Esta tendencia se refleja, en cuanto interesa destacar para los actuales fines, en la prohibición de conceder beneficios jurídicos y administrativos en la ejecución de la pena, que en términos de la Corte Constitucional consisten en una "serie de mecanismos de política criminal del Estado" inherentes "a la ejecución individual de la condena", que comportan "una disminución de las cargas que deben soportar" los sentenciados y, "en algunos casos, pueden implicar la reducción del tiempo de privación efectiva de la libertad…o una modificación en las condiciones de ejecución" .

A este alcance criticado obedecen entonces las restricciones introducidas en el artículo 26 de la ley 1121 de 2006, tratándose de los delitos de terrorismo, financiación del terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conductas punibles conexas. De igual modo, en el artículo 199 de la ley 1098 de 2006 respecto de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro de los que sean víctimas los niños, niñas y adolescentes; así mismo, en fecha más reciente, en el artículo 32 de la ley 1142 de 2007, para quienes registren antecedente por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco años anteriores.

Estas prohibiciones que contrarían el principio de resocialización de ninguna manera son novedosas en nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, disposiciones de similar contenido se previeron en su momento en los artículos 45, inciso 2, del decreto 180 de 1988, 15 de la ley 40 de 1993 y 11 de la ley 733 de 2002; normas que la Corte Constitucional encontró ajustadas a la Carta Política en la comprensión, como lo sostuvo en relación con la última mencionada, de que guardan "estrecha relación con la duración de la pena privativa de la libertad y, de ningún modo, con las garantías procesales que le permiten al sindicado intervenir en la actuación judicial y ejercer plenamente su derecho a la defensa", como también, en que tienen el propósito de "evitar que resulte nugatorio, desproporcionado o irrisorio, el reproche social impuesto para los delitos más graves" , pero sin tomar en consideración el principio de resocialización y, menos aún, la estrecha relación de este último con los fines esenciales del Estado.

Estas disposiciones sin duda de carácter restrictivo se suceden además en nuestro ordenamiento jurídico de manera cíclica sin que correspondan a una política criminal seria, definida y coherente, a tal punto, incluso, que tratándose de penas privativas de la libertad de larga duración han sido subrogadas en forma tácita a través de normas sustanciales que no han reproducido esas prohibiciones y respecto de la cuales por virtud del principio de favorabilidad, en últimas no han cobijado siquiera a las conductas punibles cometidas durante su existencia jurídica. Así sucedió, afirmado sea por vía puramente ejemplificativa, tratándose de la ley 733 de 2002 frente a las regulaciones posteriores contenidas en la ley 890 de 2004, como lo precisó en su momento la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

La referida orientación sólo ha conducido a la congestión del sistema de justicia penal y al hacinamiento carcelario, esto es, a impedir la superación de la sistemática violación de los derechos fundamentales de los reclusos que determinó la declaratoria de una situación de cosas inconstitucionales. En otros términos, pierde de vista que "los establecimientos penales no son ni siquiera cercanamente suficientes para ello, así como tampoco lo son los recursos financieros necesarios para una ejecución penal humanitaria" , motivos por los cuales la tendencia actual en el desarrollo político criminal, al menos en Europa, es el retroceso de la pena privativa de la libertad para privilegiar otra variedad de reacciones a la conducta punible, una de ellas, la prisión domiciliaria como forma atenuada de aquella y facilitada en su control ante los modernos sistemas electrónicos de seguridad .

Adicionalmente, la orientación criticada también desconoce que la materialización del principio de resocialización permite la reincorporación progresiva del recluso a la sociedad a la vez que contribuye a la humanización y dignificación de la pena, por tanto, a la reconstrucción del tejido social; y, más aún, que al extenderse la prohibición a las rebajas compensatorias a la terminación anticipada del proceso sacrifica las propuestas de una justicia reparadora que en el plano teórico se plantea como una alternativa válida a la retribución en la comprensión de que el conflicto penal es en buena medida y no pocas veces incluso fundamentalmente con la víctima, a quien en el restablecimiento de la paz social debe conferírsele un especial protagonismo.

VI Conversatorio Nacional de la Rama Judicial sobre el Sistema Penal Acusatorio:

La Política Criminal del Estado Colombiano

Medellín 17,18 y 19 de marzo de 2011

RELATORÍAS

Relatoría 1

MESA 1: DERECHOS FUNDAMENTALES Y RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD

Relatora: Dra. Bleider Castillo
Jueza Penal Municipal De Monteria.

Tema: Estudio y comentarios al proyecto de ley 164 de 2010 " Reforma al Código Penal de Procedimiento Penal – Código de la Infancia y Adolescencia Reglas sobre extinción de Dominio y Ciertas Disposiciones"

La Mesa haciendo eco a que vamos a dialogar sobre la justicia penal, en especial sobre la situación actual del país, en la que la violencia y el delito ha estado en constante ascenso, y donde en aras de contrarrestar este alto índice de delincuencia que muestran las estadísticas, se considera varios a crear los mecanismos necesarios que logren ese cometido, así entonces.

Se discutió que en las políticas del estado se considera que para nivelar el índice de violencia se consigue aumentando las penas, creando conductas penales e involucrando a todos los ciudadanos en este conflicto, pero involucrándolos en disfavor, ya que en vez de buscar otras alternativas y no el derecho penal como ultima ratio.

Se hablo de que frente a la política criminal hay un verdadero tema el cual es la impunidad. Hay un especial sector que quiere sentir soluciones no penales, ya que su problemática va más allá, pues el estado no se ha

dado cuenta que tratándose de los delitos como la inasistencia alimentaría y la violencia intrafamiliar, uno de los grandes factores que influyen en su producción es la precaria situación económica en la que se ven inmersos los ciudadanos del común pues a penas si alcanza a ganarse un salario mínimo, en el mejor de los casos.

El Estado, como se discutió en la mesa enmarca situaciones delictivas con sonados casos. De ahí que bajo un nombre dado categóricamente, se le dio vida a una norma que ya esta en nuestro ordenamiento, no se permiten beneficios en la conducta penal de delitos sexuales, pero ello no ha permitido demostrar que el delito en sí haya disminuido; que unas conductas graves tengan más beneficios o que no haya habido un criterio de razonabilidad efectiva que se convierta en una verdadera política criminal, ya que frente a todo ello lo que necesitamos es más tecnología, más fiscales, más jueces, más policía judicial, pero en el orden en que frente al ordenamiento penal garantista y respetuoso de los derechos fundamentales, libertades y garantías constitucionales, exista una verdadera, fundamentada y eficiente persecución del delito.

El problema jurídico planteado es ¿el Proyecto de ley 164 de 2010, se compagina con una verdadera política criminal que haya atendido a estudios serios en materia sociológica, sicológica, económica y política para ello?

Rta: La mesa fue unánime en afirmar, y luego de las discusiones presentadas que este proyecto no responde a ningún estudio serio que muestre la necesidad de reformar los códigos penal y de procedimiento penal, en especial porque muchas de sus reformas atentan contra Derechos Fundamentales tales como la presunción de inocencia, Derecho a la Libertad e inmediatez.

Para llegar al lo anterior se esbozaron las siguientes tesis:

1. En cuanto a la restricción de la libertad; encontramos que la reforma introduce dos nuevas circunstancias de la situación de flagrancia. Sorprendimiento e individualización a través de grabación de un dispositivo de video y la aprehensión después y el sorprendimiento

en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito.

Aquí se observa que el concepto de flagrancia, para el enunciado del numeral cinco no obedece al naturaleza de la misma y que en reiterados pronunciamientos nos ha marcado la jurisprudencia, en especial las decisiones de la Corte Suprema de Justicia radicados: 25136/ de noviembre del 2006- 27707/de 2007 y 30158/2009 consideran que el medio tecnológico es otra circunstancia flagrante, no es así, ya que ese numeral converge en los tres primeros numerales del articulo 301.

Suerte que en esta audiencia debe necesariamente introducirse en debida forma, pues llega a confundir los hechos con la prueba de los mismos y de ahí que debe establecerse su idoneidad a través de la cadena de custodia, peritos, etc., por lo tanto debe sufrir la contradicción respectiva que en momento dado alegue la defensa y convertiríamos una audiencia tan sencilla en un apocalíptico juicio.

Frente a lo anterior surge una postura diversa en que debemos estar acorde con el avance tecnológico, lo cual no va en contra vía con la realidad social del país, así que se debe ampliar ese concepto de flagrancia, ya sea incluyendo como otro aspecto o forma de sorprendimiento pues el que tenemos es visual, así la grabación en un medio tecnológico debe estar incluida, y frente a ese numeral quinto se señaló unánimemente. Que al igual que se rompe con la naturaleza de la flagrancia, nos encontramos con un problema de responsabilidad penal, pues la discusión siempre se va a centrar en que si el sujeto tenía o no conocimiento de la conducta punible, ello entonces le genera más dificultad a los medios con que cuenta la policía judicial para enfocar este concepto de responsabilidad y no de la tipicidad.

2. En cuanto a la medida de aseguramiento, el artículo 306 sufre una reforma al incluir a la victima o su apoderado para solicitar la imposición de la medida en los eventos en que no sea solicitada por la fiscalía o no haya sido impuesta.

Aquí la mesa sostiene que se desvirtúa la naturaleza de la figura que legal y jurisprudencialmente se le ha dado a la víctima, ella no es parte, es sujeto interviniente, especial, el cual no tiene la facultad de imputar el delito entonces bajo que criterios jurídicos desplaza a la fiscalía que tiene la función constitucional desarrollada en el articulo 250 esto es adelantar el ejercicio de la acción y solicitar las medidas que aseguren la comparecencia del imputado al proceso la conservación de la prueba y la profesión de la comunidad y de las víctimas, así le agregamos una carga a este sujeto, de un lado buscar un abogado, que entra a desplazar en esta sede al que tiene la facultad constitucional de asegurar su protección; también desplaza la misma facultad que tiene la fiscalía en ese ejercicio de solicitar la medida, no encontramos bajo que argumentos ¬¬¬esto sea posible (recuérdese que la medida se dicta cumpliendo dos requisitos articulo 308 elementos objetivos y subjetivos-fines de la medida).

Amen de todo ello, ya la defensa se encuentre en desigualdad, quien se venia enfrentando a un sujeto adversarial determinado y del que se habla desde el acto legislativo, se le incluye uno nuevo, por lo que no hay igualdad de armas, es un enfrentamiento disparejo.

3. Captura públicamente requerida.

La mesa considera que introducir la facultad de que el particular pueda aprehender a quien tenga una captura públicamente requerida, es atentatorio al principio de presunción de inocencia y dignidad humana, el estado està renunciando a la persecución del delito y obligando por así decirlo a que se desvíe de sus derechos, preparados para capturar; amen de ello la misma situación económica y logística conlleva al desvío de un poder entregado a los particulares.

En conclusión la mesa considera improcedente, inconveniente y que no guarda con una estrecha y formal investigación de que no ha sido originaria de una verdadera política criminal.

Relatoría 2

MESA 2: POLITICA CRIMINAL Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

*Relator***:** *Dra. Mireya González Preciado*
Jueza 7 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

1. Tratándose de un tema transversal se considero al interior de la mesa de trabajo, la incidencia de la política criminal de cara a la aplicación del principio de oportunidad y el uso de preacuerdos y negociaciones vistos desde su condición de institutos procesales, quiérase que no, impactados por la no fijación concreta de una política que los irradie y optimice su uso.

2. Se concluyo sobre la poca implementación del principio de oportunidad como excepción al de legalidad y de obligatoriedad de la fiscalía, que al interior del sistema genera consecuencias que apuntan a la congestión judicial, cuando quiera que el restringido uso de aquél, no cumple con la función de filtro para que solo el grueso de las conductas delictivas con trascendencia sean avocadas en juicio.

3. Se puntualizo sobre la necesidad de modificar el contenido de las resoluciones 6657 y 03884 emitidas por la Fiscalía General de la Nación, mismas que regulan el tramite interno para la aplicación del principio de oportunidad, en aras ha evitar un proceso de gestión dispendioso y que suma en forma indebida a la expectativa procesal en conjunto.

4. Se detectaron y evidenciaron problemas de índole procesal que impiden la dinámica normal de las actuaciones y avocan a los jueces

a dejarlas en suspenso en tanto se consolida la viabilidad del trámite del principio al interior de la propia fiscalía, e imponen a los Fiscales un tramite forzoso para la formulación de acusación, aún y con la expectativa de la aplicación del principio de oportunidad.

5. Se analizaron las consecuencias penales y disciplinarias que para el fiscal de conocimiento comporta el vencimiento de términos, si es que no se presenta la acusación formalmente acorde con los términos del articulo 294 de la ley 906 de 2004, obligándose entonces a un inicio de juicio en el que quizás lo más lejano es el nivel de conocimiento próximo a la probabilidad de verdad que exige ese acto procesal, cuando se supone la fiscalía dejara decaer el interés para la persecución penal por aplicación del artículo 321 y 324 de la ley 906 de 2004 modificado este último por la ley 1312 de 2009, eso sin dejar de mencionar que ante la eventual aplicación del principio de oportunidad, deja transcurrir el tiempo sin desarrollo investigativo.

6. Se solicita que la fijación de la política criminal déjese de ser un tema vedado para quienes en su rol de juez o fiscal deben aplicarla, si justamente es la que informa y nutre las causales para aplicación del principio de oportunidad que además se espera sean desarrolladas de manera clara y concreta con la carga argumentativa debida por el Fiscal que lo pretende.

7. Se estableció y ratifico la poca utilización de uno de los mecanismos político criminales más importantes del sistema de investigación y juzgamiento de tendencia acusatoria: el principio de oportunidad, con un escaso 3%, que no se corresponde, hoy por hoy, a una consecuencia de la implementación gradual del sistema, como quiera que este culmino en el año 2008, sino a su no conocimiento real .Existen distritos judiciales donde solo se ha dado aplicación a uno, en los cinco años de vigencia del sistema.

8. Se estableció la necesidad de capacitación interinstitucional para que los jueces y fiscales apliquen el principio de oportunidad frente al que se muestran indiferentes justamente por el poco desarrollo y conocimiento que se tiene de él.

9. Se destacó la falta de claras directrices de política criminal, que hacen dispendioso y a veces inviable la aplicación del principio de oportunidad, básicamente limitado en los cinco años de desarrollo, a la solicitud de aplicación de la causal numero 1, artículo 324 modificado por la ley 1312 de 2009 cuando quiera que esta comporta un requisito eminentemente objetivo que es el que finalmente se desarrolla y muy levemente el subjetivo que justamente no logra comprenderse por quienes actúan en el sistema, por ausencia de la política criminal

10. Se socializo y hubo consenso frente a la necesidad de implementar un proceso de gestión y flujo administrativo para la aplicación del principio de oportunidad al interior de la Fiscalía.

11. Se estableció que la concepción normativo-procesal acerca de la competencia para aplicar el principio de oportunidad restringe las facultades del fiscal de conocimiento a un rango minoritario de delitos (penas más máximas que no excedan de 6 años).

12. Se estableció que la definición legal de algunas causales dificultan su aplicación. La mesa de trabajo se ocupó, en particular de la causal 7ª del artículo 324 de la ley 906 de 2004, referida a la justicia restaurativa y la necesidad de distinguir las diferentes formas de aplicación del principio y los mecanismos de indemnización.

13. Se detecto que la aplicación del principio de oportunidad de cara a la jurisdicción de menores debe ser normada de manera específica para la infancia y la adolescencia, cuando quiera que no pocas de las causales que establece el artículo 324 resultan inaplicables en la jurisdicción especializada.

14. Se conoció que aun no logran escindirse con claridad la naturaleza distinta de las diferentes formas de la aplicación del principio, esto es suspensión, interrupción y renuncia llegando incluso a confundirse la primera de las mencionadas con el contenido del artículo 325 propiamente tal.

15. Frente los mecanismos de terminación de naturaleza premial tales como los preacuerdos y negociaciones se puntualizó sobre la necesidad de definir criterios concretos para los parámetros de negociación de la Fiscalía, cuando quiera que la existencia de la única resolución que de ello se ocupa, la 001 de septiembre 28 de 2006 parece no irradiar con suficiencia los diferentes ámbitos de competencia de los fiscales que en no pocas ocasiones provocan decisiones judiciales distintas en lo que tiene que ver con el quantum punitivo, aún estando frente a factos idénticos.

16. A consecuencia de resultados judiciales distintos para situaciones fácticas iguales sometidas al sistema como preacuerdos o negociaciones se advierte la perdida de legitimidad del sistema e incluso la falta de seguridad jurídica del mismo.

Relatoría 3

MESA 3: JUSTICIA RESTAURATIVA

Sergio León Martínez.
Juez 41 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.

Tema: Justicia Restaurativa y Política Criminal –En el incidente de reparación integral–

Problemas Jurídicos.
¿Se tramita el incidente de reparación integral en forma oficiosa cuando el representante legal del menor víctima del delito desiste del trámite incidental?
Respuesta: Si.

Tesis:
El incidente de reparación integral debe tramitarse de oficio por disposición del artículo 197 de la ley 1098, además, por virtud de la jurisprudencia penal sobre esta materia. Así, cambia el modelo procesal del incidente a un sistema mixto acusatorio e inquisitivo.

Argumento
La carta política en su artículo 44 de la constitución política y la ley de infancia y adolescencia la ley 1098 de 2006, contienen como principio fundamental, el interés prevalente del menor. De esta forma, el Estado Colombiano no sólo por virtud de la constitución y la ley, sino también,

al acoger por bloque de constitucionalidad y los tratados internacionales sobre el menor, el Juez tiene la obligación deber de propender por la reparación integral del menores víctimas derivadas del conflicto por sufrir el daño derivado de la conducta penal, y, garantizar el acceso del menor a que se imparta justicia restaurativa, no únicamente por la compensación económica sino la imposición de otras medidas de restauración, y solo el acto dispositivo del representante de la víctima no se pondera superior a los derechos del menor.

Problema Jurídico
¿Las pruebas presentadas en el juicio y que demuestran el daño de la víctima, pueden trasladarse al trámite del incidente de reparación integral?
Respuesta Sí

Tesis
Estas pruebas son legítimas y válidamente practicadas en el juicio, obedeciendo a los principios fundamentales de la prueba como la oralidad, la publicidad, que fueron objeto de contradicción, así como se preservó en ellas los principio de inmediación. Además que por economía procesal no hay lugar que se repita para probar el mismo hecho que ya está establecido, en desarrollo del principio de la comunidad probatoria.

Argumento
Si bien es cierto que, al estar ubicado el incidente de reparación integral en la ley 906 de 2004, en sus artículos 102 y siguientes, el sistema procesal debe seguir los principios del sistema acusatorio, pero, en virtud del principio economía procesal, no tiene fundamento alguno repetir medio de prueba debidamente concentrado en el juicio, y que corrobore la existencia del daño, demuestre la calidad de víctima, entre otras, luego debe tener la vocación de permanencia para tenerse en cuenta al momento de fallar el incidente de reparación integral. Al igual no debe excluirse este criterio en tratándose de la víctima en general.

Problema
¿El juez en forma oficiosa debe llamar a los terceros en procura de restablecer los derechos del menor, cuando éste está en calidad de víctima?
Respuesta sí

Tesis
En virtud de los principios de verdad, justicia y reparación, así mismo que, cuando el menor no tiene la representación frente al decaimiento del interés del representante del menor de edad, está en la obligación deber a llamar a quien pueda resarcir sus derechos.

Argumento
El juez de conocimiento debe propender por todas las opciones posibles para el restablecimiento de los derechos del menor, se insiste, la custodia del tercero civilmente responsable, el asegurador, entre otros, deben ser llamados oficiosamente por el juez en procura de establecer no únicamente la responsabilidad civil derivada del delito, en desarrollo entre otros del principio de la solidaridad o incluso en extenso examinar los nuevos criterios de equidad para definir el daño y perjuicios que aplica la corte interamericana de los derechos humanos en sus decisiones.

CONCLUSIONES:

1. La justicia restaurativa es producto de la política de Estado y la política criminal, a favor de las víctimas en cumplimiento del tratado a la victima en el derecho supra constitucional, constitucional y legal.

2. La verdad, la justicia, la reparación integral, las acciones de no repetición, el perdón, las medidas simbólicas, tanto el daño individual y el daño colectivo, no sólo debe aplicarse en la justicia de transición, también, previo examen en cada caso en particular debe aplicarlo el juez penal de la justicia ordinaria. Del mismo modo, en institutos de preacuerdos, principio de oportunidad exigir en el mismo, medidas de reparación ejemplo tal como el perdón.

3. Fortalecer, el incidente de reparación integral con reformas legislativas, en virtud de delitos como la desaparición forzada, el incidente de reparación debe tener en cuenta los postulados jurisprudenciales y legales de la justicia de transición en materia de reparación, pues recordemos que esta justicia especial la de justicia y paz es transitoria.

4. El diálogo de la jurisdicción penal, civil, contencioso administrativo en virtud de la justicia restaurativa, teniendo en cuenta la integración deben resultar complementario para la aplicación de criterios, todo ello en procura de la reparación de las víctimas. No hay que apartarse que las decisiones en esta materia restaurativa desarrollan los postulados de política de Estado y política criminal del Estado.

Relatoría 4

MESA 4: RESOCIALIZACION DE LA PENA

Relatora: Dra. Martha Yenira Sánchez.
Jueza 6 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad

1. Se observó la urgente necesidad de unificar los criterios para las siguientes instituciones:

   Sobre la concesión de los permisos para trabajar, así como los que tienen que ver con el permiso de 72 horas e instituciones como el de la prisión domiciliaria. De la misma forma que se dijo que también era perentorio el unificar los criterios conceder beneficios administrativos.

   Así como unificar el sentido de las razones a tener en cuenta respecto del trabajo que realizan los penados que sean solo de 48 horas máximo, a fin de que darle la oportunidad a otros internos que accedan a dicho trabajo, para efectos de redención. Igualmente, se debe homogeneizar los referentes para tomar las decisiones que tengan que ver con Prescripción, liberación y extinción de la sanción penal.

2. La mesa, vio la necesidad de que en virtud del principio de imparcialidad, se consagre por medio de un proyecto de ley que la segunda instancia en sede de ejecución de penas sea diferente al juez fallador. .

3. En la mesa se discutió sobre los motivos de la congestión de la jurisdicción como son las peticiones temerarias de los abogados y de los internos, las visitas que deben hacer los jueces a los centros carcela-

rios „ vio la necesidad de instaurar la oralidad y para ello proceder a realizar el proyecto de ley respectivo, esto a fin de descongestionar a la jurisdicción, pues de una parte se observa el alto grado de peticiones temerarias , que al ser favorecidas por la escrituralidad, hace que los Jueces se desgasten y está visto que en un sistema oral, las partes se cuidarán mucho de hacer sus peticiones en una audiencia oral, pues ya será conocida su cara por el juez .

4. Así mismo los Jueces de ejecución de penas manifestaron su rechazo a la facultad que tiene INPEC para realizar los traslados de los internos, pues este tipo de medidas ni se le informan, ni se le consulta de manera alguna al operador judicial.

5. La mesa llegó a la conclusión que en vista de la altísima carga laboral que en este momento soportan los actuales despachos de Ejecución de penas y medidas de seguridad, era necesario el implementar más cargos de esta jurisdicción.

6. Establecer parámetros para que sean observados por los jueces de fallo y que sean extensivos a su vez para los de ejecución de penas, los efectos de establecer la pena que merece un condenado.

7. Registro de procesos con preso, se considera que por cada uno debe tenerse la ficha y asignarse para cada juez como un caso, no es lo mismo recibir un proceso con 20, 30, 40 presos, que aquel que va con uno solo.

8. En cuanto a las situaciones operativas del juez de ejecución de penas como tal se propuso que desde el Consejo Superior se elaborara un Protocolo de visitas carcelarias. Así como también crear mecanismos que hagan que los jueces de conocimiento consignen en la sentencia la información completa del procesado en sus providencias, esto en lo que tiene que ver con la individualización e identificación para efectos de la pena. Datos que deben reposar en la ficha técnica.

9. Se concluye que el Estado es impotente para ejecutar políticas de resocialización esto es visible , ya que una vez cumplen pena no todos

se alejan del delito sino continúan y se especializan. La pregunta es: ¿cuál es la resocialización que se pregona?

Se necesitan urgentes reformas.

10. La mesa hizo una diagnosis sobre el Sistema carcelario en el que están sumidos los penados en Colombia. Existe una evidente situación de indignidad. Basta con ingresar a los Centros de reclusión, en donde el propio Juez carece de las mínimas garantías en las visitas que debe realizar a los condenados, muchas veces aun a pesar de su integridad personal, dado que los ubican en sitios donde carece de protección.

    Así mismo, los Centros de reclusión están sobrepoblados; en consecuencia deben tomarse medidas para efectos de que el estado asuma y respete los derechos que le asisten a pesar de ser contraventores de la ley.

11. La mesa hizo una Propuesta en el siguiente sentido : Debe hacerse un llamado al ejecutivo para que se implementen políticas de mejoramiento para la situación carcelaria de los reclusos que sea ejecutada en forma digna justa y con apego a los derechos y garantías de los individuos.

12. Mayor difusión de la Política penitenciaria y humanización de la pena, por ello la Procuraduría General de la Nación, la Personería deben tener un papel mas activo.

13. Los jueces mostraron su preocupación por su seguridad personal y por su salud física y mental, creen necesario que se elaboren y se pongan en práctica proyectos que giren frente a esos aspectos.

Junio de 2011

CONTENIDO

1. LOS JUECES DE EJECUCIÓN DE PENAS Y SUS DILEMAS 7

2. DEBATES SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN INVESTIGACIONES POR CRÍMENES DE GENOCIDIO, LESA HUMANIDAD Y GUERRA 17

3. ANALISIS DE LA GRAVEDAD DE LA CONDUCTA EN SEDE DE EJECUCION DE PENAS 43

4. EL PESO PROBATORIO DEL DICTAMEN PERICIAL EN SEDE DE EJECUCIÓN DE PENAS 57

5. REFLEXIONES SOBRE EL PROYECTO DE CODIGO PENITENCIARIO Y CARCELARIO 77

6. EL TRATAMIENTO DE LOS INIMPUTABLES DESDE EL ÁMBITO CLÍNICO – FORENSE 91

7. PUNTOS CRITICOS EN EL ANALISIS DE LA PERICIA MEDICOLEGAL 103

8. CONSIDERACIONES SOBRE LOS BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS 119

9. EL ROL DEL JUEZ/JUEZA DE EJECUCION DE PENAS COMO PROMOTOR (A) DE LA RESOCIALIZACIÓN 137

10. LA PRESCRIPCIÓN, LIBERACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PENA. 147

11. ORALIDAD EN LA EJECUCION DE LA PENA 155

12. ¿ES PROCEDENTE LA AMORTIZACION DE LA MULTA MEDIANTE TRABAJO SOCIAL, PARA EFECTOS DE CONCEDER LA LIBERTAD CONDICIONAL? 161

13. MESA UNO: UNIFICACION DE CRITERIOS PARA CONCEDER BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS 171

14. MESA N°.2: EL ROL DEL JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD COMO PROMOTOR DE LA RESOCIALIZACIÓN 173

15. MESA NO.3 LA NECESARIA UNIFICACION DE CRITERIOS EN PRESCRIPCIÓN DE LA PENA, LA EXTINCIÓN Y LIBERACION DE LA CONDENA 175

16. 1. PROBLEMAS: 175

17. DE LA PROPUESTA LEGISLATIVA 176

18. MESA NO.4: LA ORALIDAD EN SEDE DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD 177

19. MESA NO. 5: LA MULTA 179

20. ANEXOS 183

II Conversatorio Nacional de la Rama Judicial sobre Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad

Cali, 20 y 21 de mayo de 2011

PONENCIAS EXPUESTAS EN PLENARIA

Ponencia 1

LOS JUECES DE EJECUCIÓN DE PENAS Y SUS DILEMAS

Sigifredo Espinosa Pérez
Magistrado Sala Penal Corte Suprema de Justicia

De conformidad con el objeto que nos convoca, apenas para ubicarnos en contexto, estimo necesario realizar un breve esbozo del origen de la figura del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad y la forma como en Colombia ha sido implantada ella.

Lo primero que cabría mencionar, al efecto, es que su creación como organismo independiente encargado de vigilar la ejecución de la pena es si se quiere reciente, pues, sobra recalcar, no ha mucho esa función se advertía cuando menos accesoria, algunos incluso negaban que constituyera una etapa independiente, con naturaleza y efectos propios, estimándose apenas un apéndice de la labor judicial terminada con el fallo ejecutoriado.

Cuando se entendió que al drama del delito no solo seguía el drama del proceso, sino el de la pena, pareció hacer carrera que, en efecto, como elementales estándares de humanidad en el modernismo demandan que el condenado es persona y tiene derechos, y la sanción debe discurrir por mínimos de legalidad, para no hablar de ese postulado resocializador o rehabilitatorio que se halla en el norte del tratamiento penitenciario.

Así entonces, dotada de importancia basilar la ejecución de la pena, es claro que no se trata, su aplicación, de una simple labor administrativa, como para dejarla en manos de las autoridades carcelarias.

Y entonces, las más de las veces fueron los jueces encargados de dictar la sentencia, aquellos a quienes, con criterios eficientistas, se atribuyó la tarea de vigilar el cumplimiento de la pena, todavía inserta la función en la noción de accesoriedad.

Finalmente, cuando hace carrera la tesis de autonomía y especialidad de esa ejecución de la sanción, al punto de exigir de funcionarios que además de dedicarse de tiempo completo a tan procelosa labor, tuvieran unos conocimientos especializados que permitieran entender la dinámica del proceso resocializador, ya fue posible la implantación de unos dichos profesionales.

Entonces, comenzando en Europa por Italia y fungiendo pionero Brasil en el concierto latinoamericano –en 1922 la Ley Federal creó los jueces de vigilancia de pena-, ya parece incuestionable que la justicia encargada exclusivamente de vigilar la sanción, llegó para quedarse.

Precisamente, en Colombia a través del Acuerdo 14 del 7 de julio de 1993, el Consejo Superior de la Judicatura, creó los primeros Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Pero, quizás por tratarse de una función novedosa en lo que a su autonomía compete, no parece que la misma se encuentre completamente decantada respecto al ámbito de competencia.

Entonces, surge incuestionable esa especie de acomodamiento que se ha obligado a realizar el juez de ejecución de penas, tanto frente a las autoridades carcelarias, dígase el INPEC y los directores de los establecimientos de reclusión; como respecto del juez encargado de dictar el fallo.

Las normas que regulan las funciones y competencia de los jueces de ejecución de penas, así como lo que en el día a día sucede, informan de una evidente tensión competencial, por lo general dirimida por el camino

intrasistemático de la discusión o conflicto de competencias, y el extrasistemático de la acción de tutela.

Por lo demás, bien poco ayudan las normas de procedimiento, cuando de forma ambigua regulan los asuntos de los cuales deben seguir ocupándose los jueces encargados de emitir la sentencia y aquellos otros propios de quien la ejecuta, para no hablar de cómo hasta hace poco tiempo incluso se discutía si los llamados beneficios administrativos corren de cuenta de las autoridades penitenciarias o del funcionario judicial.

Afortunadamente ya muchas de esas discusiones han sido zanjadas gracias a las intervenciones puntuales de la Corte Constitucional y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ésta última obligada a precisar, apenas para mencionar uno de los problemas más agudos, cómo opera esa dicotomía normativa que separa el conocimiento de la segunda instancia, atribuyéndolo en unos casos al juez que emitió el fallo, y en otros al superior funcional del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Ahora, no es, el que se señala, un problema propio de estas latitudes, pues, si se mira bien lo que en el concierto internacional sucede, puede advertirse evidente que las dificultades de acomodamiento a que se hace alusión resultan cuando menos consustanciales a la labor propia de los funcionarios que en otros países da en llamarse jueces de vigilancia de la pena.

En España, apenas para remitir al referente jurídico europeo más cercano para nosotros, la discusión es profunda, como quiera que se ha establecido una división concreta entre los asuntos que competen al juez que emite el fallo y los propios del encargado de vigilar la sanción, permaneciendo en cabeza del primero la ejecución, como tal, de la pena, al tanto que al segundo le ocupa verificar la manera en que la administración hace cumplir esa sanción, así como velar por los derechos del condenado.

En la práctica, como siempre sucede cuando los linderos son tan difusos, el juez de vigilancia de la pena ha tomado como propio todo ese universo, lo que frecuentemente obliga de la intervención de órganos superiores en

aras de superar el conflicto, para no hablar de la existencia de normas similares a las nuestras, que dependiendo del asunto tratado por el juez de vigilancia de la pena, determinan la competencia en segunda instancia.

Pero, cabe anotar, las dificultades que enfrenta el funcionario no se limitan a lo procedimental o aspectos típicos de competencia, sino que irradian la finalidad misma de su labor, remitida al que se denomina tratamiento penitenciario para quien ha sido hallado responsable de la comisión de un delito.

Desde luego que la naturaleza de esta intervención y el corto tiempo del que disponemos, no permite hacer un examen minucioso de un tópico que de entrada se observa asaz complejo y discutible.

Simplemente quiero dejarlo como tema de reflexión, en tanto, hoy se discute si, en efecto, la sanción aplicada y consecuente ejecución puede tener, dentro de los evidentes límites del manejo intramuros, una específica función resocializadora.

Sin ambages, sobre el particular Muñoz Conde[1] advierte: *"La pena de prisión no cumple, ni siquiera en teoría, sólo hipotéticas funciones resocializadoras, sino reales funciones de custodia y control del recluso"*.

La discusión, sobra anotar, comporta innegable aplicación práctica, como quiera que a partir de la posición que se adopte, independientemente de lo que la ley expresamente postula, habrán de delimitarse los derroteros del llamado tratamiento penitenciario, dentro de los cuales destaca el principio de progresividad, cuya filosofía radica, precisamente, en entender que la persona poco a poco recibe los beneficios del mismo y debe preparársele para su futura libertad.

Sólo si se parte del criterio nihilista de los que significan inexistente la posibilidad de resocialización, cuyo argumento más fuerte se basa, no puede negarse, en las condiciones de reclusión, las más de las veces indignas y carentes de los más elementales recursos para obtener cuando menos la posibilidad de adecuada subsistencia, será posible advertir

1 *En Derecho y Prisiones Hoy, Ediciones de la U. de Castilla La Mancha, 2003.*

filosófica y jurídicamente posible plantear seriamente la posibilidad de implantar en nuestro país la cadena perpetua, como ahora sucede con el proyecto que busca convocar a la ciudadanía en referéndum.

Desde luego, en esa perspectiva de aprobación de tan máxima sanción habría que replantear la función primordial del Juez de Ejecución de Penas, apenas instituido, en esos casos, para verificar las condiciones de reclusión de la persona, visto que nada podrá hacerse en punto de la resocialización o rehabilitación, ni mucho menos en el trabajo de progresión para el efecto instituido, convertida la sanción en mera retribución o forma de control.

A tantas cuantas preocupaciones ahora agobian al Juez de Ejecución de Penas y medidas de Seguridad, debe también sumarse esa reciente corriente que referencia como aspecto primordial de su labor, hacer respetar el principio de protección de las víctimas, no sea que el cumplimiento de la pena represente para ellas una segunda forma de victimización, facultando del condenado algún tipo de venganza.

Algunos dicen que para evitar esa segunda victimización, o mejor, que el daño del delito se prolongue por mano del responsable del mismo, ha menester una labor activa del encargado de vigilar la pena, para lograr, dentro del proceso de resocialización, que el condenado reconozca el mal causado y abrigue espíritu contrito.

Vaya uno a saber si un tal postulado comporta la visión apenas romántica del ejercicio de la función de ejecución de penas –cuando se conoce que son variados y complejos los factores que llevan a la comisión del delito, incluso fruto de verdaderas bandas criminales operantes en lo escarpado de la selva o en mullidos sillones de empresas públicas y privadas-, o en verdad representa el más prístino de los cometidos insertos en esa tarea.

En este sentido, no puedo soslayar referir la inquietante paradoja que surge de eludir conocer o atacar las causas objetivas de la criminalidad, al amparo de lo cual al Juez de Ejecución de Penas no le asiste la posibilidad de vigilar o propender por una adecuada resocialización de las personas, sino apenas desarrollar una especie de labor contable, de sumas y restas,

que solamente conlleva dar fe, a la manera de un notario, del cumplimiento de los requisitos matemáticos exigidos para acceder a beneficios.

Sea lo que fuere, ello no puede servir de freno al caro propósito de servir de medio eficiente para una rehabilitación que no sólo apareje la posibilidad de reinserción social, sino la reconciliación con las víctimas, apenas en los procesos de justicia transicional hoy en boga.

Es que, si la sociedad efectivamente hubiese entronizado el concepto de resocialización, no andaría ahora discutiéndose que se concedan beneficios como el denominado permiso administrativo de las 72 horas, o que en razón al tipo de delito se acuda a mecanismos alternativos al del confinamiento intramuros, cuando se trata de condenados estigmatizados por los medios de comunicación o delitos que estos mismos han superlativizado en su naturaleza y efectos.

Podría servir de guía, si de verdad se aspira a resocializar, lo expuesto por el profesor de la universidad del País Vasco, Doctor José Luis de la Cuesta Arzamendi, en el documento **"La resocialización objetivo de la intervención penitenciaria"**, en cuanto, partiendo de la base de que esa resocialización en una democracia opera no sólo necesaria, sino como *"garantía individual del condenado y no derecho de la sociedad o del Estado"*, desglosa algunas pautas de intervención, que pueden servir de guía al funcionario colombiano.

Al efecto, el tratadista en mención advierte dos los modelos referidos a la naturaleza del proceso resocializador: el modelo funcionalista de socialización y el de corrección.

Respecto del primero, se parte de que al delito se llega por virtud de la nula o escasa socialización de la persona. En razón de ello, la pena debe aprovecharse para lograr una especie de "socialización de reemplazo", a efectos de corregir o llenar las carencias que condujeron al delito.

Acerca del segundo modelo, los correccionalistas significan que derivando la conducta delictuosa, consecuencia de la incapacidad de autodeterminación y control del delincuente, la intervención penitenciaria debe

dirigirse hacia la corrección del individuo, quien así pasa de peligroso a confiable.

Vistas las posturas resocializadoras, desde luego que coincidimos con el profesor Arzamendi, en que ese prospecto correccional del segundo modelo, además de utópico, aparece ciertamente determinista.

Además, parece certero ese comentario suyo referido a que *"Si la criminalidad no es algo característico de ciertos actos o sujetos, sino el resultado de los procesos de interacción sociales, difícilmente el instrumento resocializador, centrado en el tratamiento penitenciario individual de los delincuentes, ha de resultar idóneo para su prevención."*

Empero, aún si la estadística verifica el fracaso del proceso resocializador, ello no significa que deba abjurarse del mismo o reconocer su existencia como simple ideología encaminada a esconder el propósito básico de privilegiar la función retributiva o de control.

No. Parece mejor auscultar los problemas y dificultades del mecanismo, en aras de afinarlo para que cumpla su propósito, pues, siempre será mejor intentar hacer valer el modelo –así fuese apenas para lograr el reconocimiento de la dignidad del condenado-, vistas sus inocultables bondades, que de entrada repudiarlo.

En otras palabras, incluso si se dijera que la meta aparece utópica o irrealizable, es lo cierto que en ese camino son muchos los beneficios que se obtienen, partiendo por el reconocimiento de la dignidad humana, que obliga unos mínimos logísticos y faculta ofrecer medios de rehabilitación, frente a la posibilidad contraria de simplemente reconocer en la prisión un medio de control social o protección de la comunidad, a cuyo amparo, no dudamos, cualquier tipo de violación de mínimos estándares humanitarios, aparece justificada.

Es el conocimiento de que su cometido no pasa fundamentalmente por la prevención del delito o comporta servir de amanuense al espíritu vindicativo de la sociedad, lo que permitirá del Juez de Ejecución de Penas,

soportar los embates de quienes interesadamente buscan entorpecer su labor.

Es que, si particularmente en los últimos ocho años la justicia ha recibido una violenta andanada de quienes se han visto afectados por sus decisiones, particularmente la clase política y algunos funcionarios que para tan protervos fines han recurrido al órgano de inteligencia del Estado, es ya ilusorio que alguna de las aristas de la Rama Judicial permaneciera indemne a esa en ocasiones soterrada labor de desprestigio.

Y, claro, cuando se trata precisamente de quienes se encargan de hacer cumplir la pena, o mejor, vigilar su adecuada ejecución, el terreno parece fértil para la crítica pertinaz, a no dudarlo encaminada a derruir la sólida estructura judicial que en franca lid se ha ganado con años de esfuerzo e incluso sacrificios humanos.

Día a día, entonces, los medios de comunicación se hacen eco de interesadas consejas, ora patrocinadas desde oscuros sanedrines criminales, ya buscando el escándalo gratuito que garantice audiencia, en las cuales se acusa a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad de todo lo divino y lo humano, en manifestaciones emocionales que carecen de mínimo rigor conceptual.

Se ha llegado a niveles del absurdo cuando, como regularmente sucede, se otorga libertad a determinado personaje y de inmediato, sin siquiera conocerse el fundamento legal de ello, se macartiza a quien apenas cumple lo que el legislador ha consagrado en la ley, como si el funcionario judicial pudiese a su arbitrio decidir sobre el efecto o deba erigirse en una especie de paladín justiciero omnipotente.

Ya se le culpa, al Juez de ejecución de penas, incluso de que los brazaletes electrónicos, como recientemente se denunció ante los medios, cuenten con un porcentaje de error del cinco por ciento, por virtud de lo cual o se descargan o se sale del cuadrante la señal, impidiendo conocer dónde se halla el beneficiado con el mecanismo de vigilancia electrónica.

O de que el INPEC no cuente con personal suficiente para vigilar el cumplimiento de la prisión domiciliaria y así, confundiendo la causa con el efecto, se atribuye al funcionario una supuesta laxitud en la concesión del beneficio, por ocasión de que el favorecido aproveche esas fallas logísticas y huya o cuando menos incumpla con la obligación de permanencia en la residencia.

Apenas meses atrás, en un diario de circulación nacional se tituló *"mas de dos mil peligrosos delincuentes están libres por brazalete electrónico",* advirtiendo que ello se debe a una especie de complacencia de los jueces, a pesar de que la norma instituye una pena máxima para obtener el beneficio. Es más, la noticia destaca por grupos los delitos atribuidos a esas personas, verificando que más de la mitad de los favorecidos ejecutaron delitos de narcotráfico, pero sin detenerse a señalar que esos *"narcotraficantes"*, en su inmensa mayoría, corresponden a personas detenidas, las más de las veces consumidoras, con pequeñas cantidades de drogas; ni especificar si esos homicidios (334) corresponden también a conductas culposas.

En fin, así de manera sesgada presentada la noticia, adobada por la condición de peligrosos criminales atribuida a los favorecidos con el mecanismo, siempre será posible poner en la picota pública a los jueces, injustamente señalados.

Desde luego que se torna fácil lavarse las manos, cuando se trata de emitir leyes con nombre propio que satisfagan a unos cuantos, si se desvía la atención atribuyendo la liberación no al cumplimiento estricto de esa normatividad interesada, sino a la supuesta lenidad, cuando no venalidad, del juez.

Dígase, a manera de colofón, que la Justicia de ejecución de Penas debe trascender de una función meramente instrumental hacia cometidos mucho más altruistas, que consulten tanto la realidad del delito y la forma de ejecución de la pena connatural al mismo, como las necesidades de la sociedad, pero, especialmente, del condenado quien, no importa la razón por la cual ejecutó la conducta punible o los factores insertos en la misma, es y seguirá siendo persona, dotada de necesidades y aspiraciones

mínimas, sólo factibles de atender si se estima cuando menos posible el mecanismo resocializador, en cuanto de respeto por la dignidad humana comporta.

Ponencia 2

DEBATES SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN INVESTIGACIONES POR CRÍMENES DE GENOCIDIO, LESA HUMANIDAD Y GUERRA

Alejandro Ramelli Arteaga
Magistrado Auxiliar Corte Constitucional

I. Introducción

El objetivo que se persigue con el presente artículo consiste en examinar los distintos problemas teóricos que, en diversos contextos geográficos y temporales, han encontrado los jueces internos en materia de aplicación del principio de legalidad penal, en casos de investigaciones adelantadas por la comisión de crímenes internacionales, en concreto, genocidio, *lesa humanidad* y guerra. Al respecto, cabe precisar que, las principales fuentes de controversia se suelen presentar cuando 1) se pretenden imputar cargos por comportamientos que configuran tales crímenes internacionales, los cuales no se encontraban tipificados en la legislación penal interna a la fecha de su comisión; o 2) al momento de perpetrarse el delito, la norma penal interna vigente no recogía todos los elementos contextuales de aquellos crímenes internacionales. Las anteriores situaciones se tornan aún más complejas cuando se entra a discutir el carácter de delito de ejecución permanente de determinados crímenes, tales como la desaparición forzada de personas, el desplazamiento forzado o el reclutamiento de menores.

Al respecto, dos precisiones terminológicas se imponen: en el presente escrito se alude a los crímenes de genocidio, *lesa humanidad* y guerra, y no a *"crímenes internacionales"*. Lo anterior por cuanto, históricamente, el listado de conductas calificadas como tales ha incluido adicionalmente otros comportamientos delictivos tales como: la agresión, la piratería, el tráfico de drogas, la financiación del terrorismo, la interferencia en cables submarinos, los ataques con explosivos, la destrucción de tesoros nacionales, el desvío de aeronaves, el tráfico de esclavos, inmigrantes y blancas, entre otros. (Damgaard, 2008, p. 59).

Una segunda precisión consiste en señalar que los problemas relacionados con la aplicación de la legalidad internacional en el orden interno de los Estados no se limitan a aquellos vinculados con ausencias de tipificación, sino que abarcan igualmente los relacionados con la existencia previa de una forma determinada de participación en un delito (vgr. responsabilidad de los superiores por omisión, empresa criminal conjunta o *"join criminal enterprise"*, etcétera).

Realizadas las anteriores precisiones, paso a plantear las hipótesis de trabajo:

a) Cuando se pretendan imputar delitos, no previstos en la legislación interna al momento de su comisión (*ausencia total de legislación*) se deberá (i) probar la existencia previa de la prohibición en la legalidad internacional; (ii) demostrar que el Estado se encontraba vinculado por la norma internacional; y (iii) analizar la previsibilidad y la accesibilidad de la prohibición.

b) En los casos en que existan tipos penales de derecho interno, que no se ajusten plenamente a la prohibición internacional (*ausencia parcial de legislación*), se deberá imputar el delito previsto en el derecho interno, pero con el respectivo contexto internacional.

A efectos de demostrar la validez de las anteriores hipótesis de trabajo, se construirá un plan de trabajo integrado por dos partes: 1) las características de la legalidad internacional; y 2) los debates sobre el principio de legalidad en diversos contextos y en Colombia.

1. Las características del principio de legalidad internacional.

1.1. El aporte de la legalidad interna: el principio de legalidad estricto.

Históricamente, en el derecho interno de los Estados, la garantía del principio de legalidad penal (*nullum crimen sine lege*) ha sido, desde la Revolución Francesa, uno de los fundamentos de todo Estado de Derecho. Al respecto, cabe recordar la consagración de tal principio en el texto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789:

Article VIII

> *"La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée".*

Pues bien, a partir del entonces, se ha establecido una identidad entre el principio de legalidad penal y el concepto de ley, en tanto que acto formal expedido por un órgano competente (legislador), previo el agotamiento de un procedimiento válido.

De igual manera, con la evolución que conoció el constitucionalismo occidental en el S. XIX, y especialmente luego de la II Guerra Mundial, lo cierto es que el principio de legalidad penal aparece consagrado prácticamente en todas las Cartas Políticas de los Estados democráticos del planeta. Es más, con base en los aportes del garantismo penal, se habla realmente de un principio de legalidad penal *estricto,* el cual comporta que, al momento de crear un nuevo tipo penal, el legislador debe someterse a los siguientes límites : 1) la prohibición de la analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); 2) la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*); 3) la prohi-

bición de la retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); 4) la interdicción de delitos y penas indeterminados (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*); 5) el principio de lesividad del acto (*nulla lex poenalis sine iniuria*); 6) el principio de la necesidad de tipificar un comportamiento como delito (*nullum crimen sine necessitate*); y 7) el derecho penal de acto y no de autor.

Así las cosas, se puede afirmar que, en los derechos internos estatales, el principio de legalidad penal se caracteriza por 1) equipararse con el concepto formal de ley (Sierra, 2000); 2) prohibición de retroactividad desfavorable; 3) fundarse en la protección de derechos fundamentales (vgr. homicidio, lesiones personales, etc.) o de bienes jurídicamente relevantes (vgr. salud pública, orden económico y social, seguridad, etc.); e 4) imponer límites severos al legislador, a efectos de evitar cualquier clase de oscuridad o ambigüedad en la redacción de la norma penal. Además, existen competencias, instancias y procedimientos precisos, destinados a regular los procesos de investigación y enjuiciamiento de los presuntos responsables de violar la ley penal.

En suma, la legalidad penal interna se caracteriza por derivar del ejercicio de un monopolio punitivo, es decir, provenir de una única fuente de producción normativa, cuyo respeto queda en cabeza de unas instancias judiciales definidas. De tal suerte que nadie podrá ser juzgado si no por una conducta delictiva que previamente haya sido definida como tal por el legislador, por jueces competentes (juez natural) y siguiendo un procedimiento previsto asimismo en la ley. De tal suerte, que se trata de un principio de legalidad penal que se ha venido construyendo pensando en la protección de la libertad personal del procesado, más no en términos de derechos sustanciales de las víctimas.

1.2. Los instrumentos internacionales de derechos humanos amparan la vigencia del principio de legalidad estricto del derecho interno de los Estados.

Los distintos instrumentos internacionales sobre derechos humanos consagran, acudiendo a fórmulas similares, el principio de legalidad surgido en el derecho interno de los Estados. Veamos al respecto el siguiente cuadro comparativo:

Declaración Universal de Derechos Humanos	**Convención Americana sobre Derechos Humanos**	**Convención Europea de Derechos Humanos**	**Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**
Artículo 11 1. 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 le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. 2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el **derecho nacional** o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.	**Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad** Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el **derecho aplicable**. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.	**Artículo 7. No hay pena sin ley.** 1. Nadie podrá ser condenado por una acción y o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el **Derecho nacional** o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales de los derechos reconocidos por las naciones civilizadas.	**Artículo 15** 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el **derecho nacional** o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) ha calificado como violación al artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica (*garantías judiciales*), la expedición de leyes penales ambiguas u oscuras. Así por ejemplo, en el asunto Castillo Petruzzi vs. Perú, en su sentencia de fondo del 30 de mayo de 1999, la Corte consideró lo siguiente:

> "La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarlas con penas que afecten severamente bienes fundamentales como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana".

Adviértase que la Corte Interamericana estimó que el Estado peruano había violado el tratado internacional (art. 9), por haber expedido y aplicado, en un caso concreto, una ley penal que no respetaba el contenido del principio de legalidad estricto.

En resumen, el derecho internacional de los derechos humanos garantiza que un individuo no sea investigado y sancionado, sino conforme a su derecho interno, esto es, previa existencia de una ley penal.

1.3. La construcción de la legalidad internacional.

La legalidad internacional, a diferencia de la interna, deriva de diversas fuentes de producción normativa, en especial, los tratados internacionales, las costumbres y los principios generales del derecho. De allí que su construcción haya sido descentralizada, evolutiva, y en no pocas

ocasiones, de difícil comprensión. De igual manera, los jueces competentes para sancionar las infracciones graves de aquélla han sido constituidos *ad hoc*, salvo el caso de la Corte Penal Internacional (en adelante, la CPI).

El anterior panorama se complica, aún más, cuando se tiene en cuenta que en aquel universo de normas internacionales confluyen: 1) tratados de derechos humanos contentivos de *prohibiciones* internacionales y deberes estatales de legislar; 2) normas de *soft law* las cuales, si bien carecen de efecto vinculante, aportan elementos de juicio para interpretar el sentido y el alcance de las normas convencionales; 3) costumbres internacionales referentes a prohibiciones a los combatientes durante la guerra; 4) tratados internacionales de derecho internacional humanitario; y 5) instrumentos internacionales mediante los cuales se crean tipos penales, encaminados a sancionar graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario.

1.3.1. Los insumos de los tratados internacionales de derechos humanos.

La legalidad internacional se ha venido construyendo, a lo largo de los años, por medio de diversos tratados internacionales de derechos humanos que, con el fin de amparar el disfrute de los mismos, 1) consagran prohibiciones de ciertos comportamientos y 2) establecen el deber, a cargo de los Estados Partes, de tipificar, investigar y sancionar dichas conductas. Veamos algunos ejemplos.

La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 1984, prohíbe tales conductas en los siguientes términos:

> *"**Artículo 1***
>
> *1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener*

de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance".

De manera complementaria establece, entre otros deberes de los Estados Partes, los siguientes:

*"**Artículo 4***

*1. Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan **delitos** conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.*

*2. Todo Estado Parte castigará esos delitos con **penas** adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad."*

Adviértase que el tratado internacional se limita a describir un comportamiento y a dejar en cabeza de los Estados Partes la responsabilidad de tipificar el respectivo delito. En otros términos, el texto internacional no describe como tal un comportamiento típico, como sí sucede con los instrumentos propios del derecho penal internacional (vgr. Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Nüremberg; Estatuto del TPIY, Estatuto de Roma de la CPI, etc.). Se trata, en consecuencia, de normas internacionales incompletas (*non-self executing*), es decir, disposiciones que requieren de la intervención del legislador interno para poder ser aplicables. Otro tanto sucede con la Convención Interamericana contra la Desaparición

Forzada de Personas (1994). En efecto, en su artículo II se describe la conducta prohibida, de la siguiente forma:

> *"**ARTICULO II***
>
> *Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes".*

A renglón seguido, se prevé la obligación de tipificar tal comportamiento, en los respectivos órdenes internos, en los siguientes términos:

> *"**ARTICULO III***
>
> *Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.*
>
> *Los Estados Partes podrán establecer circunstancias atenuantes para los que hubieren participado en actos que constituyan una desaparición forzada cuando contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada de una persona".*

Ahora bien, una vez suscrito el instrumento internacional, el respectivo Estado debe incorporarlo a su ordenamiento interno; para el caso colombiano, mediante una ley de la República. Posteriormente, el tratado deberá ser ratificado, y luego, se precisará de la expedición de una ley penal, mediante la cual se ejecute la obligación internacional de tipificar

la conducta prohibida. Todo ello debe suceder dentro de un plazo razonable, so pena de violar por omisión el compromiso internacional. De hecho, buena parte de los debates sobre la aplicación del principio de legalidad se presentan en relación con conductas realizadas entre la ratificación del instrumento internacional y la expedición de la mencionada ley penal.

Por último, señalemos que más allá de los tratados internacionales de derechos humanos, existen numerosas disposiciones de *soft law,* esto es, normas no convencionales, contenidas en textos tales como resoluciones, declaraciones o principios elaborados por expertos, relatores o cuerpos especializados que tiene un valor importante en la medida en que constituyen un desarrollo doctrinal sobre el alcance de determinados tratados de derechos humanos, sin embargo no tiene un carácter vinculante, a diferencia de los tratados.

1.3.2. Las prohibiciones contenidas en tratados y costumbres internacionales de derecho internacional humanitario.

La legalidad internacional también se encuentra conformada por un conjunto de tratados internacionales sobre derecho internacional humanitario, al igual que por un considerable número de costumbres internacionales. Unos y otras consagran derechos a favor de la población civil, al igual que prohibiciones para los combatientes.

Ahora bien, a diferencia de los tratados sobre derechos humanos, aquellos de DIH no cuentan con descripciones, al menos someras, de las conductas prohibidas; tampoco establecen con claridad la obligación estatal de legislar en la materia, es decir, crear tipos penales contentivos de las mismas, aunque lo cierto es que tal deber deriva del principio de ejecución de buena fe de los tratados internacionales. Así por ejemplo, el Protocolo II de Ginebra, en su artículo

"Artículo 4. Garantías fundamentales

1. Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes.

2. Sin perjuicio del carácter general de las disposiciones que preceden, están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las personas a que se refiere el párrafo 1:

a) los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal;

b) los castigos colectivos;

c) la toma de rehenes;

d) los actos de terrorismo;

e) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor;

f) la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas;

g) el pillaje;

h) las amenazas de realizar los actos mencionados."

Adviértase, desde ya, el amplísimo margen de configuración normativa con que cuentan los respectivos legisladores internos al momento de describir tipos penales, encaminados a sancionar las conductas tan sólo enunciadas en los tratado de derecho internacional humanitario. De

hecho, en la práctica, los usos y costumbres del *ius in bellum* contienen una mayor riqueza descriptiva que las normas convencionales.

Pues bien, lo cierto es que, al igual que sucede en materia de derechos humanos, en el ámbito del DIH, las normas convencionales y consuetudinarias no crean realmente tipos penales; tan sólo describen, con mayor o menor riqueza, un determinado comportamiento prohibido, siendo tarea de los legisladores internos tipificar realmente el delito y prever la respectiva pena.

1.3.3. Los instrumentos de derecho penal internacional.

A lo largo de la historia, los instrumentos que conforman el derecho penal internacional, bien sea que se trata de acuerdos de voluntad entre Estados (vgr. Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Núremberg); resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (vgr. creación de Tribunales Penales Internacionales ad hoc) o tratados internacionales propiamente dichos (vgr. Estatuto de Roma de la CPI), han sido los mecanismos para dotar de verdaderas sanciones penales aquellos comportamientos reprochables, descritos en distintos tratados de derechos humanos, así como en normas convencionales y consuetudinarias de derecho internacional humanitario. De hecho, la justicia penal internacional se ha estructurado como respuesta a la ineptitud de los Estados para tipificar, investigar y sancionar adecuadamente, aquellas conductas violatorias de las normas de DIDH y DIH.

Desde esta misma perspectiva, es preciso señalar que, con el correr del tiempo, los instrumentos del derecho penal internacional han avanzado en punto a acercarse al grado de detalle que se le exige al legislador en el derecho interno. En efecto, basta con comparar el catálogo de conductas, apenas enunciadas, en el Estatuto de creación del Tribunal Penal Internacional de Núremberg, con el grado de detalle que ofrecen el Estatuto de Roma de la CPI y sus "Elementos de los crímenes".

1.3.4. Conclusión de la Primera Parte.

Históricamente, el principio de legalidad penal surgió en el derecho interno de los Estados, en tanto que límite al ejercicio de su *ius puniendi*. Con el correr de los años, los Tribunales Constitucionales han venido precisando, aún más, los requisitos que debe cumplir cualquier ley penal para ser considerada ajustada a aquél. Al mismo tiempo, los principales instrumentos internacionales de derechos humanos consagran el principio de legalidad estricta.

De manera complementaria, el derecho internacional, mediante diversas fuentes de producción normativa (tratados, costumbres y principios generales del derechos) ha venido creando un conjunto de prohibiciones, y en algunos casos de verdaderos tipos penales, los cuales 1) configuran el principio de legalidad penal internacional; y 2) han conducido a que, hoy por hoy, se hable de crímenes internacionales. Sobre el particular, dos precisiones adicionales.

En primer lugar, no existe una contradicción entre el principio de legalidad estricto, previstos usualmente en las constituciones estatales, y aquel de legalidad internacional. De hecho, se suelen complementar por doble vía: por una parte, los instrumentos internacionales de derechos humanos estipulan, en términos de garantía judicial del procesado, el respeto por el principio *nullum crimen sine lege*; por la otra, mediante figuras tales como el denominado bloque de constitucionalidad, el principio de legalidad internacional termina siendo parte del derecho interno de los Estados.

En segundo término, siguiendo a Bassiouni (2003, p. 115) una determinada conducta puede ser calificada en términos de crimen internacional, si en un tratado multilateral se encuentran presentes una o varias de las siguientes características: (i) explícita o implícitamente es calificada como tal; (ii) establecimiento de la obligación de tipificar internamente la conducta; (iii) deber de investigar y sancionar; (iv) deber de extraditar o enjuiciar; (v) obligación de cooperar con otros Estados en la persecución del delito; (vi) establecer una jurisdicción penal internacional para

su represión; e (vii) imposibilidad de invocar el cumplimiento de órdenes superiores.

En suma, cuando los instrumentos internacionales afirman que nadie podrá ser condenado por un acto u omisión que al momento de cometerse no fuera delito según el derecho nacional o internacional, se está diciendo realmente lo siguiente: nadie podrá ser condenado por un acto u omisión que al momento de cometerse no estuviera tipificado como tal en una ley penal interna o no se encontrara prohibido en el orden internacional, bien sea en un tratado de derechos humanos, o tipificado como tal en un instrumento de derecho penal internacional.

2. Los debates sobre el principio de legalidad en diversos contextos y en Colombia.

Los principales problemas que se han presentado en distintos países, comúnmente afectados por prolongadas violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional (vgr. conflictos armados internos, regímenes dictatoriales, etc.). Han sido de dos clases: 1) situaciones en las cuales no existía previamente el tipo penal interno a la comisión del hecho; y 2) con antelación a la comisión del hecho existía un tipo penal que no se ajustaba a los estándares internacionales en la materia, principalmente, por ausencia de elementos de contexto.

2.1. Situaciones en las cuales no existía previamente el tipo penal.

Históricamente se han presentado casos en los cuales los Estados, luego de suscribir instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales los obligan a tipificar determinadas conductas, aquellos terminan incumpliendo con dicho deber de ejecución legislativa, es decir, sobrepasan un plazo razonable para adecuar su derecho interno al internacional (Malarino, 2009). El problema se presenta entonces con la comisión de determinadas conductas las cuales, durante dicho lapso, no obstante encontrarse

prohibidas en el instrumento internacional, son atípicas desde la óptica derecho interno. La pregunta que surge entonces es la siguiente: ¿con posterioridad a la expedición de la ley penal interna, se pueden investigar penalmente conductas anteriores a su entrada en vigencia?

La respuesta parecería obvia: investigar y sancionar tales comportamientos, así sean atroces, vulneraría el principio de legalidad estricto, pilar fundamental no sólo de cualquier Estado de Derecho, sino igualmente consagrado en las respectivas Constituciones y amparado por distintos tratados internacionales sobre derechos humanos. No obstante lo anterior, sostengo que, bajo determinadas condiciones, aquello es posible, siempre y cuando se logre 1) probar la existencia previa de la prohibición en la legalidad internacional; 2) demostrar que el Estado se encontraba vinculado por la norma internacional; y 3) se cumplan los supuestos de previsibilidad y la accesibilidad de la prohibición.

2.1.1. La prueba de la existencia previa de la prohibición internacional.

En el derecho internacional, la prueba de la existencia de una obligación, en cabeza de los individuos, dependerá de la naturaleza de la respectiva fuente del derecho.

Así, en el caso de las normas convencionales, será necesario examinar la fecha de entrada en vigencia internacional del respectivo tratado internacional, e igualmente, si se previó alguna clase de efecto hacia el pasado, es decir, si se exceptuó el efecto general hacia el futuro (Pellet, A y Daillier, P.,2004). En cualquier caso, a través de internet es fácilmente consultable dicha información, al menos, en relación con los principales instrumentos universales y regionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario.

Por el contrario, demostrar la existencia de una norma consuetudinaria resulta ser un trabajo más complejo, por varias razones: 1) se debe probar la existencia de los elementos material y psicológico; y 2) existen pocos

trabajos compilatorios de costumbres internacionales. De hecho, para los jueces internacionales resulta difícil constatar la existencia de una costumbre internacional; tanto más para los jueces internos, quienes no suelen contar con el volumen de información necesaria para ello. De allí que probar que, en un momento determinado existía una costumbre internacional que prohibía la comisión de una determinada conducta, resulte ser una tarea compleja; prácticamente imposible en ciertos casos.

Pues bien, en la práctica, a falta de un tratado internacional o ante la ausencia de ratificación del mismo por un Estado, los jueces internos han intentado demostrar que, con todo, existía al momento de la comisión de la conducta una costumbre internacional que prohibía cierto comportamiento. Tal camino ha sido recorrido por algunas jurisdicciones internas, lo cual ha sido objeto de diversas críticas por parte de los especialistas.

Finalmente, la prueba de la existencia de un principio general del derecho, contentivo igualmente de una prohibición, suele ser un ejercicio complejo, por cuanto será necesario adelantar un estudio del derecho comparado vigente con antelación a la comisión de la conducta que se quiera sancionar.

En suma, si los jueces penales internos pretenden sancionar a un individuo por la comisión de una conducta que, al momento de su realización no se encontraba tipificada en su respectivo Código Penal, deberá encontrarse probado en el expediente que, al menos, existía una prohibición internacional previa a la realización de la misma.

2.1.2. El carácter vinculante de la norma internacional.

Una segunda condición para imputar crímenes internacionales en el derecho interno, consiste en que se encuentre acreditado que la respectiva norma internacional vinculaba al Estado al momento de la comisión de la conducta. Aquello implica que, en el caso de los tratados internacionales, se revise la fecha de ratificación y si se realizaron o no reservas o declaraciones interpretativas.

De igual manera, para el caso de las costumbres internacionales, será necesario probar que el Estado hizo parte de la creación de la norma o que, al menos, no se opuso a ello. Tal documentación, como es de esperarse, no resulta de fácil consecución para los jueces internos, por cuanto, en la práctica, dichas costumbres se van creando mediante actos originados por las cancillerías. Otro tanto puede decirse en materia de principios generales del derecho.

2.1.3. Los presupuestos de previsibilidad y accesibilidad.

Los elementos de previsibilidad y accesibilidad a la prohibición internacional vienen a completar el panorama de condiciones para resolver situaciones de ausencia total de legislación, es decir, de inejecución legislativa de obligaciones internacionales. Tales conceptos han sido desarrollados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) y acogidos por la Corte IDH.

Así, en el asunto *Korbely vs. Hungría,* fallado el 19 de septiembre de 2008, el TEDH examinó si al momento de cometerse un crimen calificado por los jueces penales como *"de lesa humanidad"*, la conducta desplegada por el peticionario constituía una infracción definida con suficiente accesibilidad y previsibilidad *"por el derecho interno o el derecho internacional"*. En palabras del TEDH:

> *"Accesibilidad.*
>
> *La Corte advierte que el peticionario fue encontrado culpable de homicidio múltiple, infracción que las jurisdicciones húngaras calificaron como un "crimen contra la humanidad sancionable en virtud del artículo 3.1 de la Convención de Ginebra". De allí que fuera condenado con base únicamente en el derecho internacional. En esas condiciones la Corte debe examinar si los Convenios de Ginebra eran accesibles al interesado.*
>
> *Los Convenios de Ginebra fueron incorporados en el derecho húngaro por el decreto-ley núm. 32 de 1954. Si bien es cierto que ese decreto no retomó las disposiciones de esos instrumentos y que su artículo 3 invitaba al Ministro de*

Asuntos Exteriores a realizar una publicación de los mismos, una traducción auténtica antes de su entrada en vigor, el Ministro procedió en 1955 a publicar un cuadernillo oficial donde fueron reproducidos. Conviene igualmente señalar que una instrucción del Jefe del Estado Mayor General, relativa a la enseñanza de los Convenios, acompañada de un resumen, fue publicada en el diario del ejército del 5 de septiembre de 1956. En esas condiciones, la Corte estima que esos instrumentos eran suficientemente accesibles al peticionario.

Previsibilidad.

Para determinar si el artículo 7 ha sido respetado en el caso concreto, la Corte debe verificar si era previsible que el acto por el cual el peticionario había sido condenado, habría sido calificado como crimen contra la humanidad".

En la misma línea de argumentación, el TEDH, en el *asunto Kononov vs. Letonia*, sintetizó sus principales líneas jurisprudenciales en relación con la comprensión del principio de legalidad penal, señalando que 1) al momento de determinar una vulneración al principio de legalidad penal, se debe examinar si la conducta daba lugar a una sanción, según el derecho interno o internacional; 2) la expresión "*ley*" en los tratados, comprende el derecho legislado y las costumbres; 3) las normas penales deben definir con claridad la conducta y la pena, condición que se cumple cuando el justiciable puede saber, a partir de la lectura de la norma o de la interpretación judicial, lo que significa; 4) el alcance de la expresión "*previsible*" depende, en larga medida, del contenido del texto, del ámbito que cubre, así como del número y la calidad de los destinatarios; 5) la "*previsibilidad*" no se opone a que el destinatario de una ley deba recurrir a expertos, a efectos de que le aclaren las consecuencias de sus actos; y 6) una práctica estatal, consistente en tolerar o en promover actos declarados criminales por el derecho positivo nacional o internacional, o el sentimiento de impunidad que resulte del mismo, no constituyen obstáculo para que aquéllos sean sancionados.

Analicemos ahora el pronunciamiento realizado por la Corte IDH en el *asunto Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, fallado el 26 de septiembre de 2006.

En cuanto a los hechos, tenemos que el día 16 de septiembre de 1973 fue detenido el señor Almonacid Arellano, de 42 años de edad, en su domicilio ubicado en la población Manso de Velasco, por carabineros, quienes le dispararon, en presencia de su familia, a la salida de su casa. Falleció en el Hospital Regional de Rancagua el día 17 de septiembre de 1973. Pues bien, posteriormente, los victimarios fueron beneficiados con un decreto ley núm. 2.292 del 18 de abril de 1978, a cuyo tenor:

> *"Artículo 1°- Concédase amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas."*

Pues bien, la Corte entró a analizar si el crimen cometido en contra del señor Almonacid Arellano podría constituir o no un crimen de lesa humanidad, lo cual implicaba determinar si para el 17 de septiembre de 1973, fecha en que murió el señor Almonacid Arellano, el asesinato constituía un crimen de lesa humanidad, y en qué circunstancias.

Al respecto, la Corte IDH encontró que existía una amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor Almonacid Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes *de lesa humanidad*, según la Corte IDH, es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general.

Una vez aclarado que el asesinato era un crimen de *lesa humanidad*, correspondió al Tribunal analizar si las circunstancias en que se produjo la muerte del señor Almonacid Arellano podrían constituir un crimen de lesa humanidad, conforme fuera definido para el año 1973. Sobre el particular concluyó que existía suficiente evidencia para razonablemente sostener que la ejecución extrajudicial cometida por agentes estatales en perjuicio del señor Almonacid Arellano, quien era militante del Partido Comunista, candidato a regidor del mismo partido, secretario provincial

de la Central Unitaria de Trabajadores y dirigente gremial del Magisterio (SUTE), todo lo cual era considerado como una amenaza por su doctrina, cometida dentro de un patrón sistemático y generalizado contra la población civil, es un crimen *de lesa humanidad*.

Importa igualmente destacar que, en su sentencia, la Corte IDH, si bien no lo desarrolla a fondo, trae a colación el fallo *Kolk y Kislyiy vs. Estonia*, sentencia del TEDH que resulta ser clave al momento de comprender los conceptos de previsibilidad y accesibilidad.

Así las cosas, en pocas palabras podemos decir que, el TEDH al momento de examinar la aplicación del principio de legalidad penal internacional, especialmente en casos donde existan problemas de ausencia de tipificación interna de una conducta, lleva a cabo un test de accesibilidad y previsibilidad. La primera consiste en examinar si realmente el acusado estaba en capacidad de conocer el contenido de la norma internacional, para lo cual se suele revisar la publicación interna del texto internacional, normalmente, en el Diario Oficial. A su vez, la previsibilidad consiste en determinar si la conducta endilgada podía ser calificada, al momento de su comisión y de conformidad con la legalidad internacional vigente, en términos de crimen de guerra o *de lesa humanidad*.

2.2. Casos en los cuales existía la norma penal interna pero sin elementos de contexto.

En determinados casos, la legislación penal vigente al momento de cometerse una conducta, adolece de imperfecciones, en la medida en que no describe exactamente el comportamiento que lesiona la legalidad internacional. En otras palabras, no nos encontramos ante una ausencia total de legislación (*inejecución interna de la norma internacional*), sino ante un cumplimiento parcial o incompleto del deber de adecuar el derecho interno al internacional (*inejecución parcial de la norma internacional*). Tal situación se presenta, por ejemplo, cuando el respectivo tipo penal interno carece de los elementos de contexto, como por ejemplo, el carácter masivo o sistemático de los crímenes *de lesa humanidad*.

En efecto, los crímenes *de lesa humanidad*, a diferencia de los delitos comunes, son perpetrados de manera masiva o sistemática por organizaciones, sean estatales o particulares. De allí que si bien la responsabilidad penal es individual, y por supuesto debe determinarse en cada caso concreto en relación con determinados hechos imputados al acusado, también lo es que esas conductas concretas deben ser contextualizadas, es decir, tomadas en cuenta, no de manera aislada, sino en un determinado espacio geográfico, durante una época específica, y vinculada con la actividad, *modus operandi*, estructura y demás, de un determinado grupo u organización, legal o ilegal.

Pues bien, las dificultades estriban en que, mientras que el artículo 7 del Estatuto de Roma de la CPI dispone que los crímenes *de lesa humanidad* deben ser cometidos de manera masiva o sistemática, el Código Penal colombiano de 2000 1) no consagra un Capítulo específico para los mismos, a diferencia de lo sucedido con los crímenes de guerra; 2) algunas conductas previstas en el tratado internacional no tienen ninguna clase de semejanza con alguna del derecho penal interno (vgr. *apartheid*, persecución, etc.); 3) mientras que aquellas que sí contienen el mismo *nomen iuris* y desarrollan la prohibición internacional, carecen en su descripción típica de los elementos de contexto (vgr. desaparición forzada). Pues bien, ante tal estado de cosas, tres posibles soluciones se plantean.

Una primera solución consiste simplemente en adecuar típicamente la conducta al tipo penal previsto en la legislación interna. El anterior planteamiento resultaría ser perfectamente conforme con un principio de legalidad estricto, donde se confunden los conceptos de legalidad con ley penal previa. Tal postura, sin embargo, sería objeto de los siguientes reproches: 1) no aplicar la figura del bloque de constitucionalidad; 2) desconocer la esencia y la razón de ser de la prohibición internacional; 3) investigar crímenes internacionales con la lógica del derecho interno; y 4) en últimas, abrir la puerta a la aplicación del principio de complementariedad del Estatuto de Roma de la CPI.

Una segunda solución consistiría en aplicar directamente el Estatuto de Roma de la CPI en el orden interno colombiano, lo cual implicaría: 1) que todos los comportamientos prohibidos en el tratado lo están automáticamente en el orden interno; y 2) que el ámbito competencial del juez penal colombiano fuese idéntico de aquel de la CPI. Este planteamiento, a su vez, sería objeto de las siguientes críticas: 1) la Corte Constitucional, en su sentencia C- 578 de 2002, consideró que el tratado internacional contiene distintos "*tratamientos diversos*", aplicables sólo en el ámbito de competencia de la CPI; 2) hasta el momento, el juez constitucional no ha sostenido que todo el Estatuto de Roma haga parte del bloque de constitucionalidad; y 3) la pena aplicable tendría que ser aquella prevista internacionalmente, lo cual resultaría problemático en el caso de la cadena perpetua.

Una última solución conllevaría adecuar típicamente la conducta a un tipo penal interno, pero haciéndolo con base en los elementos contextuales internacionales. Lo anterior implicaría que si bien el individuo resulta formalmente sancionado por un delito previsto en el Código Penal vigente, la investigación y el enjuiciamiento se realizan tomando en consideración los elementos internacionales de generalidad o sistematicidad. Se trata, en esencia, de aplicar el conocido principio de la interpretación conforme de la ley penal con la Constitución, esto es, que la ley penal debe entenderse de conformidad con la Carta Política. En la práctica, tal solución implica que efectivamente se está cumpliendo con el deber internacional de investigar crímenes de lesa humanidad, pero respetando, a su vez, el principio de legalidad estricto. Además, investigar una conducta delictiva en clave de crimen de lesa humanidad, conlleva a que se encuentren las organizaciones que las cometieron, sus responsables, cadenas de mando, *modus operandi*, etcétera.

2.2.3. Conclusión de la Segunda Parte.

Los debates que se han presentado en diversos países, entre ellos Argentina, Panamá, Perú y Colombia, en relación con el contenido y alcance del principio de legalidad respecto a crímenes de genocidio, de guerra y de

lesa humanidad, se inscriben en una controversia mucho más amplia relacionada con la vigencia de las garantías procesales frente a los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

En efecto, en los últimos años se ha discutido si en los procesos penales que se adelantan por los jueces internos respecto a la comisión de los citados crímenes internacionales, se pueden "*flexibilizar*" o "*relativizar*", las clásicas garantías del proceso penal, en especial, la favorabilidad y la cosa juzgada, al igual que figuras como clásicas como aquella de la prescripción de la acción penal.

Sobre el particular, estimo que los enormes riesgos de tal tendencia se suelen agudizar cuando los jueces internos no aplican rigurosamente las fuentes del derecho internacional público. Además, entrar a exceptuar, en un caso concreto, el régimen ordinario de garantías procesales demanda una enorme carga argumentativa, fundada, por lo demás, en un test de proporcionalidad entre aquéllas y los derechos de las víctimas. Tal labor, sin embargo, se echa en falta en diversos pronunciamientos de los jueces penales colombianos.

3. Bibliografía.

3.1. Libros y publicaciones periódicas.

-BASSIOUNI, M. Cherif, Introduction to International Criminal Law. New York: Transnational Publishers, Inc., 2003.

-DAMGAARD, CIARA, INDIVIDUAL CRIMINAL RESPONSIBILITY FOR CORE INTERNATIONAL CRIMES.DENMARK: SPRINGER, 2008.

-FERRAJOLI, LUIGI., Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Valladolid, 1997.

-HENCKAERTS, J. M. y Doswald-Beck, L., Customary International Humanitarian Law, Cambridge, Cambridge University, 2005.
-LAMB, S. "Nullum crimen, nulla poena sine lege in International Criminal Law", en The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary, Oxford: Oxford Uni¬versity, 2002.
-LÓPEZ C., "Capítulo IV. Colombia", en Desaparición forzada de personas. Análisis com¬parado e internacional, Bogotá, Temis-GIZ, 2009.
-LÓPEZ ESCUDERO, M., "Principio de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y de las penas", en Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo, Bilbao, Fundación BBVA, 2008.
-MALARINO, E., "Capítulo I. Argentina", en Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional, Bogotá, Temis-GIZ, 2009.
-PELLET, A. y Daillier, P., Droit International Public, París: LGDJ, 2005.
-PETTITI, L.; Decaux, E. e Imbert, P. H., La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article, París, Económica, 1995.
-SCHABAS, W. "Customary law or judge-made law: judicial creativity at the UN Crimi¬nal Tribunals", en The legal regime of the International Criminal Court. Essays in honour of Professor Igor Blishchenko, Lieden: Martinus Nijhoff, 2009.
-SIERRA PORTO, HUMBERTO ANTONIO, CONCEPTO Y TIPOS DE LEYES. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

3.2. Jurisprudencia.

3.2.1. TPIY

IT-01-47-AR72, ASUNTO "FISCAL VS. Hadzihasanovic y otros". (Decisión relativa a la ex¬cepción de incompetencia. Responsabilidad del superior jerárquico), sentencia profe¬rida el 16 de julio de 2003 por la Sala de Apelaciones.

b. TESL

SCSL-2004-14-AR72 (E), ASUNTO "FISCAL VS. Sam Hinga Norman". (Decisión relativa a la excepción de incompetencia. Reclutamiento de menores de edad), sentencia proferida el 31 de mayo de 2004 por la Sala de Apelaciones.

c. TEDH

TEDH, ASUNTO "SUNDAY TIMES", SENTENCIA DEL 26 DE ABRIL DE 1979.

TEDH, ASUNTO "STRELETZ, KESSLER Y KRENZ VS.ALEMANIA", SENTENCIA DEL 22 DE MARZO DE 2001.

TEDH, ASUNTO "KONONOV VS. Letonia", sentencia proferida el 24 de julio de 2008.

TEDH, ASUNTO "KORBELY VS. Hungría", sentencia proferida el 19 de septiembre de 2008.

d.CorteIDH.

CORTE IDH,L ASUNTO CASTILLO PETRUZZI VS. Perú, en su sentencia de fondo del 30 de mayo de 1999

CORTE IDH, ASUNTO ALMONACID ARELLANO Y OTROS VS. Chile, fallado el 26 de septiembre de 2006.

e. CSJ

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL (2009). Asunto "Wilson Salazar Carrascal, alias el Loro", rad. 31.539,

providencia del 31 de julio, M. P.: Ibáñez Guzmán, A., Bogotá.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL (2009). Asunto "Gian Carlo Gutiérrez Suárez", rad. 32.022, providencia del 21 de septiembre, M. P.: Espinosa Pérez, S., Bogotá.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL (2010). Asunto "Jorge Iván Laverde, alias el Iguano", rad. 33.301, providencia del 11 de marzo, M. P.: Gómez Quintero, A., Bogotá.

e. Corte Suprema de Justicia de Panamá

PANAMÁ, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, ASUNTO "HELIODORO PORTUGAL", AUTO DEL 2 DE MARZO DE 2004.

Ponencia 3

ANALISIS DE LA GRAVEDAD DE LA CONDUCTA EN SEDE DE EJECUCION DE PENAS

Fernando Adolfo Pareja Reinemer
Magistrado Sala Penal Tribunal Superior de Bogotá

El artículo 2 de la Constitución Política, establece como fines del Estado, entre otros, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, en función de lo cual se ordena la protección de diversos bienes jurídicos mediante normas y acciones penales que operan a través de la amenaza y la restricción efectiva de derechos fundamentales de los responsables de ofender tales bienes jurídicos.

En este sistema, la función básica del juez de penas es garantizar la ejecución de la restricción de los derechos fundamentales, pero también que esa restricción se haga en forma legal, lo que conlleva necesariamente el deber de verificar las condiciones para que la pena se cumpla del único modo en que es constitucionalmente admisible: en relación con la realización de sus fines y con el respeto de las garantías del penado, de manera que el derecho punitivo, al regular la aplicación efectiva de la pena, limita el poder de aplicarla.

Conforme con lo previsto en los artículos 79 de la Ley 600 de 2000 y 38 de la Ley 906 de 2004, los jueces de penas tienen competencia para valorar la gravedad de la conducta con el fin de determinar si procede o no, en cada

caso concreto, la libertad condicional, y excepcionalmente la suspensión condicional de la ejecución de la pena, cuando lo hace en aplicación del principio de favorabilidad por cambio de legislación, cuando el juez de conocimiento, de un modo absoluto, omitió resolver sobre este subrogado en la sentencia, y cuando, una vez revocado el subrogado, cesa la causa de la revocatoria y procede reinstalar el subrogado.

El artículo 64 del Código Penal dice que el juez de penas podrá conceder la libertad condicional al condenado a prisión, previa valoración de la gravedad de la conducta punible, cuando haya cumplido las dos terceras partes y su buena conducta en el centro de reclusión permita concluir que no es necesario continuar su ejecución.

El artículo 63 del mismo código dice que la ejecución de la pena de prisión impuesta se suspenderá por un período de 2 a 5 años, de oficio o a petición del interesado, siempre que la prisión impuesta no exceda de 3 años, y 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.

Las dos normas citadas, frente al deber del juez de penas de valorar la gravedad de la conducta punible, tienen como finalidad determinar, no sobre la dosificación de la pena imponible sino cómo se cumplirá la pena impuesta.

Según la sentencia C-194 de 2005, con ponencia de la magistrada CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ, al definir si se violaba el non bis in ídem mediante la atribución que se le daba en la regulación de la libertad condicional al juez de penas para valorar la gravedad de la conducta, en relación con la valoración de la gravedad de la conducta que había hecho el juez de conocimiento, concluyó que era exequible tal atribución pero en el entendido de que el juez de penas debía tener en cuenta la gravedad de la conducta de acuerdo a como la valoró el juez de conocimiento en la sentencia.
Además, marcó las diferencias que se registran en los juicios que se emiten sobre la gravedad de la conducta por los dos jueces, el de conocimiento lo hace en relación con la declaración de responsabilidad penal

y la fijación de la pena, en tanto que el de penas lo hace en relación a si es necesario que la pena se siga ejecutando o si ya no es necesaria, por agotamiento de su objeto.

Esta diferenciación se basa en que el juez de conocimiento impone la pena, no como una respuesta automática a la comisión de un delito, sino con uno o varios de los fines aceptados legalmente en el sistema colombiano en el artículo 4 del Código Penal. Veamos:

La *prevención general*[1] consiste en el propósito de que las demás personas no delincan, y se distinguen dos clases: la *positiva*, en la que la pena, en su texto legal, es una fuente de motivación del comportamiento de los individuos y un límite a su imposición; y la *negativa*, que se cumple en la ejecución de la pena, por vía de la certeza que se infunde a la comunidad, que de portarse como el agente, recibirán el mismo tratamiento ejemplarizante, provocando un efecto disuasivo.

La *prevención especial* de la pena se propone impedir que el agente vuelva a delinquir, y se clasifica en *positiva*, cuando actúa sobre su persona, durante la ejecución de la pena pero con efectos posteriores a ella, para reintegrarlo a la sociedad, por lo que se complementa con la *resocialización*[2].

La *prevención especial negativa*, opera sacando físicamente al agente de la sociedad, con efectos durante la ejecución de la pena, y se complementa con la *retribución justa*, entendida como la expiación del mal del delito con el mal de la pena, provocando una impresión psicológico-social de escar-

1 *La doctrina ha consolidado suficientes argumentos para descalificar la prevención general como fin de la pena, en cuanto a que es inadmisible que se use al condenado para enviar un mensaje a los otros miembros de la comunidad, es decir, como agresión contra su dignidad humana, pues por esa vía es instrumentalizado o usado como medio para otro fin. No obstante, la ley define que esa es una de funciones de la pena, que puede ser admisible solo de un modo secundario cuando se usa en conjunto con las otras funciones.*

2 *La resolución es en la norma citada (artículo 4 del Código Penal) una función declarada de la pena impuesta a los adultos que delincan. No obstante, es a la vez un principio fundante del régimen penitenciario, siempre que excluya la llamada resocialización de reemplazo, que invade ámbitos íntimos del condenado y procura, como en la película del director de cine STANLEY KUBRIK, la Naranja Mecánica, cambiar la personalidad del condenado por otra impuesta desde el sistema, lo que es incompatible con su dignidad humana.*

miento por el ataque al derecho ajeno, en la medida de su culpabilidad y antijuridicidad.

La *protección* del condenado opera de modo que se inhibe la idea de justicia por propia mano, liberándolo de la reacción ofensiva exorbitante de las víctimas y la comunidad al proporcionarles la satisfacción de su derecho a la justicia.
De modo que la ley predefine una o varias de esas finalidades y dispone de una duración que sea suficiente para que esa finalidad se cumpla. Más de allá de estas finalidades, el sistema penitenciario está regido, entre otros principios, por los de la dignidad humana del condenado y el de resocialización, según los cuales el condenado a pena efectiva de prisión es sacado de la sociedad pero con el propósito de regresarlo a ella con elementos suficientes para que no vuelva a delinquir, observando las normas mínimas de convivencia.

Algunos autores pretenden que el tratamiento penitenciario abarque, en su función de resocialización, la interiorización de valores y principios socialmente aceptados, como GARCIA TORRES, pero en el estado actual de cosas constitucionales, predefinir un modelo de moral predominante para inocularlo al interno, no deja de ser sospechoso de un Estado autoritario que se excluye del modelo definido en la Constitución Política de 1991, con lo cual es suficiente, dentro de la función de resocialización, que el interno no vuelva a delinquir mediante la observancia de las normas mínimas de convivencia, lo que ya es bastante para la función democrática del derecho punitivo.

Este principio de resocialización, como un ideal, se complementa con el principio de progresividad, como procedimiento, según el cual el tratamiento penitenciario se organiza en diversas etapas en las cuales el paso del interno de la cárcel a la sociedad no ocurre abrupta sino paulatinamente, mediante la verificación de unos determinados méritos del interno en el proceso, basado en un sistema de castigos y premios, no para usurpar su personalidad sino para adecuarla a un orden justo.

De modo que el tiempo de ejecución física de la prisión está relacionado con la obtención efectiva de esa finalidad de resocialización. Pero como en la verificación de estos dos supuestos intervienen algunas variables que son difíciles de predecir al momento de imponer la pena, regida por topes fijos de su mínimo y máximo, la atribución de circunstancias de mayor punibilidad, la dosificación según los criterios del inciso 3 del artículo 61 del Código Penal y el arbitrio del juez de conocimiento, la institución de la libertad condicional propone al juez de penas examinar si el interno logró cumplir la finalidad de la pena antes del vencimiento de su duración predefinida, pues si hay evidencia seria de que esa finalidad se consolidó antes, el tiempo de exceso de la duración de la pena ya no estaría justificada constitucionalmente y podría interpretarse como una prolongación indebida de la privación de la libertad, aunque formalmente esté dentro del rango temporal de la pena fijada en la sentencia.

En esa labor del juez de conocimiento, referida a dosificar la pena, al menos en dos momentos la ley sustancial le impone la carga de valorar la gravedad de la conducta: (i) como criterio de fijación de la pena dentro del cuarto punitivo seleccionado, según el inciso 3 del artículo 61 del Código Penal; (ii) y una vez dosificada la pena, como verificación del requisito subjetivo de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en el artículo 63-2 del Código Penal. Nótese que siendo idéntica la naturaleza de la labor, sus fines son diversos: uno para fijar la pena y la otra para decidir cómo se cumplirá.

Volviendo al punto de partida de este argumento, cuando el juez de conocimiento cumple su carga de valorar la gravedad de la conducta mediante suficientes elementos de caracterización, el juez de penas puede, para resolver sobre la libertad condicional o la suspensión condicional de ejecución de la pena, remitirse a sus términos sin complicaciones secundarias.

Pero no son pocos los casos en los cuales los jueces de conocimiento no hacen esa valoración, pues para fijar la pena se limitan a citar el nombre del criterio sin aportar elementos fácticos ni consideraciones jurídicas, diciendo sólo, por ejemplo "… *por la gravedad de la conducta* se aumenta la pena…" o "… *la conducta es muy grave y no se concede el subrogado*…".

La otra causal de valoración de la gravedad de la conducta por el juez de conocimiento, sobre el requisito subjetivo de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, es contingente, pues sólo los delitos en los cuales se imponen pena hasta 36 meses de prisión permiten su procedencia, pero en una política criminal con tendencia exorbitante e indiscriminada al aumento de penas, cada vez menos es factible que se imponga una pena inferior a ese monto.

Pero también ocurre que para definir la satisfacción o no de ese requisito subjetivo, como la norma permite que se haga, tanto por la gravedad de la conducta como por la vía de los antecedentes del agente o por la modalidad de la conducta, los jueces de conocimiento resuelven sobre este subrogado sin referirse a la gravedad de la conducta, empleando los otros dos criterios, de modo que el porcentaje de casos en los cuales el juez de conocimiento no realiza la valoración de la gravedad de la conducta es significativo.

Así se generó una situación en la cual, la norma fue constitucionalmente validada en la sentencia C-194 de 2005, bajo el supuesto de que siempre los jueces de conocimiento realizaban la valoración de la gravedad de la conducta. Pero no se contempló en ese fallo que el juez de conocimiento no hubiera realizado la valoración de la gravedad de la conducta.

No obstante, este caso no es problemático porque la demanda de constitucionalidad de la norma estaba circunscrita al caso en que se pudiera presentar contradicción entre la valoración de la gravedad de la conducta que había hecho el juez de conocimiento frente a la que hiciera el juez de penas, de modo que la Corte Constitucional resolvió que en ese caso, el juez de penas debe atenerse a la valoración que hubiera hecho el juez de conocimiento en la sentencia, y así nunca habría contradicción entre ellas.

Cuando no hay valoración de la gravedad de la conducta por el juez de conocimiento, y tal valoración se requiere para resolver sobre la libertad condicional o la suspensión condicional de la ejecución de la pena, puede y debe hacerla el juez de penas, aunque a partir de los hechos aceptados en la sentencia.

La pregunta a cuya respuesta se procura contribuir en este ensayo es: ¿qué es la gravedad de la conducta? En las tres normas que se refieren a la gravedad de la conducta, esto es, los artículos 61-3, 63-2 y 64-1 del Código Penal, no se da una definición ni una aproximación conceptual a ella. Veamos:

La gravedad de la conducta punible puede ser entendida de un modo abstracto, en relación con el mayor o menor grado de importancia social que se le dé al bien jurídico tutelado a través de cada tipo penal, y que se puede medir legalmente por medio de la naturaleza y cantidad de pena que se le adscriba, así como por la severidad con que se regulen, frente al mismo, los subrogados, sustitutos, beneficios y derechos de los procesados y condenados por esos delitos.

Desde este punto de vista se puede considerar muy grave, por regla general, toda conducta que se cometa contra tales bienes jurídicos, como ocurre, por ejemplo, con el narcotráfico, en cuanto vulnera el bien jurídico de la Salud Pública, de modo que a partir de este criterio no es factible diferenciar entre quien porta algo más de la dosis personal de quien exporta 12 toneladas de la misma droga ilícita.

En sentido contrario, sucede que en aquellos bienes jurídicos que tienen previstas tipos penales con penas privativas de la libertad mínimas o penas no privativas de la libertad, en general se crea en torno de ellas la idea de que su comisión merece una valoración de menor o mínima gravedad.

Pero no es ésta la gravedad de la conducta a la que se refieren las normas citadas, pues como su nombre lo dice, no se trata de la gravedad del delito que la tipifica sino la gravedad de la conducta que a ella se adecua, dentro del sentido de un derecho penal de acto. Esto denota que tal gravedad se circunscribe al caso concreto, y como quedó visto, la función esencial de la valoración de la gravedad de la conducta es diferenciadora, es decir, individualizar cada delito y reducir su confusión respecto de otros de su misma especie: como un homicidio de otro homicidio, por ejemplo.

Esta función diferenciadora es esencial para la armonía del sistema penal en su conjunto, que se opone a la idea de homologación o equiparación de todas las conductas punibles, que conduciría a un derecho penal de pena única, y que por el contrario, cada vez más construye la legitimidad del poder punitivo de los Estados en la exigencia de que el grado del reproche sea exactamente el correspondiente al grado de lesión o riesgo al bien jurídico de acuerdo con su medida de culpabilidad.

La gravedad de la conducta supone que el elemento del delito y la categoría dogmática de la antijuridicidad esté satisfecha en el caso concreto, es decir, que la conducta del agente, siendo típica, haya ofendió, por someter a un daño cierto o potencial, el bien jurídico que protege ese tipo penal. Pero el hecho de que todos los delitos que se cometan contra un bien jurídico, agoten igualmente su antijuridicidad, no significa que todos ellos lo hagan en la misma intensidad o extensión, de modo que puedan, por ese solo rasgo común, permitir la idea de que son iguales, jurídica y materialmente.

Esta premisa comprometería, además de la relación íntima entre antijuridicidad y punibilidad, el derecho a la igualdad entre los varios delincuentes, pues tal principio fundante de la constitucionalidad del sistema punitivo, significa no sólo que los iguales sean tratados igual, sino que los diferentes sean tratados diferente, de modo que quien vulneró un poquito el bien jurídico no merece la misma pena de quien vulneró mucho ese mismo bien jurídico.

Pero si el principio de igualdad determina que los diferentes no pueden recibir un trato igual, lo que ocurriría con las penas únicas, como en la pena de muerte o la prisión perpetua, para conocer el contenido exacto de ese trato desigual, se debe acudir a otro principio constitucional, el de la proporcionalidad, según el cual, en el caso penal, la cantidad de pena que le corresponde a cada autor o partícipe está dado, entre otros criterios, en la medida del daño real o potencial al bien jurídico.

De modo que el estado de cosas que encuentra el juez de penas cuando va a valorar la gravedad de la conducta, en relación con los dos subrogados que lo requieren, es que la conducta del condenado ya fue declarada en

la sentencia como punible, y por lo tanto que se superó positivamente el juicio de su antijuridicidad. Además, tratándose de la libertad condicional, ya hubo la consideración de que la pena debía cumplirse efectivamente, en medio carcelario o domiciliario, y lo que se va a decidir es si la pena debe continuar hasta el cumplimiento completo de su duración prevista en la sentencia o si se puede anticipar su terminación por agotamiento de sus fines.

La importancia de valorar la gravedad de la conducta para determinar si procede o no la libertad condicional, radica en que a través de ella se fija un punto de partida objetivo, a partir del cual se podrá evaluar si el desempeño del condenado en el centro carcelario es suficiente para entender que el fin de la pena se cumplió. Para la procedencia del subrogado no basta que se haya cumplido las 2/3 parte de la pena, en tiempo físico o por redención por estudio, enseñanza o trabajo, y que el condenado haya tenido un buen comportamiento, !no! Además se debe verificar que frente a la valoración concreta de la gravedad de su conducta, esos datos permitan, fundadamente, considerar que no se requiere seguir cumpliendo la pena.

En la suspensión condicional de la ejecución de la pena es diferente, porque el juez de penas podrá versar sobre ella sólo si el juez de conocimiento omitió absolutamente decidir sobre ella en la sentencia o si va a tratarla por favorabilidad, en un cambio de legislación, situaciones en las cuales no hay una valoración previa de la gravedad de la conducta por el juez de conocimiento, y se requiere decidir si es necesario ejecutar la pena impuesta.

Cuando se trata de que este subrogado fue concedido en la sentencia por el juez de conocimiento y el juez de penas lo revocó por incumplimiento de los deberes de que dependía su vigencia, como no pagar injustificadamente los perjuicios a la víctima, ya habría una valoración previa de la gravedad de la conducta por el juez de conocimiento, y en este caso el juez de penas debe atenerse a esa valoración para reinstalarla, basado en que el deber incumplido ya se cumplió, de manera que el motivo de la revocatoria se superó.

La gravedad de la conducta es un juicio de valor que el juez emite sobre cómo se magnifica particularmente el modo a través del cual el condenado tornó antijurídica su conducta, entendiendo que hacerlo admite distintos grados en una escala de menor a mayor, en al menos dos vectores variables: el primero referido a la intensidad, como categoría cualitativa, y el segundo referido a la extensión, como categoría cuantitativa.

La propiedad que genera el desvalor de la conducta es el efecto negativo en la satisfacción de derechos determinados de las víctimas reales o simbólicas, y ello comporta la categoría cualitativa. Por ejemplo, suministrar gratuitamente heroína a un hombre hasta hacerlo adicto y luego convertirlo en comprador habitual, es violatorio del derecho a la salud individual, como elemento de la salud pública, de modo que podrían concurrir, en principio, narcotráfico y lesiones personales, lo cual particulariza la dañosidad de la conducta en una intensidad media y en extensión de una persona. Pero si en este mismo caso la víctima es un niño, es factible juzgar que la dañosidad de la conducta es más intensa, aunque la extensión siga siendo una persona.

La razón de la variación en el vector cualitativo de la valoración de gravedad de la conducta obedece a que hay más derechos comprometidos en la antijuridicidad del delito, cuando se trata de un niño, quien además de su salud e integridad personal, tiene derecho a ser protegido de este ataque porque él mismo no puede proveerse esa protección, y su mayor vulnerabilidad lo hace merecedor a un mayor ámbito de protección.

En el vector cuantitativo, el tráfico de un kilo de heroína es menos grave que el tráfico de dos kilos de heroína. Pero si el kilo de heroína se trafica en un colegio entre sus alumnos y los dos kilos de heroína se trafican entre adultos en una calle, la combinación de los dos vectores mostrará una mayor gravedad de aquél tráfico frente a éste, porque entre ambos tiene mayor peso el factor cualitativo.

Pero este ejemplo trae una complicación adicional al concepto, y es que la valoración de la gravedad de la conducta tiene que versar sobre elementos, tanto cualitativos como cuantitativos, que sean atípicos, es decir, que no estén previstos como elementos descriptivos del tipo, como

tampoco en sus calificantes, agravantes y circunstancias de mayor punibilidad, porque en ese caso el mismo dato se estaría usando al menos dos veces con fines aflictivos, generando el riesgo de ofender la prohibición de reprochar dos veces lo mismo.

En el ejemplo citado, con base en las mismas consideraciones cuantitativas de la valoración de la gravedad de la conducta, el legislador ha dispuesto, frente a la heroína, una escala punitiva medida por su peso en gramos, que va: hasta 20 gramos, de 4 a 6 años de prisión; de 21 a 60 gramos, de 6 a 8 años de prisión; de 61 a 2000 gramos, de 8 a 20 años de prisión; y más de 2000 gramos, de 16 a 20 años de prisión.

De modo que la valoración que puede hacer el juez, por el factor cuantitativo, no puede parafrasear el que ya hizo el legislador por esa misma razón. Pero en los intersticios que deja el legislador, por ejemplo, hasta 20 gramos, no es lo mismo, en el vector cuantitativo, 5 que 15 gramos, de modo que por este factor, quien porte 5 gramos merecerá una valoración de la gravedad de la conducta menor que la de quien portaba 15 gramos.

Pero el legislador también ha incorporado elementos cualitativos en la graduación de la gravedad de la conducta, y por eso, en el ejemplo de traficar un kilo de heroína en un colegio, entre sus alumnos, ese elemento ya no podría ser objeto de valoración con ese fin, pues en el agravante del artículo 384-1-b del Código Penal, se duplica el mínimo de la pena cuando el delito se comete en centro educacional.

Pero al igual que en el caso de los factores típicos cuantitativos, en los cualitativos también cabe la valoración de la gravedad de la conducta, pues no es lo mismo un centro educativo de primaria a uno de secundaria, y entonces merece una calificación de mayor gravedad si el delito se comete en aquél que en éste, o si el centro educativo es de niños con discapacidad a si lo es de niños que no tienen discapacidad.

Es necesario reiterar que los elementos, tanto cuantitativos como cualitativos, a partir de los cuales se hace la valoración de la gravedad de la conducta, además de la exigencia según la cual deben ser atípicos, concurren la exigencia de que deben estar probados, de modo que no pueden

ser producto del conocimiento privado del juez, tanto de conocimiento como de penas, y menos ser producto de la suposición o capricho suyo, en cuyo caso se vulneraría la exigencia de que el grado de conocimiento a partir del cual se pueden hacer declaraciones de responsabilidad penal y derivar de ellas consecuencias aflictivas para el condenado, es el de más allá de toda duda razonable.

En este sentido no son admisibles afirmaciones como aquellas de que esa especie de delito agobia especialmente a determinada comunidad en una época concreta, cuando ese hecho no está demostrado en el proceso. Además, porque la estructura del proceso penal exige que cualquier hecho a partir del cual se pueda derivar consecuencias aflictivas para el condenado, debiera estar atribuido con tal claridad, que él haya podido conocerlo, aceptarlo o defenderse de él.

Esta atribución implica que en la ocurrencia de ese hecho, el condenado haya sido autor o interviniente, o que lo haya conocido y utilizado en su conducta punible, de modo que además le sea reprochable, en cuanto a su culpabilidad, para garantizar la proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva que se hace en el artículo 12 del Código Penal.

Con ocasión de la prohibición de la doble incriminación prevista en el artículo 8 del Código Penal, es vigente la discusión sobre si la valoración de la gravedad de la conducta que se haga de acuerdo con el artículo 61-3 del mismo código, enerva la que se haga de acuerdo con los artículos 63-2 y 64-1 del mismo código, pues si en todos ellos el resultado es negativo para el condenado, y si se basa en los mismos datos, se podría pensar que se ofende este principio rector.

La respuesta a este problema jurídico es que no se vulnera el non bis in ídem, porque si bien en los tres casos el resultado puede ser, de un modo general, aflictivo por comportar restricción de derechos, como cuando se aumenta la pena dentro del cuarto punitivo seleccionado, y además se decide que no proceden la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la libertad condicional, teniendo en cuenta que cada uno de los ámbitos en que cursan los efectos de las tres instituciones es diferente, no habría identidad de fines, pues en el primer caso esa valoración incide

en la dosificación de la pena, en el segundo, que la pena dosificada debe ejecutarse efectivamente, y en el tercero, que esa pena, además de que debía ejecutarse efectivamente, debía serlo también completamente.

La plena individualización de cada delito, de modo que todos sus aspectos relevantes queden registrados válidamente, generará una pena que será justa al ser producto fiel de esas características únicas, es decir, no más de lo necesario porque será abuso de la posición dominante del Estado; ni menos de lo que merece porque sería una ofensa a la víctima del delito, y entonces los efectos dolorosos de la pena pueden ser admitidos constitucionalmente como reafirmación del derecho ofendido y no como envilecimiento de una sociedad, que ve a sus jueces de penas como verdaderos jueces justos, con rostros visibles y no como verdugos anónimos que agregan dolor al sufrimiento del condenado y de las víctimas.

Ponencia 4

EL PESO PROBATORIO DEL DICTAMEN PERICIAL EN SEDE DE EJECUCIÓN DE PENAS

Dr. José Fernando Reyes Cuartas
Magistrado Sala Penal Tribunal Superior de Manizales

I. CIENCIA DEL DERECHO Y CIENCIAS AUXILIARES

El derecho es una ciencia cultural normativa; fundamentalmente el lenguaje es el elemento con el cual se construye. Por eso el derecho es ciencia construida. Todos los avatares de la filosofía del lenguaje, ahora son de la preocupación del jurista.

Desentrañar el sentido, el alcance y el contenido del derecho, es el trabajo de todo intérprete del derecho. Los métodos al uso, para alcanzar tales cometidos, son variados. Desde las iniciales posturas que ensayaban el hallazgo de esos resultados, averiguando el alcance de las palabras –exégesis-- hasta las modernas teorías de la argumentación, el peso de las palabras se erige en la masa moldeable con la que el jurista procura alcanzar sus fines y cometidos; básicamente realizar la justicia material, la equidad, la igualdad, en fin, resolver civilizadamente un conflicto. Bien podría parodiarse a Austin, "Hacer cosas con palabras".

La dogmática jurídica perfeccionará el edificio: construirá uno y otro concepto y los acomodará luego de manera lógica y técnica; en un sistema; como un delicado juego de piñones, perfectamente articulados en que cada uno de ellos, cumpla una función. La dogmática se identificará así con la ciencia. Y ello requerirá de especialistas que hablen un lenguaje común, en el cual los puntos de partida sean más o menos pacíficos, o, en todo caso, donde las diferencias sean identificables.

Si al derecho le corresponde mantener una relativa armonía social, previendo y solucionando los conflictos que al interno del conglomerado social se presenta, es dable pensar que su actividad se multiplica de manera inusitada. En efecto, la pretensión reguladora de la vida social por medio de normas, se erige en un elemento genético del orden civilizado. De allí que al derecho le corresponda cohabitar con todos los órdenes del pensamiento y del saber humano; desde la regulación de la forma de desechar los pañales de bebé hasta la construcción de naves espaciales o la regulación de las técnicas de reproducción asistida, es algo que importa en demasía al derecho y por ende su misión es preverlo y regularlo.
En el universo del conflicto, siempre advertible y siempre posible, el derecho no puede pretender tener un lenguaje exclusivo, por el construido, siempre y en todos los casos, y para todos los eventos. Es necesario trabajar con el lenguaje científico de cada área del saber humano, aunque en veces el derecho puede connotar algunos elementos, acciones o elementos con signos distintivos o dando alcance o sentido especifico a algún vocablo o concepto.

II. LA MISION DEL JUEZ EN LA VIDA DE LA DOGMÁTICA JURIDICA

La tarea del juez en la construcción de la dogmática posee inusitada importancia, porque a pesar de que su labor no sea la de elucubrar, ensayar teorías, o especular con fines de creación científica, incluso además porque acaso la sentencia no sea el escenario adecuado para ello, con toda seguridad el banco de pruebas de toda teoría lo es su capacidad de rendimiento práctico, esto es, su potencialidad para resolver conflictos.

Es en el ejercicio diario de la jurisdicción, donde puede dimensionarse la utilidad de la teoría; el juez advierte los problemas de eficacia o la insatisfacción de ciertas consecuencias a las que suelen llevar las teorías, y por ello deben repensar tópicamente los asuntos puestos a su juicio, poniendo allí el germen del avance dogmático.

La dogmática queda reducida a mera especulación si el trabajo del juez le ignora, pero, asimismo, la jurisdicción va camino del despeñadero de la arbitrariedad y con ello de su propia aniquilación, si cree que su trabajo se puede hacer de manera asistemática, de espaldas al trabajo de los científicos-dogmáticos.

III. LA JUSTICIA COMO ELEMENTO DE LA PAZ SOCIAL

Resolver con justicia los conflictos, parece un imposible metafísico. Hallar una verdad más allá de toda duda, es un estándar deseable, construible desde las orillas de lo razonable y de lo racional. Trabajar con la ciencia y procurar altas dosis de seguridad, hace que el trabajo del juez posea mayor legitimidad, porque siendo el lenguaje una frágil masa moldeable, las fisuras en la argumentación dejan entrar la arbitrariedad, con lo cual ni la ciencia jurídica ni la tarea del juez, son algo confiable; el proceso y la sentencia serán un simple ejercicio de poder, el reo una cobaya y la justicia será la del cadí o lo que encuentra el arúspice. Y entonces habrá nacido el elemento que niega la justicia: la guerra; porque en la guerra, las razones no sirven, y sólo vence quien más fuerza exhiba.

El juez no es omnisciente y por ello debe apoyarse en otras ciencias. Para el logro de la justicia, es necesario que el juez obre con relativa libertad ideológica, liberado de ataduras mayores que no sean la Constitución y la Ley, con altos grados de independencia y con absoluta imparcialidad.

Es cierto que el juez no es autónomo e independiente simplemente porque ello sea conveniente para su buena salud, sino acaso porque ello es imprescindible para realizar el valor Justicia material de cara al ciudadano. El juez como baluarte de la democracia no es independiente

simplemente para garantizar su impune arbitrariedad, sino para blindar de injerencias extrañas –incluso las que pueden venir del propio interior de la jurisdicción—su función y su decisión.

IV. NATURALEZA DE LA PRUEBA PERICIAL

El trabajo judicial debe apoyarse con inusitada frecuencia en el dictamen de expertos; en efecto, la solución de los más variados conflictos, exige en pluralidad de ocasiones que quienes dominan otras ciencias o artes, opinen con suficiencia científica sobre asuntos que atañen al tema por decidir, de suerte que el juez reconoce que posee limitaciones y entiende que la ciencia normativa del derecho le habilita para la interpretación de las reglas, pero que muchas veces el desentrañamiento de su sentido, de cara a los eventos particulares, reclama el auxilio de voces autorizadas. Pretender que el juez sea un experto en todas las materias es poco menos que una candidez o una osadía.

Según la doctrina "la pericia es el medio de prueba al que se recurre, cuando para asegurar la existencia de un hecho o su simple posibilidad, se requieren conocimientos técnicos, o cuando siendo esta la materialidad del hecho, es necesario para conocer su índole, cualidad o su consecuencias, un conjunto de conocimientos técnicos o científicos ". "La prueba pericial ha sido definida como aquella que se realiza para aportar al proceso las máximas de la experiencia que el juez no posee o no puede poseer y para facilitar la percepción y la apreciación de los hechos concretos objeto del debate"

El peritazgo puede tenerse como un auténtico medio de prueba, como un medio auxiliar-técnico del juez, o como figura mixta. Así se expresa el actual C. de P.P.: "Artículo 405. Procedencia. La prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados. // Al perito le serán aplicables, en lo que corresponda, las reglas del testimonio." Según la CSJ el perito es "aquel sujeto que posee conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso (…) Dicho de otra manera, el testigo técnico es la persona experta en una

determinada ciencia o arte que lo hace especial y que al relatar los hechos por haberlos presenciado se vale de dichos conocimientos especiales".

En efecto, si la prueba en general persigue ilustrar al juez, sobre hechos con trascendencia jurídica, el peritazgo de manera preponderante persigue influir en el juicio de valor que un juez debe tener respecto de un hecho.

Así, si al juez se le pide condenar al constructor a pagar una indemnización trasciende a las resultas del asunto puesto a su consideración que ha elevado un edificio con malos materiales, el juez debe acudir a expertos ingenieros constructores, químicos, calculistas, etc., que conforme al estado del arte en la Ingeniería o la construcción, colaboren en la elaboración de la conclusión básica, a saber, que la construcción es defectuosa y que "A" debe indemnizar a "B".

Debe seguir siendo claro, con todo, que es el juez quien debe emitir un FALLO y que como tal, su función de administrar justicia no está delegada al perito. La solidez de las conclusiones, la seriedad del informe pero ante todo el rigor de los procedimientos y saberes utilizados en la confección de las conclusiones, serán el punto de arranque del trabajo del juez. El perito no opina ni juzga; ofrece apoyos.

Punto crucial, como hemos dicho, es el respeto siempre de los mínimos materiales exigidos por la ley, al enfrentar la tarea pericial. Las normas rigurosamente exigen que se acrediten los conocimientos teóricos sobre la ciencia, técnica o arte en que se expide la pericia; los antecedentes sobre el conocimiento en el uso de instrumentos o medios en los cuales es experto; la práctica en la ciencia, técnica, arte, oficio o afición aplicables en el caso concreto; asimismo, que se dé cuenta de los principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis y su grado de aceptación. De igual manera, enlistar los métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso, dejando claro si en los exámenes o verificaciones se utilizaron técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza. Sobre temas similares a los anteriores (art. 417 CPP).

Con base en ello, el juez (Art. 420 CPP) en sede de conocimiento para pronunciar su sentido del fallo o en todo caso su decisión, tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas.

El juez podrá entonces acoger el dictamen o desecharlo, pero para ello precisará echar mano de razones muy fuertes, que descalifiquen al perito, sus conocimientos o procedimientos o sus conclusiones. No se requiere ciertamente que el juez sea un experto y que las razones aducidas se equiparen al dictamen, pero sí que es exigible el uso de razones correctamente fundadas, de cara al informe que se presenta.

Para ello deberá entonces decir que las conclusiones o el dictamen mismo contradice: 1) las «más elementales directrices de la lógica humana» 2) las «normas racionales», 3) el «sentido común»; 4) las normas de la lógica elemental o a las reglas comunes de la experiencia humana; 5) el «logos de lo razonable»6) el «criterio humano»; 7) el «razonamiento lógico»; 8) la «lógica plena»;9) el «criterio lógico»; o 10) el «raciocinio humano».

Para desechar o admitir el dictamen el juez prestará "una atenta consideración a elementos tales como la cualificación profesional o técnica de los peritos; la magnitud cuantitativa, clase e importancia o dimensión cualitativa de los datos recabados y observados por el perito; operaciones realizadas y medios técnicos empleados; y, en particular, el detalle, exactitud, conexión y resolución de los argumentos que soporten la exposición, así como la solidez de las deducciones; sin que, en cambio, parezca conveniente fundar el fallo exclusivamente en la atención aislada o exclusiva de sólo alguno de estos datos".

V. EL JUEZ, LA PERICIA Y EL SISTEMA ACUSATORIO

En el contexto del proceso acusatorio hoy en vigencia, la prueba pericial ha sido regulada de manera que las partes puedan discutir sus conclusiones. Al estudio previo que puede existir antes del debate le sobreviene un escenario de debate y discusión. Sin debate no hay pericia; el estudio se queda en un mero planteamiento, porque el perito tiene que dar las razones de sus conclusiones, explicar sus métodos de investigación, la aceptabilidad científica de los mismos, etc.

En este ambiente adversarial, el papel del juez es irreductiblemente insular, apenas complementario. Esto es, el juez no puede incidir de manera definitiva en el debate, porque de hacerlo, su parcialidad resultará favoreciendo una parte y perjudicando otra. Por ello es claro hoy día que el juez sólo está autorizado para desarrollar una tarea complementaria a la de las partes, en la práctica probatoria, y ello sólo una vez las partes hayan agotado sus intervenciones.

VI. EL JUEZ, LA PERICIA Y LA EJECUCIÓN DE PENAS

En sede de ejecución de penas, la tarea del juez es protagónica, a la manera del antiguo sistema inquisitivo; el juez dinamiza la actividad probatoria en esta sede, que ya no es de partes.

En efecto, la Fiscalía ya agotó su misión; la defensa reduce su espectro de actuación a los actos de conservación y defensa de los derechos fundamentales en la ejecución de la pena, a la actualización de los derechos a redención punitiva y eventual liberación condicional, entre otros beneficios como los derivados de la transición legislativa o la variación favorable de la jurisprudencia de cara al derecho de libertad.

Queda por decir que la función del Ministerio Público es capital aquí, pues, su función de promoción y defensa de los derechos del penado --también de la sociedad y las víctimas-- debe actualizarse cada vez que pueda interpretarse el actuar del juez, como desconocedor de los mismos.

La actuación del juez, tildada de desconocedora de los derechos de las víctimas o de los intereses de la sociedad, puede verse propiciada justamente por la ausencia de contradicción; en efecto, la ejecución de la pena se caracteriza por la inexistencia de la oralidad que caracterizan la investigación y juzgamiento.

En tal sentido, el debate está ausente y por ende las responsabilidades frente a la producción, contenido, alcance y poder suasorio de las pruebas, tiene una intensidad de responsabilidad mayor, sobre los hombros del juez.

Es deber del juez extremar las cautelas y prevenciones, pues, ciertamente la ausencia de contradicción y debate, puede hacerle caer en graves yerros o en las trampas de algunos interesados. Parodiando a Illescas, en sede de conocimiento, la voz del perito puesta en su dictamen es vox viva, en tanto que en ejecución de penas es vox mortua.

VII. EL DICTAMEN POR ENFERMEDAD GRAVE

El instituto NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, mediante la RESOLUCIÓN No. 000524 de ABRIL 15 de 2009, adoptó el REGLAMENTO TÉCNICO PARA LADETERMINACIÓN MÉDICO FORENSE DE ESTADO DE SALUD EN PERSONA PRIVADA DE LIBERTAD –Estado grave por enfermedad o Enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal.

Allí aseveró el Instituto, que en virtud del proceso de modernización, el avance de la Medicina Forense y la implementación del Sistema Penal Acusatorio en Colombia, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se consolida como el principal órgano técnico-científico del sistema judicial colombiano, que aporta las pruebas periciales necesarias para garantizar la objetividad de los procesos judiciales y policivos.

Así mismo, aduce la Institución que se hace necesario garantizar al sistema de administración de justicia, la idoneidad de las pruebas periciales que se aportan a las investigaciones, atendiendo a las necesidades

nacionales y teniendo en cuenta aspectos de seguridad, calidad científica y técnica, salud y preservación del medio ambiente, entre otros.

Agrega que, en consecuencia, se hace necesario definir el reglamento técnico que establezca los procedimientos a seguir por los médicos para la determinación médico forense de Estado de Salud –Estado grave por enfermedad o Enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal- en las personas sometidas a detención o pena privativa de la libertad que, conforme a la decisión judicial, puedan ser beneficiarias de la suspensión o sustitución de la detención preventiva o del aplazamiento, suspensión o sustitución de la ejecución de la pena, de acuerdo con la legislación mencionada.

VIII. EL CONCEPTO DE GRAVE ENFERMEDAD EN LA RESOLUCIÓN DEL IML

En dicha reglamentación se dice que se denomina "Estado de Salud en Persona Privada de Libertad", el tipo de examen médico-legal, mediante el cual un perito médico (o psiquiatra, en ciertos casos no contemplados en ese reglamento), siguiendo los protocolos forenses, apoya a la administración de justicia estableciendo si una persona privada de la libertad, como consecuencia de la aplicación de la ley penal, presenta alguna de las circunstancias de salud contempladas en los códigos Penal y de Procedimiento Penal colombianos.

La "Enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión", es una condición para conceder el beneficio de sustitución de la pena privativa de la libertad por la reclusión domiciliaria u hospitalaria. En este evento la persona a examinar se encuentra condenada a pena privativa de la libertad y se pretende establecer si sufre de una enfermedad calificada en el Código como "muy grave", incompatible con la vida en reclusión formal, e igualmente si se hace aconsejable sustituir el lugar de reclusión de la cárcel, por el de la residencia del penado o un hospital, en donde continuará cumpliendo la sanción penal.

Los conceptos de "Estado grave por enfermedad" y "Enfermedad muy grave incompatible con la reclusión formal", son análogos en consideración a que en ambos casos se busca proteger a la persona en la salud y la vida, independientemente de su situación jurídica. Ambos conceptos hacen referencia a una situación de salud incompatible con la reclusión so pena de poner en peligro la integridad física o salud y la vida misma de la persona, al no recibir oportunamente un tratamiento requerido.

Igualmente en algunos casos, puede atender a razones humanitarias, cuando las condiciones de salud del examinado requieren atención, manejo y cuidados especiales, sobre las cuales advertirá el médico perito, y que a juicio de la autoridad, no podrían proveerse adecuadamente en el establecimiento carcelario donde se encuentra el recluso.

Al respecto, ha dicho la Corte: "*…para que la obligación del Estado de velar por la salud del recluso se haga exigible, no es necesario que el interno esté afectado de tal manera que la situación involucre una amenaza de violación del derecho a la vida o de otro derecho fundamental. Es decir, la mencionada obligación de Estado no se refiere únicamente a aquellas situaciones de urgencia, o de peligro para la vida de quien se encuentra internado en un centro de reclusión, sino que comprende también la atención en salud en dolencias de otra índole y en medicina preventiva*" (S. T-530/99).

Este reglamento técnico presenta particularidades que le hacen especial; se hace énfasis en que se trata de especialistas en medicina forense, se anuncia qué tópicos no pueden ser estudiados o certificados, se establece cómo deben construirse y fundarse las conclusiones y se ejemplifican formas de concluir de manera breve.

Debe recordarse además que se trata de médicos oficiales, pues, pertenecen a la entidad habilitada legalmente para este tipo de actuaciones, de manera privativa, lo cual quiere decir que no es posible que el juez desoiga sus dictámenes y que acuda a otros en reemplazo. Que no quepa duda que la actuación de los médicos oficiales, del IML, se erige en un sine qua non de esta actuación.

Tales dictámenes son exigibles con vista a lo dispuesto en los arts. 68 y 68A del CP., 70 y 71; art. 362 Ley 600/200 (suspensión de la detención preventiva), art. 471 CPP Ley 600/200 (aplazamiento o suspensión de la pena); asimismo, art. 314 Ley 906 de 2004 (sustitución de la detención preventiva), art. 461 Ley 906 de 2004 (Sustitución de la ejecución de la pena); ley 65 de 1993, arts. 75 –(numos. 1 y 2—causales de traslado de internos), 104, 105 y 106 (normas de sanidad).

IX. LAS RESTRICCIONES LIBERATORIAS

Por lo menos desde la Ley 733 de 2002 en la última década, el legislador patrio ha acudido de manera amplia, a la elaboración de catálogos restrictivos en punto de medidas de aseguramiento dentro del proceso para obligar siempre y en todo caso, la prisión preventiva como única. Ello respondiendo ante todo a las oleadas de criminalidad de ciertas especies punitivas, que obligan tratamientos fuertes, que alleguen mensajes de "cero tolerancia" hacia la sociedad, con tales delincuencias.

Iguales predicamentos pueden hacerse con ocasión de las leyes 1098 de 2006, 1121 de 2006 y 1142 de 2007. En todas ellas se ha obligado el aherrojamiento, se deniegan los mecanismos de terminación anticipada del proceso, así como los subrogados de suspensión condicional de la ejecución de la pena, detención o prisión domiciliaria, libertad condicional, vigilancia electrónica, entre otras.

Cabe empero, la pregunta, ¿qué debe hacer el juez penal (de conocimiento o ejecución de penas) a la vista de un dictamen oficial, del instituto de medicina legal, elaborado según los protocolos de esta institución, conforme a la lex artis y el saber médico vigente, en el cual se dictamina que un interno posee una Enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión?

No parecen necesarias demasiadas elucubraciones para considerar que la tarea del juez es privilegiar la vida; no se esconde que tal es la filosofía jushumanista que inspira la Constitución de 1991 y que la dignidad, es por ante todo y sobre todo, el valor fundante del ordenamiento jurídico.

Las sentencias de la Corte Constitucional así lo mandan (por ser doctrina constitucional) en estas materias.

X. LO QUE PIENSA LA JURISDICCION DISCIPLINARIA EN ESTA MATERIA

Alguna decisión judicial disciplinaria, efectuó consideraciones del siguiente tenor de cara a una decisión que concluyó la necesidad de otorgar la prisión domiciliaria, bajo el mecanismo de vigilancia electrónica RF, a una persona condenada a la pena principal de 40 años de prisión por los delitos de homicidio agravado (en concurso homogéneo), determinador del delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (en concurso), autor del delito de peculado por apropiación y concierto para delinquir, y ante la presencia de un dictamen pericial del INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES de Colombia, institución oficial, habilitada por la ley de manera exclusiva para rendir el dictamen por Enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión:

1) "Una vez recibida la solicitud, mediante auto del 2 de Junio de 2009, la funcionaria investigada se limitó a ordenar la remisión del interno al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a fin de que se le realizará un valoración médica (folio 416 del cuaderno anexo I)."

2) El dictamen de peritos oficiales concluyó "al momento de la valoración médico legal el señor ECR se encuentra en aceptables condiciones generales sin signos clínicos de descompensación hemodinámica, neurológica y/o metabólica que ameriten tratamiento intrahospitalario o de urgencias. El señor castro padece una enfermedad de las arterias del corazón denominada enfermedad coronaria que lo ha llevado a presentar en dos ocasiones documentadas por historia clínica infarto agudo del miocardio. El tratamiento de dicha patología debe ser integral, regular sin interrupción, oportuno y manejado por un equipo interdisciplinario especializado a fin de evitar en lo posible otro infarto que deteriore aun más la ya menguada función del corazón. Se debe garantizar el control de los factores de riesgo modificables como son la dieta, el sedentarismo y el control del estrés situaciones que como se ve aun no han sido modificadas satisfactoriamente toda

vez que presenta obesidad. se debe garantizar las posibilidades de traslado a institución de salud especializado ante el más mínimo indicio de preinfarto, se debe garantizar la disminución del estrés y la programación de una rutina de ejercicio físico supervisada y adaptada a la circunstancias. Por todo lo anteriormente expuesto consideramos que el señor castro cumple con los criterios para establecer un estado de salud grave por enfermedad"

3) "…bien debe saber la administradora de justicia que el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, simplemente emite un diagnostico y posible tratamiento de la enfermedad como un simple criterio orientador (ver folio 273 a 274 del cgo.), que por supuesto no obliga al funcionario judicial, sino que le proporcionan elementos de juicio para adoptar una decisión ajustada en derecho, en el cual, por supuesto debe tener en cuenta el contexto no solo que atañe al caso particular del condenado sino a la realidad nacional. (…)

"Observa la Sala que la funcionaria judicial fue bastante escueta o precaria en una decisión tan importante no sólo para el condenado sino para la sociedad en general pues es evidente que tamaña determinación tendría un efecto negativo ante la opinión pública."

"Tan ligera fue la decisión de la doctora AV que no se preocupó en argumentar el porqué se consideraba que el sentenciado se hacía acreedor al beneficio, pese a que varios de los delitos por los que se le condenó hacían improcedente tal solicitud, no se tomó el trabajo de averiguar si podía ser trasladado a otro centro carcelario en donde se le dieran los cuidados necesarios, ni siquiera tuvo en cuenta que fue el mismo CR quien refirió, al presentarse al examen que le practicó el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que hasta ese momento lo habían estado llevando puntualmente a las sesiones de rehabilitación cardiaca; así como tampoco tuvo en cuenta el pago de los perjuicios a que fue condenado el señor EC". (…)

"Esta Sala observa facilismo en la decisión adoptada por la funcionaria judicial, pues se limitó a la aplicación mecánica de la Ley, sin motivar la misma, sin tener en cuenta que conforme a la jurisprudencia que ella misma cita, la prisión domiciliaria en primer término no procedía, sin tener en cuenta la cantidad de delitos imputados y la naturaleza de los mismos, sin tomarse el trabajo de allegar los suficientes elementos materiales de prueba, que le permitieran llegar a una

conclusión más ajustada a la realidad no solo del asunto que estudiaba sino al contexto nacional, pues una decisión como esta puede incidir incluso en ámbitos internacionales en donde a la fecha, somos vistos como un país caótico en materia de justicia, en el cual reina la inseguridad jurídica, lo que en efecto se refleja en casos como el que estudiamos en el que un ex funcionario público condenado por el Tribunal de mayor jerarquía de la justicia ordinaria, la Corte suprema de Justicia, es condenado a la pena de 40 años de prisión y casi año y medio después es beneficiado de una medida sustitutiva, otorgada por la doctora AV".

"Y es que lo que cuestiona esta colegiatura es que la funcionaria tomó una decisión contrariando las normas legales que se aplican al caso concreto, por cuanto no de dan ninguno de los requisitos exigidos por la ley para concederla; además su falta de diligencia al manejar el asunto en comento".

"Se escuda la doctora AV en el hecho de haber proferido una decisión "acatando" un concepto de medicina legal, quienes al ser expertos en el tema de salud, dictaminaron que el señor Edilberto Castro, padecía una enfermedad grave que requería un tratamiento que no podía ser dado en un centro carcelario. No obstante, de haber realizado un trabajo acucioso, la servidora judicial hubiere podido determinar que desde el 22 de Julio de 2009, el INPEC celebró contrato de aseguramiento con CAPRECOM – EPS-, encargada de prestar los servicios de salud a la población carcelaria, por lo que en algunos establecimientos carcelarios se cuenta con personal de salud, médicos, odontólogos, enfermera, auxiliares de enfermería y bacteriología, y en otros, el servicio se presta conforme a un modelo coordinado por la EPS, en que se utilizan profesionales de la salud como los antes mencionados.""Adicionalmente, que desde la suscripción del contrato de aseguramiento las emergencias que no pueden ser tratadas por los profesionales de CAPRECOM, son remitidas a la red local de servicios de salud. "Para el tratamiento de enfermedades "graves" CAPRECOM cuenta con una póliza de seguros QBE para las enfermedades de alto costo como son VIH; CANCER, INSUFICIENCIA RENAL ENTRE OTRAS", para lo cual incluso se tiene un procedimiento establecido tanto en la parte de seguridad como de salud, para reaccionar en forma inmediata y trasladar al recluso al lugar que sea necesario (folios 267 a 272 del c.o.)".

"Que específicamente para atender una emergencia de "ENFERMEDAD DE LAS ARTERIAS DEL CORAZON… el recluso debe ser desplazado a la Clínica o el Hospital de la red de CAPRECOM para que reciba la atención especializada con el nivel de competencia que requiera la gravedad de la enfermedad que padece, por esta misma razón el personal médico y de enfermería de los sitios de reclusión cuando se entera de la urgencia del interno y hacen la impresión diagnóstica que concuerde con casos agudos remiten al interno al nivel requerido con la celeridad que el caso lo amerite; ahora bien para el seguimiento a este tipo de enfermedades y previo concepto medico el interno es recluido en establecimiento que tenga acceso a servicios de salud del nivel que se considere necesita el recluso, para así de esta forma continuar con los controles que ordene el médico tratante y de ser necesario llevarlo prontamente cuando el caso así lo amerite" (Folios 196 a 197).

"Ni siquiera se preocupó la disciplinada por solicitar los antecedentes penales del condenado quien según informes allegados fue condenado por el Juzgado 27 Penal del Circuito de Bogotá, mediante providencia del 28 de febrero de 2001, a la pena de 24 meses de prisión dentro del proceso No. 1998-0136, por homicidio culposo (folio 6 del cuaderno reservado)."

"Hecho el recuento que antecede, se observa que los argumentos defensivos de la disciplinada no están llamados a prosperar por cuanto como ya se dijo el concepto de medicina legal no es una camisa de fuerza para el operador judicial, es un simple criterio orientador que no debería dictaminar si el estado de salud es o no incompatible con la vida en reclusión, pues ello le competente advertirlo al juez que después de un cuidadoso y juicioso estudio llegue a esta conclusión". (Subrayamos).

"Ahora bien, observados los argumentos jurídicos que esboza la funcionaria, esto es, los artículos 79 y 362 de la Ley 600 de 2000, el 314 No. 4º y 461 de la Ley 906 de 2004, y la sentencia C 318 de 2008, expedida el 9 de abril de 2008, por el Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño, de la Corte Constitucional, se observa aún más el desconocimiento de la investigada pues, la ley es clara en manifestar que es facultad del juez otorgar o no este beneficio; además en la sentencia que trae a colación se extracta claramente que conforme al parágrafo del artículo 27 de la ley 1142 de 2007, estos beneficios están vedados para cierta clase de delitos como algunos de los que se encontró responsable al señor ECR, caso en el cual se requiere de un estudio concienzudo y juicioso del servidor judicial que

conoce el caso, para determinar si lo otorga o no; aún más, resalto la Honorable Corte el espíritu de aquella Ley "contribuirá a garantizar la tranquilidad y seguridad de la comunidad que clama por una respuesta pronta y eficaz por parte del estado frente a las conductas punibles de especial impacto".

"Si la función del Juez se limita al encuadramiento mecánico de las leyes en un caso concreto, sin la observancia del mismo conforme al contexto general, las circunstancia de modo, tiempo y lugar del caso confrontada con la realidad jurídica y fáctica del país, sino aplicando la ley de una manera literal, rigurosa, convirtiéndola en inoperante, graciosa y burlesca de la sociedad en general, la administración de justicia a (sic) perdido su razón de ser, si se permite que personas que han cometido delitos de tamaña entidad aduzcan circunstancias personales, particulares y especificas para vulnerar el interés general de la sociedad, con la evidente consecuencia que todos los días transmiten los noticieros de fugitivos delinquiendo nuevamente o peor aún, con oficina en su casa para continuar burlando la justicia colombiana".

"La funcionaria investigada se limitó a dar una aplicación sesgada, dejando por fuera uno de los pilares fundamentales de este Estado Social de Derecho que garantiza el funcionamiento armónico del mismo, LA PREVALENCIA DEL INTERES GENERAL SOBRE EL PARTICULAR, y es que admitir que todos aquellos reclusos que sufran enfermedades "graves" deben estar en su casa gozando de los cuidados de sus familiares, es tanto como decir, que se deben acabar las cárceles, por cuanto es obvio que una persona en condiciones de restricción de la libertad verá menguada en determinado momento su estado de salud, por el solo hecho de haber perdido el derecho a gozar de su libertad al haber transgredido las normas que tratan de conservar la armonía en esta sociedad". (Se subraya).

"En efecto, decisiones como las que hoy cuestionamos a la disciplinada, tomadas con absoluta negligencia, con ignorancia supina, pues en el cargo que ostenta debe tener un conocimiento especialísimo de las normas aplicables, de los mecanismos y procedimientos, de los deberes que le asisten como titular del despacho. La falta de cuidado en las providencias de los operadores de justicia, como la que hoy se cuestiona, han puesto en tela de juicio a la totalidad de la administración de justicia Colombiana, ha dejado en la sociedad nacional e internacional una sensación de inseguridad jurídica que por supuesto repercutirá en otros aspectos, tales como, la inversión extranjera, con la sensación de que en Colombia se privi-

legian los intereses particulares de unas personas sindicadas y CONDENADAS por crueles, inhumanos e indolentes delitos, sobre el interés y la seguridad de la sociedad en general".

"Las decisiones de los operadores judiciales deben obedecer y ceñirse, por supuesto, a los fines del Estado Social de Derecho y a los mandatos de la norma de normas, la Carta Política."
"No reprocha esta Colegiatura el hecho de que la doctora AV quiera proteger los derechos fundamentales del condenado, pues no es solo un derecho que tiene el señor ECR, sino un deber de la funcionaria; no obstante, lo que sí es objeto de reproche ético, es que la funcionaria, saliéndose del contexto que enmarca el ordenamiento supremo, pretendiera hacer valer los derechos particulares en obvio detrimento de el interés y la seguridad general."

XI. LA CONTROLABILIDAD JUDICIAL DE LOS RAZONAMIENTOS DEL JUEZ Y LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Uno de los baluartes de la vida democrática, es la independencia del juez. La independencia se puede afectar de múltiple manera y por diversas fuentes. Básicamente ha de entenderse que el juez sólo está vinculado por la Constitución y la Ley y que están proscritas en su quehacer, las injerencias impropias provenientes del poder ejecutivo, del legislativo pero incluso también de las autoridades judiciales o administradoras de la judicatura.

El juez no es irresponsable a los ojos de la sociedad; es independiente pero ello no es una carta de inmunidad.

Con todo, va pareciendo claro que en el último tiempo la posibilidad de control del razonamiento judicial no es sólo ya por la vía de las recursos –que es lo recomendable en un sistema de garantías--- sino que además puede serlo por la vía del jus puniendi, en su arista penal o disciplinaria.

La pregunta que cabe hacer es ¿cuáles son los límites de la posibilidad de control judicial del razonamiento judicial?

Porque a los ojos de un observador razonable en un escenario universal imparcial, parece claro que las conclusiones de quien otorga un beneficio de detención domiciliaria con vigilancia electrónica, merced a la existencia de un dictamen de estado muy grave por enfermedad incompatible con la vida en reclusión formal, proveniente de médicos oficiales, obtenido y configurado según los protocolos al uso, no requiere de más precisiones.

La confianza legítima que inspira el dictamen médico-legal oficial, reduce el espectro de actuación del juzgador-destinatario del mismo, pues, no puede olvidarse que quien lo expide, es una autoridad pública; que está investida de la facultad legal de rendirlo y que al hacerlo es de presumir que ha respetado la lex artis y el ordenamiento reglamentario interno. Si el juez nota que el dictamen se aviene con tales parámetros, no son exigibles de él actuaciones paralelas, enderezadas a presumir el dolo, la mala fe y el fraude.

No es aquí nuestra tarea juzgar una decisión judicial, pero sí que lo es, invitar a reflexionar sobre el significado que, no ya sobre la condición laboral de los jueces –asunto de poca monta para algunos—sino sobre la incidencia que sobre la vigencia de los principios y valores constitucionales, encarna la decisión judicial comentada porque:

a) Si el Estado social y democrático de derecho, se funda sobre la dignidad de la persona, es menester concluir que un tal fundamento —la dignidad— ha periclitado frente a la trascendencia de la pena y del injusto imputado a un ciudadano, pues, no es bastante colegir que su estado muy grave por enfermedad incompatible con la vida en prisión, sea suficiente para un trato que procure no disminuir su expectativa de vida o el mejoramiento de sus condiciones actuales de salud, aun a pesar de saberse que sigue atado a la pena. A más de ello, surge como conclusión evidente que ahora los jueces deben, no apenas consultar la ley para decidir si se concede una prisión domiciliaria sobre la base de una enfermedad muy grave incompatible con la reclusión formal, sino además consultar la gravedad del caso, la pena impuesta y la trascendencia social que su decisión cause, requisitos que no están contenidos en la ley pero que han sido adicio-

nados por el operador disciplinario. Lo anterior conduce directamente a la siguiente conclusión.

b) Impedir que un condenado por hechos muy graves, pueda tratar de mejorar su salud en condiciones de no reclusión ante la evidencia de su estado muy grave, significa poder decir –contra la Constitución Política por la vía del principio de dignidad—que la pena puede cumplir una función retributiva a la manera del jus talionis (teorías absolutas de la pena), esto es, que la pena debe cumplirse siempre, a toda costa y en cualquier caso, sin que sea posible aplazar, deferir o incluso renunciar a su aplicación. Es pues, el ideal de la Justicia mística y absoluta, confundiéndose así, de esa manera, la pena con la justicia.

c) Al estimarse que la pena debe cumplirse a rajatabla, si los hechos son graves, la pena alta y la conmoción social y la sensación de caos, evidentes, no obstante la existencia de un estado muy grave por enfermedad…, se habrá legitimado de manera oblicua, la pena de muerte. Esto es, tenemos ahora una pena de muerte legal, en tanto si es posible advertir que el penado puede recuperar o mejorar su condición de salud o que en todo caso que no se llama a duda que la vida en prisión es incompatible con la vida de un enfermo, el negar la salida de la cárcel –contra la evidencia médica y por la existencia de razones sociales o de imagen de la justicia— condena a muerte la persona, pero de manera autorizada por el Juez, en un país donde la pena de muerte no es admisible constitucionalmente —todavía, por lo menos—.

Ponencia 5

REFLEXIONES SOBRE EL PROYECTO DE CODIGO PENITENCIARIO Y CARCELARIO

Dr. Marco Antonio Rueda Soto
Magistrado Sala Penal Tribunal Superior de Bogotá

1. PROPÓSITOS DEL PROYECTO

1.1. - PROPÓSITOS EXPLÍCITOS DEL PROYECTO

De la exposición de motivos, acompasada con el texto de la propuesta normativa, bien puede sostenerse que el proyecto de Código Penitenciario y Carcelario tiene dos propósitos explícitos fundamentales.

(i) El primero, consistente en la intención de regular en un sólo cuerpo normativo todas materias penitenciarias y carcelarias, a la fecha dispersas y contenidas en diversas disposiciones, la principal de ellas, obviamente, la ley 65 de 1993; unificación que se pretende a partir de la sistematización de los principios que deben orientar las condiciones en las cuales debe cumplirse la privación de la libertad en los establecimientos de reclusión y, desde luego, la organización y funcionamiento de éstos.

(ii) El segundo, expedir un estatuto que tenga como protagonista o centro al interno, en lo específico, como persona respecto de quien por la reclusión es posible restringir algunos de sus derechos fundamentales, pero no todos ellos, y de la que debe propenderse por su reinserción social.

No obstante estos propósitos lejos están de alcanzarse, al menos no cabalmente; y, en contraste, del texto propuesto se avizoran otras no tan loables propuestas, a las que se aludirá más adelante y en las que se advierte, por decir lo menos, la falta de previsión frente a sus consecuencias y efectos.

Por ahora baste indicar, retomando la secuencia argumentativa, que tratándose del primer propósito indicado, esto es, de unificación normativa en torno a los principios orientadores del sistema penitenciario y carcelario, que el listado de los mismos peca por exceso y deficiencia.

En cuanto a lo primero, vr. gr., porque no es posible entender cómo a partir del denominado principio de responsabilidad se establece que el Sistema Penitenciario y Carcelario, encargado de las condiciones en las cuales debe ser cumplida la privación de la libertad, puede propender entonces por la satisfacción del deber de "*protección de la sociedad contra el delito*", que con evidencia le resulta ajeno.

Respecto de lo segundo, en el catálogo de principios fácilmente se detectan ausentes por lo menos dos, a saber:

(i) El principio de legalidad, que advertido sea, en el artículo 2 de la ley 65 de 1993 le fue asignado un sentido equivocado, en cuanto bajo tal titulación reproduce el artículo 28 de la Carta Política, que consagra el derecho fundamental a la inviolabilidad de la libertad individual, obviamente, no con carácter absoluto, sino al supeditar toda restricción de aquélla a las reservas judicial y legal.

Adversamente, el principio de legalidad en la ejecución de la pena en sentido en el cual debió ser contemplado, desde luego, con norte en el artículo 29 de la Carta Política, alude a la imposibilidad ejecutar la pena en una forma distinta a la prescrita por la ley y en los reglamentos que la desarrollan.

De dicho principio se derivaría además otra consecuencia, en concreto, la irretroactividad de las normas atinentes a la ejecución penal con la salvedad de las disposiciones favorables o permisivas de carácter sustancial y que reclaman aplicación preferente respecto de la restrictiva o desfavorable, esto es, tratándose del ámbito del principio de favorabilidad.

(ii) El segundo principio cuya consagración normativa elude el proyecto es el de jurisdiccionalidad; omisión que de manera alguna intrascendente.

En efecto, de conformidad con tal postulado, así como las sanciones y las medidas de seguridad deben ser impuestas por un juez natural, imparcial e independiente, el control de la ejecución de las mismas debe corresponder también a un funcionario de la misma índole, esto es, jurisdiccional, obviamente, sin perjuicio de las competencias de las autoridades penitenciarias o de las instituciones del sistema general de seguridad social en salud para el tratamiento penitenciario del penado o del terapéutico asegurado, según fuere el caso.

Este principio, no está por demás recordar, surgió como respuesta a la necesidad de humanizar la ejecución penal mediante la sujeción del cumplimiento material de la pena privativa de la libertad o de la medida de seguridad, a cargo en nuestro medio de autoridades administrativas o de las instituciones régimen general de seguridad social en salud, respectivamente, a un control judicial permanente hasta la extinción de la sanción o de la medida de seguridad.

Así las cosas, la consagración explícita de este principio resulta necesario porque a partir del mismo es posible delimitar el ámbito de intervención de las autoridades que convergen o concurren en la actividad compleja de ejecución de la pena o de la medida de seguridad y, en lo específico, para discernir que las autoridades penitenciarias sólo pueden desarrollar funciones administrativas. Entre otras, en cuanto interesa destacar y enfatizar para los actuales fines, únicamente les compete crear y organizar establecimientos de reclusión y asumir su vigilancia interna, verificar el cumplimiento de la prisión domiciliaria y la seguridad electrónica como sustitutiva de la pena privativa de la libertad; en fin, todo lo rela-

cionado con las condiciones en las cuales debe cumplirse el tratamiento penitenciario.

En este orden de ideas y por exclusión, con apego al referido principio de jurisdiccionalidad, las autoridades penitenciarias no puede decidir, directa o indirectamente, menos aún, con carácter definitivo sobre la libertad de las personas; como tampoco, respecto de las condiciones en las que debe ejecutarse la pena, pues tales competencias son, por virtud del artículo 28 de la Carta Política privativa y exclusivamente jurisdiccionales.

Restaría añadir a esta altura del análisis, que esta rígida e infranqueable separación de funciones entre los diversos órganos del poder público resulta desconocida en los artículos 109, 110 y 111 del proyecto.

2. El segundo propósito explícito del proyecto es estructurar una codificación, que acorde con el estado de la discusión jurídica, tenga como centro al interno y, en lo específico, la garantía de sus derechos fundamentales.

En este orden de ideas, en la exposición de motivos se señala que uno de los logros del proyecto es la consagración con carácter normativo, por lo tanto, con fuerza vinculante y exigibilidad, de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, que conforme se destaca además no son mencionadas siquiera en la ley 65 de 1993, de actual vigencia.

Ahora bien, este otro fundamento de la expedición de un nuevo Código Nacional Penitenciario y Carcelario carece de sentido y resulta también parcialmente cierto.

En cuanto a lo primero, recuérdese que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos tuvieron origen en el Primer Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente, celebrado en Ginebra, Suiza, en 1955. De igual modo, que fueron aprobadas después por el Consejo Económico y Social en resoluciones 663 de 1957 y 2076 de 1977.

Así mismo, que esas Reglas Mínimas, como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-317 de 2006, constituyen en principio normas de *soft law*, es decir, disposiciones flexibles adoptadas en el marco de organizaciones internacionales, que más que obligaciones están erigidas en parámetros o directrices de comportamiento dirigidas a los Estados.

No obstante, el precedente en cita[1] recuerda igualmente que el Comité de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el caso de Mukong contra Camerún 1994[2], sentó la doctrina de que "*cualquiera que sea el nivel de desarrollo del Estado Parte de que se trate*", deben observarse ciertas condiciones mínimas[3] durante la privación de la libertad, con explícita alusión en esta temática a las contenidas en los numerales 10, 12, 17, 19 y 20 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

Así las cosas, resulta forzoso colegir, la expedición de un nuevo Código Nacional Penitenciario y Carcelario no tiene como propósito real la consagración en forma expresa y en el ordenamiento interno de esas reglas mínimas, que con independencia de su omisión en la ley 65 de 1993 son exigibles del Estado Colombiano.

Ahora bien, esta conclusión se afianza, al advertir mediante la confrontación de esas condiciones mínimas con las normas propuestas, esto es, con los artículos 8 a 15, que en este último no se recogen todas aquellas, como acontece, vr. gr., con los derechos de los reclusos a disponer de instalaciones sanitarias adecuadas a sus necesidades y al decoro mínimo propio de su dignidad humana, o con el derecho de los reclusos a tener una cama individual con su ropa de cama correspondiente en condiciones higiénicas

1 *Sentencia T-317 de 2006, citada ut-supra.*

2 *El caso alude a la demanda presentada por Albert Womah Mukong por la persecución y acoso provenientes de las autoridades del Estado de Camerún con ocasión de sus actividades de periodista, en desarrollo de los cuales se había opuesto al régimen implantado de partido único. En esa oportunidad el comité abordó, entre otras cuestiones de fondo, la temática atinente a las condiciones de la detención.*

3 *Apartado 9.3 de la providencia.*

Igual omisión legislativa se configuraría tratándose de las reglas 11, 15, 21, 24, 25, 31, 40 y 41, cuya exigibilidad fue añadida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[4]; reglas referidas (i) a la adecuada iluminación y ventilación del sitio de reclusión, (ii) a la provisión de los implementos necesarios para el debido aseo personal de los presos, (iii) al derecho de los reclusos a practicar, cuando ello sea posible, a un ejercicio diariamente al aire libre, (iv) al derecho de los reclusos a ser examinados por médicos a su ingreso al establecimiento y cuando así se requiera, (v) al derecho de los reclusos a recibir atención médica constante y diligente, (vi) a la prohibición de las penas corporales y demás penas crueles, inhumanas o degradantes, (vii) al derecho de los reclusos a acceder a material de lectura, y finalmente, (viii) a los derechos religiosos de los reclusos.

Adicionalmente, restaría añadir a esta altura del análisis, dentro de esas reglas mínimas para el tratamiento de los internos nada es previsto en relación con un derecho de íntima conexión con la materialización del principio de resocialización, por lo tanto, con la reinserción social, esto es, respecto del derecho al trabajo que no es enlistado siquiera en la enunciación contenida en el artículo 80 del proyecto.

1.2.- PROPUESTOS IMPLÍCITOS DEL PROYECTO

En contraste de estos anunciados propósitos que no encuentran efectiva materialización en el proyecto, del contexto del mismo surgen otros de trasfondo otros o de carácter implícito, que además involucran aspectos problemáticos y ameritan separada consideración.

(i).- En primer lugar, la posibilidad de atribuir las funciones administrativas de la ejecución penal a los particulares, o lo que en se ha dado en denominar, equivocadamente en nuestro medio, la privatización de la ejecución penal; expresión que sin embargo, con independencia de su estricto sentido jurídico [5], bien puede sostenerse que recoge en últimas y en esencia el sentido de dicha propuesta.

4 *Casos de Thomas (J) contra Jamaica, párrafo 133, 2001; Baptiste contra Grenada, parrafo 136, 2000; Knights contra Grenada, párrafo 127, 2001; y Edwards contra Barbados, párrafo 195, 2001.*

5 *En el ámbito jurídico alude a la transferencia del derecho de dominio sobre un bien del patrimonio público a los particulares.*

En este ámbito lo primero que debe indicarse es que no se alude a otra de las propuestas igualmente contenidas en el proyecto y que se ha denominado en el artículo 112 como la tercerización de algunos servicios y funciones para el funcionamiento de los establecimientos penitenciarios, como ocurriría por ejemplo, con la posibilidad de celebrar convenios con instituciones de tal índole para el desarrollo de programas de trabajo para los internos o para la prestación de los servicios de alimentación para los reclusos, que no concitan objeción alguna.

No, la atribución a la que nos referimos y que resulta cuestionable, o por lo menos problemática podría realizarse, conforme lo prevé el proyecto, mediante la posibilidad de creación y funcionamiento de instituciones penitenciarias de carácter privado, como lo prevé el artículo 2; o mediante contratos de concesión para entregar a los particulares, no sólo la construcción, mantenimiento y conservación de los establecimientos de reclusión, sino también, la administración u operación total o parcial de los mismos.

Ahora bien, en este tema de manera alguna se desconoce que dicha propuesta de manera alguna es novedosa, más aún, tampoco resulta insólita. Por el contrario, en el ámbito internacional corresponden a una tendencia creciente. Por ejemplo, en los Estados Unidos de América, donde las penitenciarías de carácter privado surgieron en 1983, para el año 2010, en ellas se albergaba el 13% de la población penitenciaria; en tanto que en el Reino Unido dicho porcentaje de cifra en el 10%.

No obstante, en nuestro medio y en relación con la propuesta se imponen dos apreciaciones. En primer lugar, que la regulación contemplada en el proyecto es contradictoria en punto a la vigilancia interna de los establecimientos de reclusión, pues mientras que en el artículo 2 prevé que los particulares no pueden ejercer funciones de seguridad, custodia y vigilancia en el sistema penitenciario, que de conformidad con los artículos 45 y 46 les compete al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, esto es, a servidores públicos, en el artículo 112 ibídem se prevé la posibilidad de contratar con los particulares la "*vigilancia interna*".

De otra parte y, primordialmente, en cuanto configura el aspecto problemático anunciado, que como lo tiene precisado la Corte Constitucional en las sentencias 866 de 1999 y C-037 de 2003, entre otras, no todas las funciones administrativas asignadas por la Constitución a la Rama Ejecutiva pueden ser transferidas a los particulares, pues de la Carta se deduce una serie más de limitaciones, una de ellas, en cuanto interesa destacar para los actuales fines, que la atribución conferida al particular no puede llegar al extremo de que éste reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de una función que le sea propia al Estado; esto último que es lo que entendemos acontece con el tratamiento penitenciario como materialización del ejercicio de la potestad punitiva del Estado.

Podría contra argumentarse a esta apreciación que esa cuestionada atribución de funciones ya ha operado en dos ámbitos, concretamente, en tratándose de los adolescentes y de los inimputables; sin embargo, a este razonamiento tendría que replicarse, que tanto respecto de aquéllos como de éstos, la ejecución de la sanción o de la medida de seguridad, según el caso, tiene carácter extra penitenciario por razón de las finalidades que las inspiran.

(ii) El segundo propuesto implícito consiste en atribuirle a las autoridades penitenciarias funciones estrictamente jurisdiccionales en un pretensión que envuelve, sin remisión a dudas, una inaceptable afrenta a los principios de autonomía e independencia judicial.

En efecto, en la actualidad y de conformidad con los artículos 461 de la ley 600 de 2000 y 471 de la ley 906 de 2004, para la consideración y decisión de la libertad condicional es necesario aportar, entre otros documentos, la resolución favorable del consejo de disciplina del respectivo establecimiento carcelario.

Esta previsión resulta acorde con la actividad compleja que representa la ejecución de la pena, en la cual, como quedó asentado atrás y se insiste ahora, convergen autoridades de carácter administrativo y jurisdiccionales, en ejercicio de la cual deben determinar, por estas últimas, las condiciones en las cuales debe efectuarse el cumplimiento de la pena privativa de la libertad en cuanto interesa destacar.

Ahora bien, para dicho cometido resulta acorde la exigencia del concepto favorable del consejo de disciplina como quiera que la libertad condicional está prevista, al tenor del artículo 64 de la ley 599 de 2000, respecto de quien luego de una proporción determinada de descuento de la pena y de la ponderación del comportamiento en el establecimiento carcelario, puede inferirse que no resulta necesario continuar en la ejecución de la pena, esto es, que se alcanzado su resocialización y, por lo tanto, que resulta posible la reincorporación a la sociedad.

No obstante, bien distinta es la situación de la propuesta contenida en el proyecto de ley, con apego a la cual, al tenor del artículo 110, para la concesión de la detención domiciliaria cuando el detenido hubiese estado privado de la libertad con anterioridad en un establecimiento de reclusión, o para el otorgamiento de la prisión domiciliaria se requeriría el concepto previo y favorable del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, lo que implica, ni más ni menos, que de hecho la decisión sobre tales beneficios de carácter eminente jurídico, estaría radicada en esa autoridad de carácter administrativo.

Adicionalmente, el Ejecutivo con dicha propuesta pierde de vista que atendida la naturaleza de dichos institutos, la función del INPEC no poder ser distinta a la verificación del cumplimiento de las obligaciones que les son inherentes.

Así, por ejemplo, no se entiende, desde ninguna perspectiva y al tenor del artículo 314 de la ley 906 de 2004, la exigencia de un concepto previo y favorable del INPEC para el otorgamiento de la detención o la prisión domiciliarias para el hombre o mujer cabeza de familia; menos aún, para la detención domiciliaria en el supuesto del numeral 1, del artículo 314 antes citado, esto es, para la ponderación si la reclusión en el domicilio resulta suficiente la reclusión en el domicilio para la consecución de los fines constitucionales de la medida de aseguramiento a partir del análisis del comportamiento personal, laboral, familiar y social.

Más aún, el Ejecutivo, autor de la propuesta de codificación, no satisfecho con esa intromisión de hecho de las autoridades administrativas en la función jurisdiccional en la ejecución; hace lo propio en punto a la titula-

ridad en el ejercicio de la acción penal, ante la pretensión de atribuirle al INPEC atribuciones propias de la Fiscalía General de la Nación.

En efecto, en los artículos 108 y 111 del proyecto, se faculta al INPEC, no se indica a través de qué funcionario, pero pensaríamos que mediante los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, para que, en caso del incumplimiento de las obligaciones inherentes a la concesión de los mecanismos de vigilancia electrónica y de la prisión domiciliaria para aprehender al infractor, partiendo del entendimiento, como se indica en la exposición de motivos que se estaría ante una situación de flagrancia del delito de fuga de presos o de fraude a resolución judicial, lo que de por sí es discutible, sino también para "*ponerlo a disposición del Juez de Garantías*" para que éste aplique el procedimiento de la captura en flagrancia contemplado en el código de procedimiento penal, esto es, para el control posterior de legalidad de ese acto de aprehensión, que de acuerdo con las disposiciones contenidas en la ley 906 de 2004, desarrollo simplemente del acto legislativo 03 de 2002, sólo puede ser propiciado por la Fiscalía.

En síntesis, esta otra propuesta, esta sí insólita, implica de alguna manera la asignación a las autoridades penitenciarias de la posibilidad de desplegar actividades inherentes al ejercicio de la acción penal, sin hesitación alguna de la órbita funcional exclusiva de la Fiscalía General de la Nación y a través de la cual se quebranta la separación de las Ramas del Poder Público.

2- RETROCESO EN LA JUDICIALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN PENAL

En segundo lugar, porque de ninguna manera puede perderse de vista que el control judicial de la ejecución de la pena en lo que se ha denominado, excusada la redundancia, la judicialización de aquélla, surgió ante la necesidad del control de los jueces sobre el manejo del sistema carcelario por parte de los órganos administrativos y, en consecuencia, se

insiste, en garantía del respeto de los derechos fundamentales del sentenciado.

c) Finalmente, en la judicialización del período de ejecución de la pena, que en nuestro ordenamiento jurídico no está contemplada de manera expresa con carácter de principio, como lo prevé por ejemplo el artículo 117, numeral 3, de la Constitución Española[6], pero que surge a partir de la interpretación del artículo 28 de la Carta Política tratándose de la sanción restrictiva de la libertad, norma de conformidad con la cual las afectaciones de tal derecho fundamental están sometidas a reservas judicial y legal.

el ejercicio de la función de ejecución de penas y medidas de seguridad comporta una actividad compleja que reivindica el concurso de autoridades de carácter fiscal y penitenciario, encargadas las primeras de la ejecución coactiva de la multa concurrente con la privación de la libertad -artículo 41 de la ley 599 de 2000-, y las segundas, "de la administración de algunos aspectos relacionados con la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad", es decir, de una función administrativa, pero que al surgir desprovista de alcance para decidir con carácter definitivo sobre la libertad de las personas[7] está sujeta al control de las autoridades jurisdiccionales, máxime en el entendimiento de que si la restricción de los derechos fundamentales se prolonga durante el tiempo de ejecución de la pena, es necesario entonces que sea un funcionario judicial imparcial a quien le corresponde resolver sobre todo lo atinente a la libertad[8].

Por esta razón los artículos 469 de la ley 600 de 2000, y 459 de la ley 906 de 2004, estatutos procesales penales de actual coexistencia jurídica, establecen que la ejecución de la sanción penal compete a las autoridades penitenciarias en "coordinación" con el "juez" de ejecución de penas y medidas de seguridad; así mismo, que autorizada doctrina sostiene, como ocurre en nuestro ordenamiento jurídico, que el derecho procesal penal debe "instituir los órganos judiciales y el procedimiento adecuado para

6 *La norma en cita es del siguiente tenor: "El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de proceso, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes..."*

7 *Sentencia C-312 de 2002, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.*

8 *En este sentido, la sentencia C-312 de 2002, citada ut-supra.*

decidir en aquellos casos en los cuales la ley penal exige una resolución judicial sobre la vía de la ejecución penal o pone en manos de los jueces el control de la ejecución", en tanto que compete al derecho administrativo "decidir sobre la dirección y administración del establecimiento de ejecución penal"[9].

Esta afirmación se consolida al advertir, como lo precisó la Corte Constitucional, que la Carta Política no previó la forma como deben estar distribuidas estas competencias en la ejecución de la pena, de manera que "debe entenderse que la regulación de esta materia corresponde al legislador conforme a la cláusula general de competencia (art. 150 núm. 1º)"[10], con facultad para expedir los códigos de procedimiento penal y penitenciario, es cierto, pero sin que pueda apartarse de los "preceptos constitucionales de carácter orgánico que se refieren directa o indirectamente al tipo de órgano al cual el legislador le asigna la respectiva función, como pueden serlo la imparcialidad o el principio de legalidad en la actividad judicial".

Ahora bien, en desarrollo de esta libertad de configuración el legislador dispuso que las autoridades penitenciarias tengan asignadas entonces las funciones de hacer efectivas las providencias judiciales sobre la privación de la libertad -artículo 35 de la ley 65 de 1993-;

En fin, en todo lo relacionado con las condiciones en las cuales debe cumplirse el tratamiento penitenciario, desde luego, en cuanto no impliquen la modificación de las decisiones judiciales con incidencia en la ejecución de la pena, pues de lo contrario, de producir dicho efecto, resultaría afectado el principio de separación de funciones entre los diversos órganos del poder público.

En este orden de ideas, las competencias de las autoridades administrativas se extienden a las modificaciones en el cumplimiento de la condena por razones exógenas, o lo que es lo mismo, ajenas al contenido de la sentencia y a las circunstancias individuales del penado siempre que no

9 *MAIER, Julio B.J. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos, Editores del Puerto S.R.L., 2ª reimpresión, Buenos Aires, 2002, pág. 82.*

10 *Sentencia C-312 de 2002, citada ut-supra.*

afecten las condiciones relevantes en relación con la legalidad de la pena, como sucede, por ejemplo, respecto de la verificación de las condiciones que determinan la fijación en concreto de una penitenciaria o del establecimiento de rehabilitación para el descuento de la pena o medida de seguridad, o el posterior traslado del interno -artículos 72 a 76 y 77 de la ley 65 de 1993-, o tratándose del régimen de visitas –artículo 112 ibídem-.

En cambio, la función judicial en este período está orientada a garantizar la realización efectiva de los principios y fines de la pena, por tanto, dentro de su ámbito cae todo lo relacionado con la legalidad en su ejecución, así como lo atinente a las condiciones jurídicas del cumplimiento material de aquélla y sus modificaciones, a tal punto, que las propuestas o solicitudes de reconocimiento de beneficios administrativos que comporten modificación en la ejecución están sujetas a la aprobación judicial. De otra parte, tratándose de la privación de la libertad personal comprende no sólo la reducción del tiempo de reclusión como consecuencia de rebajas punitivas o de la redención por trabajo, estudio o enseñanza[11], sino también los aspectos vinculados a la extinció.n de la condena y la rehabilitación de derechos y funciones públicas.

11 *En este sentido, la sentencia T-121 de 1993, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.*

Ponencia 6

EL TRATAMIENTO DE LOS INIMPUTABLES DESDE EL ÁMBITO CLÍNICO – FORENSE

Dr. Dagoberto Antonio Díaz Osorio
(MD - Psiquiatra Forense)

1. INTRODUCCIÓN

La presente exposición tiene como fin orientar, especialmente a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, sobre los criterios básicos que debe manejar un perito médico psiquiatra y el aporte que puede hacerle el Juez para su labor en el Control Judicial de las Medidas de Seguridad para Inimputables, según entendí en la invitación que me hace la "Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla", la cual agradezco. Al respecto, y dada la brevedad del tiempo para tratar el tema, me concentro en aspectos más pragmáticos que teóricos de un tema bastante arduo y complejo para el Derecho Penal y desde luego para la Psiquiatría Forense misma.

2. ALGO DE HISTORIA

Sin entrar en profundidades que desbordarían el alcance de esta exposición, el tema del manejo del inimputable cambia con la entrada en vigencia del Código Penal de 1980 de corte culpabilista que define las medidas de seguridad y establece unos mecanismos de control de las mismas. Posteriormente, y a la luz de la Constitución Política del 91, se presentan unos fallos de tutela que introducen cambios respecto a la duración "máxima" de las medidas, especialmente en lo que al Trastorno Mental Permanente se refiere, ya que en la práctica se constituían en verdaderas "cadenas perpetuas" cuando el condenado no recuperaba la normalidad psíquica. Viene luego la importantísima Sentencia C-176 de Mayo 6 de 1993 (Magistrado ponente Dr. **Alejandro Martínez Caballero**) que deja sentadas muchas precisiones respecto al tema. Para el mismo año se expide el Código Penitenciario y carcelario (Ley 65 de Agosto 19 de 1993) el cual ordena pasar el manejo de los inimputables al Sistema Nacional de Salud y acabar con los Anexos Psiquiátricos en un lapso no mayor de 5 años a partir de su expedición. Finalmente el Grupo de Psiquiatría y Psicología del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Colombia, con participación de la mayoría de sus expertos consensuó una Guías, entre las que hay una de Febrero 01 de 2010, específica para el tema y que puede ser consultada en la página web de la Institución (www.medicinalegal.gov.co). Lo anterior sin desconocer los demás aportes doctrinales y jurisprudenciales al respecto, entre los que merece destacarse los escritos del Profesor **Nódier Agudelo Betancur** (Inimputabilidad y Responsabilidad Penal - Editorial Temis 1984, La Inimputabilidad Penal - Ediciones La Constitución 1994). Finalmente, no sobra recordar que la experiencia en esta labor de un puñado de colegas ha hecho aporte también en el manejo del tema.

3. DEFINICIONES

Para tratar el presente tema es necesario referirnos a algunos conceptos y definiciones de carácter operativo y conceptual.

3.1. DISCAPACIDAD PSÍQUICA O MENTAL: Terminología utilizada en el artículo Art. 142 del Código de Infancia y Adolescencia, que en su parte pertinente dice:

"…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 psíquico 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".

3.2. INIMPUTABLE: Persona cuyos procesos intelectivos y volitivos se encuentran afectados hasta el punto de impedirle comprender el contenido y el alcance social de su conducta y en consecuencia determinarla hacia un fin. Se
encuentra en inferioridad de condiciones psíquicas para poder auto determinarse y gozar a plenitud de la calidad de dignidad, la cual poseen, pero, por sus especiales condiciones psíquicas requiere precisamente que el Estado y la sociedad lo rodee de ciertas condiciones para que se rehabiliten y puedan así equilibrarse con los demás. (S.C.C. 176/93).

3.3. INMADUREZ PSICOLÓGICA: Corresponde a la falta de maduración global, severa y perfectamente instaurada, que cobija una o varias áreas de la personalidad del sujeto y que explícitamente impidió, en el momento de cometer su acción, obrar con pleno conocimiento de causa y con libre capacidad de autodeterminación5. Incluye algunos trastornos como el retardo mental, trastornos del desarrollo y déficit del proceso global de aprehensión de la realidad sociocultural como el caso de los disminuidos sensoriales con severa deprivación de información, que puede ocurrir en la sordomudez o marginalidad social extrema. (Guía INMLCF).

3.4. MEDIDAS DE SEGURIDAD: Es la privación o restricción del derecho constitucional fundamental a la libertad, impuesta judicialmente por el Estado, con fines de curación, tutela y rehabilitación, a persona declarada previamente como inimputable, con base en el dictamen de un perito psiquiatra, con ocasión de la comisión de un hecho punible. Es una medida coercitiva de la que no puede evadirse el inimputable por lo

menos en relación con la internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada de carácter oficial. Al igual que la pena, es una consecuencia de la comisión de un hecho punible tipificado en las normas penales. Es limitativa de la libertad personal; así se establezca que la medida de seguridad tiene un fin "curativo" no está sometida a la libre voluntad de quien se le impone. (S.C.C. 176/93).

El artículo 69 del Código Penal colombiano vigente establece que son medidas de seguridad:

1. La internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada.
2. La internación en casa de estudio o trabajo.
3. La libertad vigilada.

Según el artículo 70 del Código Penal vigente, la medida de internación en establecimiento psiquiátrico, clínica o institución adecuada de carácter oficial o privado, se le impondrá al inimputable con trastorno mental permanente, tendrá una duración máxima de 20 años sin exceder el máximo fijado para la pena privativa de la libertad del respectivo delito y un mínimo de acuerdo a las necesidades de tratamiento de cada caso y procederá la suspensión cuando la persona sea susceptible de ser tratada ambulatoriamente o cuando se encuentre mentalmente rehabilitada. La misma medida y las mismas condiciones se establecerán cuando se trate de un inimputable por trastorno mental transitorio con base patológica, pero en este caso la duración máxima será de de diez años. Al inimputable que no padezca trastorno mental se le impondrá medida de internación en establecimiento público o particular, aprobado oficialmente, que pueda suministrar educación, adiestramiento industrial, artesanal, agrícola o similar y tendrá un máximo de diez años y un mínimo según las necesidades de asistencia en cada caso concreto. Como en los dos casos anteriormente citados, habrá lugar a la suspensión condicional de la medida cuando se establezca que la persona se encuentra en condiciones de adaptarse al medio en donde se desenvolverá su vida o cuando la persona sea susceptible de tratamiento ambulatorio. El máximo de la medida no podrá exceder el máximo fijado para la pena privativa de la libertad del respectivo delito.

Cuando se suspenda condicionalmente la ejecución de las medidas de seguridad, podrá imponerse la libertad vigilada como accesoria de la medida de internación, una vez que esta se haya cumplido, la cual consiste en:

– La prohibición de residir en determinado lugar por un término no mayor de tres (3) años.
– La prohibición de concurrir a determinados lugares hasta por un término de tres (3) años.
– La obligación de presentarse periódicamente ante las autoridades encargadas de su control hasta por tres (3) años.

Si la inimputabilidad proviene exclusivamente de trastorno mental transitorio sin base patológica o de trastorno mental transitorio con base patológica cuando esta desaparezca antes de proferirse la sentencia, no habrá lugar a la imposición de medidas de seguridad y el funcionario judicial podrá terminar el procedimiento, antes de pronunciarse la sentencia, si las víctimas del delito son indemnizadas.

Le corresponde al Juez la obligación de solicitar trimestralmente información tendiente a establecer si la medida de seguridad debe continuar, suspenderse o modificarse y así tomar la decisión de la suspensión o cesación de la medida, previo dictamen de experto oficial. Así mismo, podrá revocarse la suspensión condicional de la medida de seguridad cuando oído el concepto del perito, se haga necesaria su continuidad. (Código Penal, Ley 599 de 2000).

3.5. TRASTORNO MENTAL: Es una disfunción o anomalía mental lo suficientemente severa como para impedir a la persona, comprender la ilicitud de su conducta o auto determinarse con base en dicho conocimiento; generalmente, se sustenta en un diagnóstico clínico de acuerdo a los parámetros y criterios de clasificaciones internacionales vigentes como la CIE-10 o el DSM-IV.

Puede ser:

•• **Trastorno mental permanente:** se refiere a aquellas afectaciones mentales graves, perfectamente instauradas, de evolución crónica y difícil recuperación, que al momento de los hechos investigados alteran de manera significativa las capacidades cognoscitivas y volitivas. Requieren tratamiento médico especializado, de manera inicial, en un centro hospitalario. Por definición son incurables pero con tratamiento se puede lograr una remisión de la sintomatología aguda que le permita reintegrarse a la sociedad.

•• **Trastorno mental transitorio con base patológica:** alteración mental severa que se genera en una disfunción biológica o de personalidad, de presentación aguda o crónica episódica (como en los casos de patología dual), que recidiva si no se somete a tratamiento y que durante la ocurrencia de los hechos investigados, altera de manera significativa las capacidades cognoscitivas y volitivas. Requiere tratamiento psiquiátrico que de acuerdo al caso, puede ser hospitalario o ambulatorio.

4. PERICIA

4.1. Tipo de peritación: La pericia sobre mantenimiento, cambio o levantamiento de medidas de seguridad en inimputables debe ser hecha por perito médico oficial especialista en psiquiatría con experiencia forense, por
Cuanto se trata de establecer el estado de salud, diagnóstico, pronóstico y tratamiento médico requerido por una persona inimputable al momento de la evaluación. Dado que se trata de una pericia que implica el conocimiento de la salud mental, para establecer si persiste la enfermedad que dio origen a la medida de seguridad, al igual que la pericia sobre capacidad de comprensión y autodeterminación, debe ser realizada por un médico psiquiatra como lo señaló la jurisprudencia de la Corte Constitucional de 1993.

5. OBJETIVO DE LA PERITACIÓN

Realizar una evaluación del estado mental actual, diagnóstico, pronóstico y tratamiento de un inimputable con el fin de que el juez de ejecución, que vela por la protección, curación, tutela y rehabilitación, elija, mantenga, sustituya o suspenda una medida de seguridad.

5.1 INFORMACIÓN RELEVANTE A OBTENER DE LOS DOCUMENTOS APORTADOS POR EL SOLICITANTE

Para la elaboración del dictamen, se requiere contar con la siguiente información:

•• Oficio petitorio que indique con claridad el motivo de la peritación, indicando qué medida de seguridad se está aplicando.
•• Informe pericial o dictamen realizado cuando se estableció la inimputabilidad.
•• Auto del juez mediante el cual se falló y se impuso la medida de seguridad inicial.
•• Informes periciales previos con base en los cuales se establecieron las anteriores y la presente medida de seguridad.
•• Historias clínicas completas existentes previas a los hechos.
•• Historia clínica del establecimiento psiquiátrico, clínica o institución oficial o privada especializada donde se encuentra internada la persona evaluada, que incluya diagnóstico, pronóstico y tratamiento. Debe contener los informes periódicos presentados a la autoridad en los cuales se especifique: evolución, proceso de rehabilitación, conciencia de enfermedad y necesidad de tratamiento, ejercicios para la reincorporación familiar y social y resultado de estos.
•• Exámenes clínicos y paraclínicos realizados previamente, de existir, o solicitados por el perito.

5.2 PAUTAS RECOMENDADAS PARA LA ENTREVISTA Y EXAMEN PSIQUIÁTRICO FORENSE

5.2.1 La entrevista y evaluación para orientar a la autoridad sobre el mantenimiento, cambio o levantamiento de una medida de seguridad se hace en el marco del respeto de la dignidad humana.
5.2.2 Se realiza una entrevista semiestructurada como la recomendada en el Protocolo de Evaluación Básica de Psiquiatría y Psicología Forenses.
5.2.3 La entrevista se debe realizar en un consultorio que ofrezca condiciones de seguridad y privacidad.
5.2.4 Es recomendable que se haga un encuadre que facilite un contacto empático con el examinado, de tal manera que se pueda obtener información cercana a la realidad sobre lo que el inimputable siente y piensa, y su condición mental al momento de la evaluación.
5.2.5 La entrevista tendrá énfasis en:
•• Datos de identificación del entrevistado, que permitan establecer condiciones socioculturales y demográficas generales.
•• Relato del examinado durante la entrevista sobre el curso del manejo ambulatorio o intramural, describiendo el tratamiento y el proceso de rehabilitación seguido.
•• La exploración de la conciencia del padecimiento psiquiátrico que dio origen al trastorno mental o la inmadurez psicológica, sus riesgos y la necesidad de tratamiento y/o control con fines preventivos.
•• Historia personal que incluya interacciones dentro del núcleo familiar en la infancia, la adolescencia y la adultez; rendimiento escolar; relaciones con pares y figuras de autoridad; aficiones, sociabilidad, historia de conductas delincuenciales o conflictivas previas; historia de consumo de sustancias; actividad laboral y relación con compañeros de trabajo y jefes; relaciones de pareja; preferencias y gustos; planes, estilos de afrontamiento; historia de la enfermedad mental que dio origen al trastorno mental o a la inmadurez psicológica, con edad de inicio, curso, tratamiento y su necesidad.
•• Historia familiar con descripción del funcionamiento familiar, especificando la calidad de las relaciones, figuras cercanas y redes de apoyo; acompañamiento y soporte recibido durante la ejecución de la medida de seguridad, reincorporación al medio familiar, social y laboral, interés en los mismos por parte del examinado.

•• Antecedentes médicos personales, familiares y judiciales.
•• Exploración sobre adherencia al tratamiento que, además de la conciencia de enfermedad, también debe abordarse; si conoce los medicamentos que toma y la importancia de estos para su salud mental.

5.3 ANÁLISIS Y CONCLUSIÓN FORENSES

5.3.1 Se recomienda utilizar terminología comprensible para la autoridad que solicita la valoración, brindando respuestas consistentes con la información allegada, coherentes con lo expresado en el dictamen, claras y precisas, concordantes con los interrogantes planteados por la autoridad solicitante.
5.3.2 Al realizar el análisis, interpretación y conclusión se debe tener en cuenta:
•• El oficio petitorio remitido por la autoridad competente en el cual se especifique claramente el motivo de la peritación.
•• La calificación por parte de la autoridad competente de inimputable por trastorno mental o inmadurez psicológica a la persona que comete una conducta típica y antijurídica.
•• El diagnóstico psiquiátrico que sustentó el trastorno mental o la inmadurez psicológica presente durante la comisión del hecho ilícito y que dio origen a la imposición e implementación de medida de seguridad inicial.
•• Las historias clínicas e informes multidisciplinarios presentados a la autoridad competente respecto a la evolución de la patología que originó el trastorno mental o la inmadurez psicológica, el tratamiento seguido y la necesidad de continuar con él intramuros o en forma ambulatoria.
•• El examen mental actual al momento de la evaluación, que dé cuenta del nivel de introspección del examinado; particularmente acerca del reconocimiento de la importancia del trastorno mental o inmadurez psicológica en su vida y como determinador del hecho ilícito, la necesidad de tratamiento y asistencia a control médico periódico o cuando la sintomatología aguda lo amerite.
•• La evaluación del funcionamiento global actual y comparado con el presentado al momento del hecho ilícito y en el último año.

•• La estructuración de la red de apoyo que describa si existen familiares o cuidadores que aseguren la continuación de los tratamientos o controles periódicos y la asistencia a atención médica oportuna en caso de ser requerido.
•• La valoración de indicadores personales, familiares y sociales de riesgo o de protección, que afectan el curso y pronóstico de la enfermedad.

5.4 ANÁLISIS

El aparte análisis del dictamen no corresponde al resumen de la información allegada y la obtenida en la evaluación, sino a un registro organizado y coherente de los hallazgos pertinentes y relevantes con base en los cuales se responden las preguntas de la autoridad y se da sustento científico a la conclusión expresada.

5.4.1 Se debe hacer una correlación entre la información de los documentos allegados, la información semiológica obtenida en la entrevista psiquiátrica forense (anamnesis y heteroanamnesis) y los hallazgos del examen mental actual, de manera que se sustente la presencia o ausencia de un diagnóstico psiquiátrico clínico y forense y las recomendaciones brindadas.
5.4.2 Se consignan los datos positivos o negativos de historia de enfermedad mental actual o previa en el examinado.
5.4.3 Si se observan hallazgos relevantes al examen mental actual realizado durante la evaluación, se consignan los datos positivos o negativos útiles para sustentar un diagnóstico psiquiátrico de enfermedad mental.
5.4.4 Se formula el diagnóstico clínico psiquiátrico en términos de ausencia o presencia de enfermedad mental según las clasificaciones internacionales vigentes (DSM o CIE). Se registran y sustentan diagnósticos adicionales como rasgos o trastornos de personalidad, indicando si interfieren en el relato sobre la sintomatología actual o afectan la adherencia al tratamiento.
5.4.5 Se debe consignar la necesidad y tipo de tratamiento y rehabilitación requeridos, especificando si pueden ser intrahospitalarios o ambulatorios.

5.4.6 El diagnóstico forense comprende la recomendación sobre la medida de seguridad más conveniente según la sintomatología y las necesidades de tratamiento requeridas.

5.5 CRITERIOS PARA EL DIAGNÓSTICO PSIQUIÁTRICO FORENSE

El diagnóstico psiquiátrico forense, si bien se ciñe a los términos legales y debe ser expresado en concordancia con ellos, debe estar basado en el conocimiento clínico psiquiátrico y debe ser verificable y demostrable con base en el método científico, la evaluación clínica, entrevista psiquiátrica forense que incluye anamnesis y heteroanamnesis (entrevista a familiares y acompañantes) de ser posible, examen mental, análisis del caso basado en la información allegada previamente y la brindada por el examinado, la clasificación nosológica clínica según los manuales diagnósticos vigentes (DSM o CIE) y la categorización diagnóstica forense acorde a la situación.

5.5.1 Criterios para recomendar una medida de seguridad consistente en internación en establecimiento psiquiátrico, clínica o institución adecuada:
•• Que exista una patología psiquiátrica que requiera tratamiento intramural por presencia de sintomatología psicótica aguda.
• Detrimento significativo en el funcionamiento de la persona evaluada.
• Riesgo de auto o heteroagresión.
• Que exista una patología comórbida tal como dependencia o abuso de sustancias o una perversión con ideación obsesiva de dañar a otros, que le dificulte su reintegro al medio social.

5.5.2 Criterios para recomendar la internación en casa de estudio o trabajo:
• Que el inimputable no padezca de un trastorno mental desde el punto de vista forense.
• Que el inimputable sea susceptible de ser tratado en forma ambulatoria y en condiciones de recibir educación, adiestramiento industrial, artesanal, agrícola o similar.

5.5.3 Criterios para recomendar la libertad vigilada:
• No requerir tratamiento intramural o susceptibilidad de manejo ambulatorio.
• Buena adherencia al tratamiento.
• Ausencia o control de sintomatología psicótica.
• Conciencia de síntomas y de enfermedad.
• Presencia de una adecuada red de apoyo.
• Acceso al sistema de salud.

5.5.4 Criterios para recomendar la suspensión o cesación de la medida de seguridad:
• La condición patológica que originó el trastorno mental o la inmadurez psicológica que motivó la imposición de medida de seguridad ya no está presente.
• El inimputable se encuentra rehabilitado, entendiendo por rehabilitación la capacidad para afrontar una vida social productiva y estable, asumiendo las normas sociales en su contexto cultural.
• El inimputable tiene conciencia de su enfermedad, su influencia en la comisión del ilícito y en su vida.
• Se tiene una adecuada red de apoyo que garantice la protección y tutela del inimputable.

5.6 ASPECTOS QUE DEBEN SER INCLUIDOS EN LA CONCLUSIÓN

5.6.1 Diagnóstico clínico: el diagnóstico psiquiátrico del examinado de acuerdo con las clasificaciones internacionales de enfermedades mentales, especificando si en la actualidad presenta sintomatología aguda con riesgo de auto o de heteroagresión y si para el momento de la evaluación el inimputable requiere tratamiento ambulatorio o intramural.
5.6.2 Diagnóstico forense: la recomendación sobre la medida de seguridad más conveniente, según el estado actual del inimputable.
5.6.3 Respuesta a otras preguntas planteadas por la autoridad.

Ponencia 7

PUNTOS CRITICOS EN El ANALISIS DE LA PERICIA MEDICOLEGAL

Dr.: Luis Carlos Pérez Gutiérrez
Coordinador Grupo Regional Clínica, Odontología, Psicología;
Psiquiatría Forense - Regional Suroccidente – Cali

Cuando hacemos referencia a los "**Puntos críticos en el Análisis de la Pericia Medico legal**" es necesario determinar qué tipo de experticias son las más comúnmente solicitadas por los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Consultada nuestra base de datos, hallamos que para el año 2010 se tramitaron 160 solicitudes de valoración por Estado de Salud en la Ciudad de Cali, provenientes de Autoridades de Cali, Palmira, Popayán y algunas otras ciudades del Territorio Nacional.

También se encuentran solicitudes por Estado Físico a familiares de detenidos o condenados y por Lesiones personales en número mucho menor, con el fin de establecer su condición clínica; por lo anterior, entonces procederemos a revisar los puntos críticos, de la experticia de mayor solicitud, Estado de Salud.

Haremos referencia al **Reglamento Técnico para la determinación Médico Forense de Estado de Salud en Persona Privada de Libertad – Estado grave por enfermedad o enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal – RT INMLCF Versión 01, Abril de 2009, mediante Resolución Nº 000524 de Abril 15 de 2009**, firmada por el Dr. Pedro Gabriel Franco Director General.

Revisaremos los sustentos del Marco legal, Conceptos teóricos, Objetivos, Definiciones, Alcances del Reglamento como elementos principales del tema.

El proceso se realizara mediante exposición, con ayuda de audiovisuales, con ejemplos claros que nos permitan ubicarnos en la aplicación y entendimiento de este Reglamento, y aclarar dudas sobre el proceder del Administrador de Justicia sobre las conclusiones emitidas por el Servicio Forense del INML y CF.

1. MARCO LEGAL

La determinación médico forense de Estado de Salud en Persona Privada de Libertad, regulada por este Reglamento Técnico Forense, está enmarcada en los referentes normativos que se mencionan a continuación:

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA
Artículos 1, 11, 12, 13, 49

-CÓDIGO PENAL (Ley 599 de 2000)
Libro Primero Parte General; Título I "De las Normas Rectoras de la Ley Penal Colombiana", Capítulo Único, artículo 1; Título IV; Capítulo III "De los Mecanismos Sustitutivos de la Pena Privativa de la Libertad", artículo 68.

-CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL (Ley 600 de 2000)
Título Preliminar "Normas Rectoras", artículo 1; Libro II. "Investigación". Título II "Instrucción". Capítulo V "Detención Preventiva"; Artículo 362 "Suspensión de la Detención Preventiva"; Libro IV. "Ejecución de Senten-

cias"; Título I "Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad", Artículo 471 "Aplazamiento o suspensión de la ejecución de la pena".

-CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL (Ley 906 de 2004)
Título Preliminar "Principios Rectores y Garantías Procesales", artículo 1º; Libro II, Título IV "Régimen de la Libertad y su Restricción"; Capítulo III "Medidas de Aseguramiento"; artículo 314 "Sustitución de la Detención Preventiva" (modificado por la Ley 1142 de 2007, artículo 27); Libro IV "Ejecución de Sentencias", Título I "Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad"; Capítulo I "Ejecución de Penas", artículo 461 "Sustitución de la Ejecución de la Pena".

-LEY 1142 DE 2007
Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana (Artículos 27 y 32), Artículo 18 Adicionado por el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007.

-CÓDIGO PENITENCIARIO Y CARCELARIO. (Ley 65 de 1993)
Título I "Contenido y Principios Rectores", artículo 5 "Respeto a la Dignidad Humana"; Título VI "Régimen Penitenciario y Carcelario", artículo 75 "Causales de Traslado", numerales 1 y 2; Título IX "Servicio de Sanidad", artículos 104, 105 y 106.

-OTROS:
Ley 23 de 1981 "por la cual se dictan normas en materia de Ética Médica" y su Decreto reglamentario 3380 de 1981, en los aspectos aplicables a la práctica médico forense.

Sentencias de la Corte Constitucional Nos. T-530 de 1990; T-535 de 1998; T-606 de 1998; T-366 de 1999; T-1499 de 2000; T-233 de 2001 y T-775 de 2002.

"Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas", Resolución 1/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos OEA.

2. MARCO TEÓRICO

Se denomina "**Estado de Salud en Persona Privada de Libertad**", el tipo de examen médico-legal, mediante el cual un perito médico (o psiquiatra, en ciertos casos no contemplados en este reglamento), siguiendo los protocolos forenses, apoya a la administración de justicia estableciendo si una persona privada de la libertad, como consecuencia de la aplicación de la ley penal, presenta alguna de las siguientes circunstancias de salud contempladas en los códigos Penal y de Procedimiento Penal colombianos:

ENFERMEDAD MUY GRAVE INCOMPATIBLE CON LA VIDA EN RECLUSIÓN

El Código Penal –Ley 599 de 2000–, establece en su artículo 68: "*Reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave: El juez podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia del penado o centro hospitalario determinado por el INPEC, en caso de que se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión...*".

La "Enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión", es una condición para conceder el beneficio de sustitución de la pena privativa de la libertad por la reclusión domiciliaria u hospitalaria. En este evento la persona a examinar se encuentra condenada a pena privativa de la libertad y se pretende establecer si sufre de una enfermedad calificada en el Código como "muy grave", incompatible con la vida en reclusión formal, e igualmente si se hace aconsejable sustituir el lugar de reclusión de la cárcel, por el de la residencia del penado o un hospital, en donde continuará cumpliendo la sanción penal.

En este evento el tiempo de reclusión domiciliaria u hospitalaria se contabiliza como parte del cumplimiento de la pena[1].

1 *Giraldo G. César Augusto, Medicina Forense, Décima Edición, Señal Editora, Medellín, 2001, pp. 151-152.*

ESTADO GRAVE POR ENFERMEDAD

Debe distinguirse aquí entre lo preceptuado en la Ley 600 de 2000 (C. P. P.)[2] Y lo establecido por la Ley 906 de 2004 (C. P. P. –Sistema Penal Acusatorio)[3], dado que en la actualidad ambos se encuentran vigentes en Colombia, en la medida en que persistan procesos a los cuales se deba aplicar la Ley 600 de 2000.

Ley 600 de 2000[4]

El artículo 362, numeral 3°, establece: "*Suspensión. La privación de la libertad se suspenderá en los siguientes casos... 3. Cuando el sindicado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de los médicos oficiales*". En este caso la o el examinado se encuentra bajo medida de aseguramiento, la cual se puede suspender.

En el artículo 471, del mismo Código dice: *"Aplazamiento o suspensión de la ejecución de la pena. El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, el aplazamiento o la suspensión de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la suspensión de la detención preventiva.*" Dicho artículo contempla las mismas condiciones de salud (estado grave por enfermedad), pero para quien ya haya sido condenado(a) a pena privativa de la libertad, caso en el cual, se podrá aplazar o suspender la ejecución de la pena.

En cualquiera de los casos mencionados, el funcionario judicial determinará si el (la) sindicado(a) o condenado(a) debe permanecer en su domicilio, en clínica u hospital. Igualmente, según el código, el funcionario exigirá certificado del médico legista quien dictaminará periódicamente

2 *Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal: Libro II "Investigación", Título II "Instrucción", Capítulo V "Detención Preventiva", Artículo 362 "Suspensión de la Detención Preventiva"; Libro IV "Ejecución de Sentencias", Título I "Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad",artículo 471 "Aplazamiento o suspensión de la ejecución de la pena".*

3 *Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal: Libro II "Técnicas de indagación e investigación de la prueba y sistema probatorio", Título IV "Régimen de la Libertad y su Restricción", Capítulo III "Medidas de Aseguramiento", artículo 314 "Sustitución de la Detención Preventiva" (modificado por el artículo 27 de la Ley 1142 de 2007); Libro IV "Ejecución de Sentencias", Título I "Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad", Capítulo I "Ejecución de Penas", artículo 461 "Sustitución de la Ejecución de Pena".*

4 *Op. Cit. 20.*

sobre la necesidad de continuar con la suspensión de la detención en la forma prevista.

Aquí cabe mencionar que la Corte Constitucional ha afirmado que el experticio de medicina legal no es el único medio probatorio para decretar la suspensión de la detención preventiva.

Por otra parte, se debe resaltar que a diferencia de la expresión "grave enfermedad", del Código de Procedimiento Penal del 1987, la expresión "Estado Grave por Enfermedad", del Código de Procedimiento Penal del 2000, que se conserva en la Ley 906 de 2004, traslada la condición o característica de gravedad, de la "enfermedad" a la "persona enferma", es decir, el sujeto que la sufre. Esta claridad que hace la legislación penal desde el año 2000, evita la discusión y confusión acerca de la calificación de una enfermedad como grave o no, para centrarse en la evaluación de la condición del paciente.

En ese orden de ideas, una enfermedad considerada grave en sí misma como por ejemplo la diabetes, puede no constituir en una persona específica, en un momento dado, un estado grave por enfermedad, y en otra sí, según las circunstancias. En el primer supuesto, no lo sería por estar la enfermedad controlada y no requerir al momento del examen un tratamiento diferente al que se le está suministrando en el sitio de reclusión. En el segundo supuesto, podría considerarse estado grave por enfermedad, si se encuentra, por ejemplo, la persona diabética en un coma cetoacidósico que no es posible manejar en el centro de reclusión.

Es decir que la calificación de "Estado Grave por Enfermedad", depende de las condiciones de salud del examinado, aunadas a la imposibilidad de brindar el manejo que su condición de salud requiera en el centro de reclusión donde se encuentre.

En el artículo 461, del mismo código, dice "*Sustitución de la ejecución de la pena. El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la deten-*

ción preventiva." En este caso igualmente es el juez quien determina si el condenado(a), debe permanecer en su casa, clínica u hospital.

Los conceptos de "Estado grave por enfermedad" y "Enfermedad muy grave incompatible con la reclusión formal", son análogos en consideración a que en ambos casos se busca proteger a la persona en la salud y la vida, independientemente de su situación jurídica. Ambos conceptos hacen referencia a una situación de salud incompatible con la reclusión so pena de poner en peligro la integridad física o salud y la vida misma de la persona, al no recibir oportunamente un tratamiento requerido.

Igualmente en algunos casos, puede atender a razones humanitarias, cuando las condiciones de salud del examinado requieren atención, manejo y cuidados especiales, sobre las cuales advertirá el médico perito, y que a juicio de la autoridad, no podrían proveerse adecuadamente en el establecimiento carcelario donde se encuentra el recluso. Al respecto ha dicho la Corte "para que la obligación del Estado de velar por la salud del recluso se haga exigible, no es necesario que el interno esté afectado de tal manera que la situación involucre una amenaza de violación del derecho a la vida o de otro derecho fundamental. Es decir, la mencionada obligación de Estado no se refiere únicamente a aquellas situaciones de urgencia, o de peligro para la vida de quien se encuentra internado en un centro de reclusión, sino que comprende también la atención en salud en dolencias de otra índole y en medicina preventiva"[5] 26.

Adicionalmente, en varias sentencias la Corte ha manifestado que la oportunidad de la atención médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, no sólo está dada por la urgencia ante la evolución de la enfermedad, sino que también se refiere al derecho al diagnóstico[6] y a la atención idónea cuando existan dolores intensos u otras condiciones que vulneren no sólo el derecho a la salud del interno, sino también el principio del respeto a la dignidad humana.[7] Corresponde al perito médico establecer o confirmar el diagnóstico, evaluar la situación de salud actual del examinado y deter-

5 *Sentencia T-530 de 1999.*

6 *Sentencia T-606 de 1998, T-366 de 1999,T-775 de 2002.*

7 *T-535 de 1998, T-606.T-233 de 2001, T-1499 de 2000. Aspectos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de la Organización de Estados Americanos (OEA), sobre "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertaden las Américas", entre otros*

minar en forma genérica qué tipo de tratamiento (o valoración médica) requiere y cuáles son las condiciones que deben garantizarse para la recuperación o preservación de la salud, e informar si dicho tratamiento debe ser intrahospitalario o puede ser ambulatorio. Igualmente, cuando sea el caso, se referirá también en forma genérica a las condiciones de manejo y cuidado necesarias para la atención adecuada y digna de las circunstancias particulares de salud del examinado (vgr. cuidados de enfermería, rehabilitación, dieta, etc.), y si estas se requieren de manera permanente o transitoria. Como este dictamen no tiene fines asistenciales, en desarrollo del mismo no se hace ninguna prescripción médica; lo que se hace es orientar a la autoridad judicial correspondiente, sobre la atención en salud que debe recibir el examinado. Lo anterior, para que la autoridad tenga elementos de juicio para establecer si el sitio de reclusión donde se encuentra la persona examinada cumple o no las condiciones mencionadas por el perito médico o si su permanencia en él puede comprometer la salud y la propia vida o la dignidad del enfermo. Se entenderá entonces que no es pertinente realizar un listado de enfermedades que puedan catalogarse como "muy graves", o como "graves" (expresión de Código de Procedimiento Penal Colombiano de 1987 y anteriores30) o como generadoras de "estado grave por enfermedad", pues si bien el diagnóstico de la enfermedad que sufre el paciente es un elemento de juicio necesario para establecer si se encuentra en alguna de las situaciones consideradas en las normas revisadas, se requiere además establecer las condiciones de salud específicas del paciente en sus circunstancias particulares de tiempo, modo y lugar.

En estos eventos el perito médico debe elaborar una historia clínica y realizar un examen clínico completo y, cuando sea del caso, solicitar por intermedio de la autoridad competente los exámenes paraclínicos o interconsultas con especialistas, para establecer, aclarar o confirmar el diagnóstico, el pronóstico y determinar las condiciones medioambientales, de tratamiento y/o manejo, requeridas por el examinado para conservar o recuperar su salud, conforme a lo establecido en este Reglamento Técnico Forense (ver Actividad 2 "Examen médico forense", página 51 y Actividad 3"Análisis, interpretación y conclusiones del dictamen médico forense de estado de salud en persona privada de libertad", página 65).

El perito médico que realiza este tipo de experticia debe tener presente que la finalidad de la norma es la de garantizar los derechos a la salud y a la vida de las personas privadas de la libertad y recluidas en un centro carcelario o penitenciario. Igualmente, que el respeto a la dignidad humana es un derecho fundamental constitucional y un principio rector de la ley penal. En consecuencia, debe evaluar cuidadosamente las condiciones de salud y las posibilidades de tratamiento y/o manejo adecuado a sus requerimientos, para comunicarlo de la forma más clara posible a la autoridad judicial correspondiente, quien finalmente tomará la decisión de conceder o no el correspondiente beneficio legal.

30 Ley 94 de 1938, Decreto 409 de 1971, Decreto 181 de 1981, Ley 2 de 1982, Decreto No. 0050 de 1987 (C. P. P.), República de Colombia.

Aspectos a considerar: El Código Penal de 1978 traía la figura de "Grave Enfermedad" como una de las condiciones para conceder la suspensión de la detención preventiva o la suspensión o aplazamiento de la ejecución de la pena. Esta figura generó dificultades en su interpretación al centrar el foco de interés para conceder el beneficio, en la cualidad de "grave" de la enfermedad, y no en la situación del paciente a consecuencia del padecimiento de la enfermedad y las condiciones específicas de reclusión.

Es así como se podían presentar aparentes contradicciones entre un médico clínico y un médico forense, en caso de entrar a calificar la situación de un paciente que sufriera una enfermedad "grave", como un cáncer, pero que estuviese controlado al momento del examen.

Para el médico clínico la respuesta obvia a la pregunta de si ¿el cáncer es una enfermedad grave?, es sí. Lo mismo respondería un médico forense a una pregunta formulada así, fuera del contexto de la ley procesal penal; pero si la pregunta se formula como: ¿Se encuentra el paciente XX en una situación de salud grave a consecuencia del cáncer que padece, que requiera manejo urgente intrahospitalario o que siendo de manejo ambulatorio, no pueda ser garantizado en el sitio de reclusión?, la respuesta variaría y según las circunstancias específicas del individuo examinado podría ser sí o podría ser no, o podría ser condicional: sí y solo sí, se garantizan determinadas condiciones de tratamiento.

El Código Penal del 2000 logró un significativo avance al virar el eje de atención de la condición de gravedad desde la enfermedad hasta el paciente, al expresar que el sujeto estuviere en "estado grave por enfermedad". Cualquier médico, forense o no, tiene una misma comprensión de esta expresión. Debe determinarse si un paciente concreto está en una situación de gravedad debido a una enfermedad; es decir, no basta con hacer el diagnóstico de la enfermedad que padece el paciente, sino que se requiere avanzar a establecer las condiciones del paciente al momento del examen y sus circunstancias.

Pierden entonces relevancia los listados de enfermedades graves que se pudieren elaborar, pues el legislador está interesado en proteger la situación de salud y la vida de una persona concreta, en sus condiciones específicas de reclusión, y no de generar una especie de protección general a quienes padezcan determinadas enfermedades listadas como graves.

Con esta expresión "estado grave por enfermedad" se protege además la salud de todas las personas, siempre que se encuentre amenazada en unas circunstancias particulares de reclusión de cada cual, independientemente de la calificación de leve o grave atribuible a la enfermedad en sí.

Frente a este avance en la protección de derechos, ahora sería una imperdonable vuelta atrás, pretender hacer un listado de enfermedades consideradas "muy graves", de cara a lo preceptuado en el artículo 68 del Código Penal (Ley 599 de 2000), adicionado por el artículo 32 de la Ley 1142 del 2007.

Por lo anterior, como ya se mencionó, para los efectos de este reglamento, resultan análogas las expresiones: encontrarse en "estado grave por enfermedad", del procedimiento penal y estar "aquejado de enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal" de la ley penal sustancial.

La legislación del 2000 hizo otro importante avance en el tema al incluir expresamente tanto en el artículo 68 del Código Penal31, como en el artículo 36232 del Código de Procedimiento Penal, la necesidad de realizar nuevas valoraciones médicas para hacer seguimiento a la situación de

salud de la persona examinada. Esto es fundamental porque las condiciones de salud de un individuo no son estáticas, pudiendo evolucionar hacia la mejoría o empeorar, y está claro que un concepto dado en un momento en el tiempo, es válido para ese momento. El médico tiene mayores elementos desde su experticia para orientar a la autoridad competente al respecto, sugiriendo en su dictamen el término para una nueva valoración (ver Actividad 3 "Análisis, interpretación y conclusiones del dictamen médico forense de estado de salud en persona privada de libertad", página 65).

¿Quién puede realizar el examen?

Los artículos 362 de la Ley 600 de 2000 (C. P. P.) y 433 de la Ley 906 de 2004 (C. P. P.), establecen que la situación de estado grave por enfermedad debe ser dictaminada por "médicos oficiales". Es decir, médicos contratados por el Estado, ya sea mediante una relación legal y reglamentaria o mediante un contrato de prestación de servicios. Los médicos del Servicio Médico Obligatorio, que tengan la condición de ser médicos oficiales, quedan incluidos por lo normado en los artículos mencionados.

El artículo 68 de la Ley 599 de 2000 (C. P.), establece que para la determinación de la condición de: "estar aquejado de enfermedad muy grave", debe mediar concepto de "médico legista especializado".

Al respecto es de anotar que se entiende que el legislador haya establecido una mayor exigencia con respecto a la competencia del evaluador en estos casos, dada la connotación del beneficio a conceder.

Por lo anterior se entiende por médico legista especializado, aquel perito médico del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses o médico oficial que ha recibido capacitación y entrenamiento específico en el tema y sigue los lineamientos técnico forense establecido en este reglamento.

Aspectos que están por fuera del alcance de este Reglamento técnico forense

A. No aplica para realizar un examen psiquiátrico forense para establecer si debido a una alteración psíquica o enfermedad mental una persona detenida, o condenada se encuentra en "Estado Grave por Enfermedad" o presenta "Enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal". Esto debe ser valorado por parte de un psiquiatra, con base en los criterios establecidos para tal efecto en la reglamentación al respecto, emitida por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

B. No aplica para determinar si a una mujer gestante le faltan dos o menos meses para el parto o si no han transcurrido más de seis meses desde el parto. La primera condición requiere el diagnóstico del embarazo y la edad gestacional, establecidos con base en las normas que dicta la ginecoobstetricia, sin ninguna particularidad forense diferente de la recomendación de concluir en lo posible, con fundamento en el método de mayor certeza (es decir, con ecografía obstétrica), y aclarar en la conclusión, si la edad gestacional establecida en semanas, corresponde o no al supuesto de la norma de faltar dos o menos meses para el parto. La segunda condición, es decir, que no hayan transcurrido más de seis meses desde el parto, se puede establecer durante el primer mes del puerperio mediante examen clínico y determinación de niveles de hormona gonadotropina coriónica en la mujer, así como el examen del recién nacido o lactante menor con el fin de evaluar los criterios clínicos para determinación de edad, siguiendo los lineamientos establecidos en el "Reglamento Técnico Forense para la Determinación de Edad en Clínica Forense Versión 02, dic. 200511", Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (Resolución 001019 de 2004). A partir del segundo mes, sólo es posible realizar la determinación de edad clínica del menor; en estos casos es de gran utilidad la historia clínica si la paciente ha recibido atención médica.

Es necesario prestar especial cuidado a la identificación del menor que se examina; se debe solicitar el certificado de nacido vivo, expedido por el centro hospitalario donde se atendió el parto o, en caso de parto domiciliario, el Registro Civil, y registrar la respectiva información en

el dictamen. Adicionalmente, se recomienda tomar fotografía y/o huella plantar del bebé examinado

Se debe aclarar que este Reglamento sí aplica, en aquellos casos en los cuales se requiere el examen médico forense de una mujer embarazada o puérpera privada de la libertad, cuyas condiciones de salud deben ser evaluadas para establecer si se encuentra en "Estado grave por enfermedad" o "Enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal".

C. No aplica para establecer si el hijo(a) de una mujer cabeza de familia sindicada o condenada (o de un hombre que tenga la misma calidad), es menor (de edad). De no existir prueba documental, el apoyo pericial estará dado por la determinación de la edad clínica del hijo en cuestión. Para tal efecto, se realizará el examen correspondiente, siguiendo lo establecido en el respectivo reglamento técnico forense14. Igualmente en esos casos se recomienda tomar fotografía y/o la huella plantar o digital del menor examinado.

D. No aplica para establecer si el hijo(a) de una mujer cabeza de familia sindicada o condenada (o de un hombre que tenga la misma calidad), sufre incapacidad permanente (física y/o mental), caso en el cual se requiere una valoración de éste por parte de un médico y/o un especialista en psiquiatría clínico o forense, no contemplada en este reglamento.

E. No aplica para determinar si una persona privada de la libertad tiene más de 65 años (sesenta y cinco años).
La prueba pericial no tiene utilidad para determinar la edad en personas vivas mayores de 25 años, dado que si bien pueden observarse fenómenos de envejecimiento, estos no permiten establecer la edad con un rango útil para una investigación judicial.
La determinación de la edad, especialmente cuando la persona ha superado esta edad, debe hacerse sustentada en pruebas documentales y en su defecto, en pruebas testimoniales

F. No aplica para prescribir un tratamiento y/o manejo médico a una persona privada de la libertad.

Como la valoración médico forense sobre Estado de Salud en persona privada de libertad para determinar Estado grave por enfermedad o Enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal, no tiene fines asistenciales, en desarrollo de este proceso no se hace ningún tipo de prescripción médica; sólo se orienta a la autoridad judicial correspondiente, sobre la atención en salud que debe recibir el examinado. La prescripción sobre tratamiento y manejo médico son parte de los procedimientos asistenciales de salud.

G. No aplica para evaluar si un establecimiento carcelario o penitenciario, brinda determinadas condiciones de atención en salud, alimentación, requeridas por una persona privada de la libertad, cuestión que compete a las autoridades Penitenciaria y carcelarias, apoyadas en el servicio de sanidad respectivo.

H. Tampoco aplica para establecer si una persona se encuentra, o no, en condiciones de salud para atender una citación a una audiencia, ni para evaluar el estado de salud de una persona privada de la libertad, durante el desarrollo de una audiencia de cualquier tipo.

Lo expuesto es una presentación de los conceptos más relevantes que en materia de Estado de Salud trata el tema, su contenido ha sido extractado del Reglamento que para esta experticia ha establecido el INML y CF como elemento fundamental en el desarrollo de la experticia existen otros elementos que nos permitirán complementar lo aquí expuesto y pueden ser revisados ingresando a la página web, www.medicinalegal.gov.co click en el link Instituto (margen superior derecha de la pantalla) donde se despliega el link Guías y Reglamentos encontrándose todos los Reglamentos y Guías de las diferentes especialidades forenses que rigen nuestra practica.

II Conversatorio Nacional de la Rama Judicial sobre Ejecucion de Penas y Medidas de Seguridad

Cali, 20 y 21 de mayo de 2011

PONENCIAS EXPUESTAS EN
MESAS DE TRABAJO

Ponencias 8

CONSIDERACIONES SOBRE LOS BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS

Dra. Ruth Silvana Cortés Bolaños
Jueza 1a de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Armenia

La ley 65 de1993 – CODIGO PENITENCIARIO Y CARCELARIO- en su título 13 sobre TRATAMIENTO PENITENCIARIO, incluyó el artículo 146 de BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS señalando como tales los permisos hasta de setenta y dos horas, la libertad y franquicia preparatorias, el trabajo extramuros y penitenciaría abierta, cada uno de los cuales desarrolla en los artículos siguientes.

El numeral 5 del artículo 79 de la ley 600 del 2000 señala como una de las funciones de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad *"la aprobación de las propuestas que formulen las autoridades penitenciarias o de las solicitudes de reconocimiento de beneficios administrativos que supongan una modificación en las condiciones de cumplimiento de la condena o una reducción del tiempo de privación efectiva de libertad"*. En similares términos quedó redactado el numeral 5 del artículo 38 de la ley 906 de 2004 en el cual solamente se adicionó la palabra previa.

Dicha norma fue demandada alegándose que contrariaba el artículo 113 de la Constitución Política tratándose de una intromisión indebida del órgano judicial en funciones administrativas. Al resolver la constitucionalidad de ese numeral se afirmó:

"La función de garantizar la legalidad de la ejecución de la sanción penal es de carácter jurisdiccional. En esa medida, es necesario que la Corte entre a determinar si la aprobación de las propuestas que formulen las autoridades penitenciarias o de las solicitudes de reconocimiento de beneficios administrativos, en cuanto unos u otros supongan modificaciones en las condiciones de cumplimiento de la condena o reducciones del tiempo de privación efectiva de la libertad, corresponden a facultades necesarias para el cumplimiento de dicha función. En la medida en que no lo sean, y trasciendan el ámbito propio de estas facultades jurisdiccionales, es necesario entrar a determinar si esta circunstancia las hace inconstitucionales o si, por el contrario, implica una intromisión de la rama judicial en funciones netamente administrativas tal como lo aduce la demandante.
En cuanto tiene que ver con los beneficios administrativos, se trata de una denominación genérica dentro de la cual se engloban una serie de mecanismos de política criminal del Estado, que son inherentes a la ejecución individual de la condena. Suponen una disminución de las cargas que deben soportar las personas que están cumpliendo una condena y que, en algunos casos, pueden implicar la reducción del tiempo de privación efectiva de la libertad dispuesto en la sentencia condenatoria o una modificación en las condiciones de ejecución de la condena[1] *(Así, por ejemplo, una de las formas en que un beneficio administrativo conlleva una modificación en las condiciones de ejecución de la condena está consagrado en el artículo 75 numeral 4º del Código Penitenciario y Carcelario, que establece como causal de traslado el estímulo de buena conducta.)*

De lo anterior se tiene entonces que, estando los beneficios administrativos sujetos a condiciones determinadas previamente en la ley, y siendo los jueces de ejecución de penas las autoridades judiciales encargadas de garantizar la legalidad de las condiciones de ejecución individual de la condena, mediante la verificación del cumplimiento de las condiciones en cada caso concreto, resulta ajustado a la Constitución que el reconocimiento de tales beneficios esté sujeto a su aprobación.

1 *Así, por ejemplo, una de las formas en que un beneficio administrativo conlleva una modificación en las condiciones de ejecución de la condena está consagrado en el artículo 75 numeral 4º del Código Penitenciario y Carcelario, que establece como causal de traslado el estímulo de buena conducta.*

El valor constitucional que tiene la necesidad de preservar el principio de legalidad en la ejecución de la condena y la atribución de esta función en cabeza de las autoridades judiciales implica que la aprobación de cualquier medida administrativa que afecte el tiempo de privación efectiva de la libertad de un condenado debe ser aprobada por la autoridad judicial encargada de ejecutar la pena, pues este aspecto está expresamente reservado al juez de ejecución[2]*. De lo contrario, ello implicaría que las autoridades administrativas tendrían la potestad de modificar las decisiones judiciales concretas, y ello sí comprometería el principio de separación de funciones entre los diversos órganos del poder público."*[3]

Como ya se advirtió, los beneficios administrativos fueron consagrados en el Código Penitenciario y Carcelario como figuras del tratamiento penitenciario, cuyo objetivo es preparar al condenado mediante su resocialización para la vida en libertad. Dicho tratamiento está integrado por 5 fases: *1- Observación, diagnóstico y clasificación del interno. 2- Alta seguridad que comprende el período cerrado. 3- Mediana seguridad que comprende el período semiabierto. 4- Mínima seguridad o período abierto. 5- De confianza que coincidirá con la libertad condicional*[4].Respecto del permiso de 72 horas, se exige como uno de los requisitos que el condenado se encuentre en la fase de mediana seguridad, supuesto que debe certificar el Centro de Reclusión. Sobre la naturaleza del tratamiento penitenciario se ha dicho:

"(i) El tratamiento penitenciario supone "un seguimiento del progreso individual de cada uno de los internos, [de acuerdo con el artículo 10º de la Ley 65 de 1993)… mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación bajo un espíritu humano y solidario";
(ii) La ejecución de la pena y el tratamiento penitenciario, suponen una concreción del principio de colaboración armónica de las distintas ramas del poder público, en el ámbito de la justicia penal. En tal sentido, el poder ejecutivo administra, supervisa y ejecuta el tratamiento, de conformidad con mandatos del legislador, manteniéndose la reserva judicial para modificar las condiciones materiales en que se cumple la pena.

2 *El artículo 77 del Código Penitenciario establece: "ARTICULO 70. LIBERTAD. La libertad del interno solo procede por orden de autoridad judicial competente."*
3 *Sentencia C-312 de 2002. MP. Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL*
4 *Artículo 144 Ley 65 de 1993.*

(iii) En consecuencia, "…la ejecución de la sanción penal… no es otra cosa que la búsqueda teórica y normativa de la resocialización, con el objetivo esencial de preparar al condenado para la vida en sociedad (Artículos 142 a 150, L. 65 de 1993), mediante la implementación de un sistema técnico, progresivo, dividido en varias fases que representan el progreso de cada interno en su resocialización. (iv) Por lo expuesto, es comprensible que "las autoridades penitenciarias dispongan de un margen de discrecionalidad para otorgar los distintos beneficios administrativos teniendo en cuenta la situación específica del recluso", pero manteniendo presente el fin esencial del tratamiento. Como consecuencia, la discrecionalidad no es absoluta, sino que las facultades de las autoridades carcelarias están sujetas al principio de legalidad y a los fines del régimen penitenciario.[5]"[6]

Precisada la naturaleza de los beneficios administrativos, y la atribución del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad para finalmente decidir si el condenado puede o no acceder a ellos, frente al caso propuesto se deben realizar las siguientes reflexiones:

El artículo 147 de la ley 65 de 1993, introduce una exigencia adicional para los condenados por delitos de competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializados, concretamente haber descontado el 70% de la pena impuesta. Esa modificación surgió del artículo 29 de la ley 504 de 1999. Revisada la exposición de motivos consignado en la gaceta del congreso se conoce que dicha normatividad tuvo como finalidad "*moderar el impacto social que, de otra manera, produciría la desaparición abrupta de la justicia regional y hacer posible el tránsito de legislación sin mayores traumatismos*"[7], pues recuérdese que el artículo 250 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia disponía que la justicia regional dejaría de funcionar a más tardar el 30 de junio de 1999. Y bajo esa finalidad en el artículo 49 se dijo que "*Las normas incluidas en la presente ley tendrán una vigencia máxima de ocho (8) años. A mitad de tal período, el Congreso de la República hará una revisión de su funcionamiento y si lo considera necesario, le hará las modificaciones que considere necesarias".*

5 *T-1670 de 2000.*
6 *Sentencia T-825 de 2009.*
7 *Gaceta del Congreso 28 Lunes 29 de marzo de 1999*

La constitucionalidad de esas normas fue igualmente sometida a estudio de la H. Corte Constitucional quien respecto del tema que nos ocupa precisó:

"2.1.2. Como se desprende de los antecedentes históricos sucintamente enunciados en el acápite anterior, la "jurisdicción de orden público", con una estructura administrativa propia -Jueces de Orden Público y Tribunal de Orden Público, separados e independientes del resto de la estructura judicial, con normas procesales específicas para conocer de determinados delitos, fue eminentemente especial y transitoria, como quiera que nació a la vida jurídica en virtud de decretos legislativos dictados por el Presidente de la República en virtud de haber sido declarado el Estado de Sitio, conforme a lo previsto por el artículo 121 de la Constitución anterior.

Derogada la Constitución de 1886 y todas sus reformas por el artículo 380 de la Constitución de 1991, la consecuencia ineludible de ello en relación con la "justicia de orden público" era su desaparición inmediata y, entonces, por una necesidad jurídico-política se prolongó la vigencia de los decretos expedidos en ejercicio de las facultades que al Presidente confería el artículo 121 de la Carta Política derogada, para que continuarán "rigiendo por un plazo máximo de noventa días", vencido el cual podrían convertirse "en legislación permanente" por decreto del Gobierno si la Comisión Especial Legislativa no los improbaba, como efectivamente sucedió con la expedición de los decretos 2265, 2266 y 2272 de 1991.

Con todo, la adopción de las instituciones propias de la justicia regional como "legislación permanente", siguió siendo temporal, por expresa voluntad del Congreso de la República que, al expedir la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia- dispuso en el artículo 205 transitorio que "en todo caso, la justicia regional dejara de funcionar a más tardar el 30 de junio de 1999", norma esta que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 5 de febrero de 199.

Es de observar que la Corte Constitucional, en varias sentencias, avaló algunas veces la constitucionalidad y en otras declaró inexequibles diferentes normas relacionadas con la llamada "justicia regional". Pero es necesario dejar en claro que cuando la Corte encontró ajustada a la Constitución disposiciones relacionadas con dicha justicia lo hizo bajo la convicción de que se trataba de una normatividad que obedecía a una situación socio-política excepcional y que debía ser temporal y no permanente.

….

- El artículo 26 de la ley acusada, por su parte, excluye del beneficio de cumplir la detención preventiva en el domicilio o lugar de trabajo, a los sindicados por los delitos que ahora son de competencia de los jueces penales del circuito especializados y antes de los jueces regionales.

A primera vista se observa que esta norma es un rezago del conjunto institucional de carácter extraordinario conocido como justicia regional, que en el momento actual no se justifica en razón de haber desaparecido dicha justicia. Por lo tanto, no encuentra la Corte una justificación racional y razonable que apunte a la consecución de una finalidad constitucional legítima, para que a unos sindicados que se encuentran objetivamente dentro de las circunstancias que describe el inciso 1 del art. 409 del C.P.C. se les conceda el beneficio de que la detención se cumpla parcialmente en el lugar de trabajo o en su domicilio, y en cambio, a los sindicados de los delitos de que conocen los jueces del circuito especializado, no se les otorgue idéntico beneficio…

2.2.14. Permiso hasta de 72 horas (art. 29). Incumplimiento de las obligaciones (art. 30).

Las referidas normas, en su orden, se refieren al permiso por 72 horas que pueden obtener los condenados por delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializado, cuando hayan descontado el 70% de la pena impuesta, así como a la circunstancia de que los condenados que se encuentren sindicados o condenados por hechos punibles cometidos durante el tiempo de reclusión no podrán gozar de los beneficios de establecimiento abierto.

No encuentra la Corte contradicción alguna entre las normas mencionadas y la Constitución. En tal virtud, serán declaradas exequibles.

…

d) El art. 49, que señala un término de vigencia de las normas de la ley 504/99 y que prevé "una revisión de su funcionamiento" por el Congreso, con la finalidad allí prevista, será declarado exequible, pues este tipo de regulaciones son de competencia del legislador".[8]

En sentencia C-708 DE 2002, nuevamente la Corte declara la constitucionalidad de dicha restricción y por tercera vez lo hace en la sentencia C-428 de 2008, sin embargo en esta última nada se dice de la vigencia de ocho años que se cumplió el 1 de julio del año 2007 si se tiene en cuenta que la ley 504 de 1999 comenzó a regir el 1 de julio de 1999:

8 *Sentencia C-392 del 2000*

"En el presente caso, observada integralmente la sentencia C-392 de 2000, se aprecia que ***se ha configurado la cosa juzgada constitucional*** *(art. 243 superior), porque se examinó la constitucionalidad de la misma norma legal, el problema jurídico planteó entre otros aspectos estudiar la igualdad bajo distintos tópicos y frente al texto integral de la Constitución, y las motivaciones de la Corte se desarrollaron en torno al mencionado derecho y la confrontación de la disposición impugnada con la totalidad de la Constitución. Además, la decisión de exequibilidad no fue restringida o limitada expresa o implícitamente en sus efectos. Menos podría sostenerse que se configuró una cosa juzgada aparente por cuanto existió motivación expresa en el cuerpo de la sentencia sobre la disposición acusada según se ha comprobado, lo cual imposibilita la presentación de una nueva demanda.*

*Por último, en la sentencia C-708 de 2002, la Corte estudio una demanda presentada igualmente contra la presente disposición (numeral 5º del artículo 147 de la Ley 65 de 1993, modificado por el artículo 29 de la Ley 504 de 1999), resolviendo "****ÈSTESE A LO RESUELTO*** *en la Sentencia C-392 de 2000 respecto al artículo 29 de la Ley 504 de 1999"."*[9].

Si bien muchas de las normas de la referida ley fueron incorporadas por el Legislador al expedir la ley 906 de 2004, respecto de la adición introducida en el artículo 147 de la ley 65 de 1993, nada se dijo.

Pero además de la vigencia de dicha restricción, que a la fecha no es tan evidente, debe tenerse en cuenta como ya se advirtió que el permiso de 72 horas hace parte del tratamiento progresivo y busca preparar al condenado frente a sí mismo y a su familia para regresar al seno de su hogar, por ello la regla general es que se disfrute del mismo en la tercera parte de la pena, pues en circunstancias normales, el derecho a la libertad condicional se adquiere en el cumplimiento de las tres quintas o dos terceras partes de la pena. Ello igualmente justificaba que se exigiera el 70% a los condenados de justicia especializada ya que para ellos no era procedente la libertad condicional y por tanto su salida se daba cuando se verificaba el 100% de la pena.

9 *Sentencia C-426 de 2008*

Ello sin embargo a la fecha no es aplicable para quienes fueron juzgados por justicia especializada bajo la ley 733 de 2002, pues al entrar a regir la ley 890 de 2004, jurisprudencialmente se señaló que la restricción de libertad condicional ya no operaba. Efectivamente, al respecto se dijo:

"El artículo 11 de la Ley 733 del 2002, dictada al amparo de los códigos penal y de procedimiento penal del 2000, estableció una serie de prohibiciones para los procesados por delitos de terrorismo, secuestro, secuestro extorsivo y extorsión, quienes no pueden disfrutar de rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, suspensión condicional de la ejecución de la pena, libertad condicional, prisión domiciliaria, ni ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, excepto los beneficios por colaboración previstos en el estatuto procesal.

La posterior expedición de las Leyes 890 y 906 del 2004, reformatoria del Código Penal la primera y abrogatoria del Código de Procedimiento Penal la segunda para juzgar las conductas cometidas después del 1º de enero del 2005, introdujo algunos cambios en las normas de exclusión o suprimió algunas instituciones y adoptó otras, lo que obliga a estudiar la vigencia de cada una de las prohibiciones contenidas en la reseñada Ley 733 frente a los nuevos estatutos y, particularmente, al sistema procesal adoptado a partir del Acto Legislativo 03 del 2002, desarrollado por las ya citadas leyes del 2004.

Se dijo en la última de las mencionadas providencias que:
con posterioridad a esa norma se expidieron las Leyes 890 y 906 del 2004, en las que se incluyeron disposiciones que aluden a los mismos institutos mencionados en el citado artículo 11 pero sin establecer las prohibiciones que en él se señalan, lo cual implica su tácita derogatoria, como ya lo había dicho la Corte en la sentencia de tutela del 7 de diciembre del 2005, radicado 23.322, si bien referido únicamente a la libertad condicional.

Así se expresó la Sala:

En efecto, una norma de carácter general como el artículo 64 de la ley 599 de 2000, por virtud del artículo 11 de la ley 733 de 2002 vio limitados sus alcances, en el sentido que a partir de la vigencia de esta última disposición hacia delante, los condenados por la comisión de los delitos de extorsión, ***no tendrían derecho***

***a la libertad condicional**, así cumplieran las tres quintas partes de la pena y muy a pesar de que su conducta en el establecimiento carcelario fuese ejemplar como consecuencia de las bondades relativas de la prevención especial y la resocialización.*

De esta manera, es evidente que los artículos 64 de la ley 599 de 2000 y 11 de la ley 733 de 2002, conforman en materia de libertad condicional la proposición jurídica completa. En efecto, las dos disposiciones regulaban de manera integral la materia y por tanto, al disponer el artículo 5 de la ley 890 de 2004, que la libertad condicional procede para todos los delitos, derogó en conjunto las disposiciones anteriores.

Ello significa que a partir de la expedición de la ley 890 de 2004, vigente a partir del 1 de enero de 2005, los requisitos, para aquellos condenados que antes estaban excluidos de la posibilidad de acceder a la libertad condicional por la naturaleza del delito que ejecutaron, ahora la tienen, siempre que se cumplan y se superen las exigencias normativamente previstas, esto es, la valoración acerca de la gravedad de la conducta, el cumplimiento de la dos terceras partes de la pena y que su conducta en el establecimiento carcelario permita deducir que no existe necesidad de continuar con la ejecución de la pena.

Además, haciendo énfasis en principios de justicia restaurativa, deberá acreditarse la reparación a la víctima y de otra el pago total de la multa
…
Quinto: Como se acaba de destacar, el artículo 5 de la ley 890 de 2004 derogó tácitamente el 64 de la ley 599 de 2000, modificado por la ley 733 de 2002, en lo que tiene que ver con los presupuestos relacionados con la libertad condicional (otras prohibiciones como la de acceder a la sentencia anticipada deben examinarse en concreto y respetando el instituto específico de que se trata), de manera que por virtud del principio de favorabilidad es aplicable el artículo 5 de la primera ley, en tanto genera mayores posibilidades de acceder a la libertad condicional, las cuales no se pueden rehusar con argumentos de competencia, que en nada inciden tratándose de una reforma eminentemente sustancial.

Similares reflexiones e idéntica conclusión cabe hacer respecto de la prohibición de conceder beneficios incluida en el mismo artículo 11, particularmente el de redención de pena por trabajo o estudio, pues el artículo 472 de la Ley 906 no

reprodujo ninguna excepción relacionada con la clase de delito cometido, sino que de manera general dijo en su inciso 3º:
La reducción de las penas por trabajo y estudio, al igual que cualquier otra rebaja de pena que establezca la ley, se tendrá en cuenta como parte cumplida de la pena impuesta o que pudiere imponerse.

Es claro que si la voluntad legislativa hubiese sido la de mantener la prohibición, la habría incluido en el texto de este inciso o en cualquiera otra norma del nuevo estatuto procesal, de manera que no hacerlo equivale a derogarla tácitamente."[10].

Así las cosas, habiéndose diseñado un sistema de carácter progresivo divido en fases que responden al progreso del interno dentro del proceso de resocialización no se torna lógico ni coherente con las normas y precedentes mencionados que aún se exija a los condenados por justicia especializada más tiempo de privación de libertad para obtener una salida de 72 horas que para lograr la salida definitiva. Advirtiendo eso sí que tal consideración no opera frente a los delitos cometidos en vigencia de la ley 1121 de 2006 (que reprodujo en gran parte la ley 733) y en los cuales el mismo legislador expresamente prohibió los beneficios administrativos sin importar cuánto tiempo se hubiese purgado de la pena, pues igual tampoco tienen derecho a la libertad condicional.
Sobre la relación de los beneficios administrativos con el tratamiento penitenciario igualmente se ha consignado:

"Dentro de este contexto, los permisos de establecimiento abierto se conceden a los condenados que por estar próximos a cumplir su pena y que por mostrar un proceso de resocialización acorde con los fines del tratamiento penitenciario, pueden regresar temporalmente a la sociedad, bien sea por 72 horas, por 15 días, o como en el caso de la libertad preparatoria, para trabajar o estudiar la mayor parte del día por fuera del penal. El carácter progresivo de los anteriores beneficios, radica en que de forma paulatina se busca reincorporar al recluso a la sociedad, haciendo menos traumático su tránsito a la vida libre. Por lo anterior, la aplicación fiel de la normatividad carcelaria vigente es una garantía tanto para la persona que se encuentra recluida en un centro penitenciario, como para la sociedad que confía en la ejecución justa y legal de la sanción penal.

10 *CSJ. Rad 24052. MP Alvaro Orlando Pérez Pinzón. 14/03/2006.*

Por lo anterior, resulta comprensible que, dentro de las distintas fases en que se divide el tratamiento penitenciario -observación, periodo cerrado, periodo abierto, y de confianza- las autoridades penitenciarias dispongan de un margen de discrecionalidad para otorgar los distintos beneficios administrativos teniendo en cuenta la situación específica del recluso. Dichos beneficios, que hacen parte del tratamiento en sus distintas fases, deben ser concedidos o negados dependiendo de las circunstancias particulares de cada condenado. De esta forma debe entenderse la discrecionalidad que las distintas normas otorgan a la administración cancelaría para otorgar o negar los beneficios administrativos dentro del tratamiento penitenciario, discrecionalidad que sin embargo no es absoluta. Si bien las autoridades administrativas cuentan con un margen de discrecionalidad para ejecutar el tratamiento penitenciario dependiendo de las circunstancia particulares de cada penal y de cada recluso, tal facultad está sujeta a los fines y objetivos para los que fue instituido el régimen penitenciario y a los requisitos que la ley consagra para el otorgamiento de los distintos beneficios en cada una de sus fases. Lo anterior, no es otra cosa que el respeto por la vigencia del principio de legalidad en todas las actuaciones administrativas internas de los penales"[11].

Se plantea también en el caso de estudio la restricción consagrada en el Decreto 232 de 1998, sin embargo de esas exigencias adicionales al artículo 147 de la ley 65 de 1993, se acoge pronunciamiento del H.Tribunal Superior de Armenia que en sus partes pertinentes se transcribe y en el cual claramente se indican los fundamentos que impiden su aplicación:

"Desde el auto de junio 28 de 2007[12]*, esta Sala de decisión ha hecho un análisis de la aplicabilidad de las exigencias adicionales que consagra el decreto 232 de 1998*[13]*, el cual fue expedido por el Presidente de la República "en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales,* ***en especial de la prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política****" para reglamentar el artículo 147 de la ley 65 de 1993. Sobre este tema, la Sala ha expuesto los siguientes argumentos:*

11 *Sentencia T-1670 de 2000.*
12 *Radicación 05-001-31-04-026-1996-13171-01*
13 *Publicado en el Diario Oficial 43.231, de 5 de febrero de 1998.*

El artículo 189 de la Constitución Política, en su numeral 11, asigna al Presidente de la República la potestad reglamentaria, la cual despliega mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes; es decir, puede dictar normas también generales para facilitar o hacer posible su aplicación.

Pero el ejercicio de la atribución presidencial debe estar acorde con las facultades preeminentes del Poder Legislativo, como quiera que la potestad reglamentaria esté sujeta a los límites fijados en la Constitución Política y en la ley correspondiente. Así las cosas, el Presidente de la República, respecto de las precisas materias señaladas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, ostenta una competencia supeditada a los condicionamientos que para tales efectos fije el Congreso, como órgano legislativo del País (artículo 150 de la Norma superior).

Al tratarse de una reglamentación, no puede adicionar la norma que se regula y tiene que estar sometida a ésta.

Al respecto, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de marzo 26 de 1998 (radicación 11.153)[14], ha precisado:

> *"Advierte la Sala, en relación con la facultad reglamentaria del Gobierno que ejerce en desarrollo del mandato contenido en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, que ésta disposición fija los límites y alcances de ese poder reglamentario dentro de los criterios de competencia y de necesidad.*
>
> *La competencia debe entenderse como la obligación que tiene el Gobierno de hacer cumplir la Ley o de asegurar su cumplimiento, pero dentro de los propios límites que señala la Carta y la Ley reglamentada. Así, **el ejecutivo no podrá modificar la disposición reglamentada extendiendo o restringiendo su alcance; o crear una situación nueva no contenida en aquella**; ni puede, so pretexto de reglamentarla, contrariar la finalidad perseguida por el legislador.*

14 *http://www.consejodeestado.gov.co/*

El criterio de necesidad determina la actuación del Gobierno en aquellos casos en que la ley por ser oscura o imprecisa, requiere del reglamento para su correcta aplicación. De manera tal que, si la ley contiene mandamientos claros, precisos y minuciosos, el reglamento resultaría innecesario.

El poder reglamentario está implícito entonces, en la necesidad y obligación del Gobierno de cumplir y hacer cumplir las leyes y su legitimidad derivará siempre del tipo de ley reglamentada, en donde encuentra sus límites naturales." (Resaltado fuera del texto original).

…
Al confrontar los preceptos referidos, se advierte que se agregaron requisitos diversos a las exigencias previstas por el legislador en el artículo 147 del Código Penitenciario y Carcelario y más restrictivos que los fijados en la norma legal que se reglamentó.

*De acuerdo con lo anotado en los párrafos precedentes, y con fundamento en las normas constitucionales y el pronunciamiento del Consejo de Estado, se concluye que la aplicación y la interpretación del decreto reglamentario **no** pueden hacerse con independencia de la ley que reglamenta, pues, se insiste, aquél no puede exceder los límites legales ni modificar lo que el Congreso ha previsto.*

*De acuerdo con lo razonado, la Sala concluye que el análisis de la procedencia de un beneficio como el que reclama el señor … tiene que hacerse con sujeción a lo previsto en la ley; por ello, sería equivocado negarlo si se cumplieran las condiciones de la ley 65 de 1993, exigiendo la confluencia de los presupuestos adicionados por el decreto reglamentario, ya que, se repite, la potestad reglamentaria conferida por la Constitución Política al Presidente de la República **no** lo habilita para modificar ni adicionar la ley reglamentada. Cuando cambia el sentido de la ley o adiciona aspectos en ella no establecidos, excede su facultad, en contravía de lo establecido en el numeral 11 del artículo 189 de la Norma superior"*[15].

Sobre este tema es igualmente procedente tener en cuenta la reiteración que hace la Corte Constitucional respecto a la definición que debe hacer la ley de las condiciones que permitan el acceso a los beneficios administrativos:

15 *Tribunal Superior de Armenia. Acta 129. 24/08/2009.MP.Dr.Jhon Jairo Cardona Castaño.*

"Como lo ha indicado la Corte[16], los beneficios administrativos[17] son aspectos inherentes al proceso de individualización de la pena en su fase de ejecución, por tanto las condiciones que permitan el acceso a tales beneficios tienen un carácter objetivo, verificable, susceptible de constatación y deben estar por ende, previamente definidas en la ley. El hecho de que se denominen beneficios administrativos no genera una competencia a las autoridades de este orden para establecer las condiciones o eventos en los cuales son procedentes. Es decir, que por tratarse de una materia que impacta de manera directa el derecho de la libertad personal, su configuración está amparada por la reserva legal y su aplicación por la reserva judicial"[18]

Es claro entonces que la concesión del beneficio administrativo de 72 horas, debe estar supeditado por principio de legalidad, únicamente a las condiciones establecidas en el artículo 147 del Código Penitenciario y Carcelario.

Finalmente, es otra de las discusiones en las que no existe una norma legal o un precedente jurisprudencial directo, considerar si las redenciones de pena por trabajo y estudio, constituyen también un beneficio administrativo susceptible de restricción en los casos en los que el legislador directamente lo impone (ley 1098 de 2006, 1121 de 2006 y artículo 68ª ley 906 de 2004).

Lo primero a analizar es, si la enunciación del artículo 146 de la ley 65 de 1993, puede considerarse como un listado taxativo de beneficios administrativos, de ser así, las reseñadas redenciones no tendrían tal categoría puesto que no están allí incluidas. Sin embargo, tampoco puede desconocerse que en eventos como los mencionados en el párrafo anterior, el legislador ha sido estricto en considerar que por la gravedad o circunstancias previamente definidas, los condenados deben purgar la totalidad de la pena impuesta en centros de reclusión, de donde podría inferirse entonces que no se harían merecedores a rebaja alguna.

16 *Cfr. C-312/2002*

17 *Conforme al artículo 146 de la Ley 65 de 1993 son: los permisos de 72 horas, la libertad y franquicia preparatorias, los trabajos extramuros y la penitenciaría abierta.*

18 *Sentencia T-972 DE 2005*

Sobre la obligatoriedad del trabajo en los Centros de Reclusión, ante demanda de inconstitucionalidad se dejó consignado:

"La vida penitenciaria tiene unas características propias de su finalidad, -a la vez sancionatoria y resocializadora-, que hacen que el interno se deba adecuar a las circunstancias connaturales a la situación de detención. Como las leyes deben fundarse en la realidad de las cosas, sería impropio, e insólito, que al detenido se le concediera el mismo margen de libertad de que se goza en la vida normal. Se trata, pues, de una circunstancia que no es excepcional sino especial, y que amerita un trato igualmente especial. Existen circunstancias y fines específicos que exigen, pues, un tratamiento acorde con la naturaleza de un establecimiento carcelario; no se trata simplemente de una expiación, sino de un amoldamiento de la persona del detenido a circunstancias especiales, que deben ser tenidas en cuenta por el legislador.

Con respecto al artículo 79, la Corte manifiesta la legitimidad del trabajo obligatorio, el cual, aparte de estar conforme con el Convenio 29 de la OIT, es un elemento dignificante, ya que afianza el dominio del hombre sobre sí mismo, es decir, lo realiza como persona, en orden siempre al ascenso de sus propias capacidades. El trabajo, pues, como supremacía del raciocinio humano, que se vierte bien en una idea, o en hechos, cosas y situaciones, tiene al tenor de nuestra Carta Política, una triple dimensión armónica: como principio, como derecho y como deber. Es en virtud de lo anterior que el Convenio citado de la OIT, en su art. 2o., núm. 1o., admite el trabajo forzado en las cárceles como elemento perfeccionante. Entendido el trabajo como un movimiento perfeccionador que el hombre ejerce como persona, el trabajo aludido en el artículo sub examine, comprende también la labor intelectual, que es igualmente reedificadora y resocializante…

Los artículos 99 y 101, referentes a la redención de penas, son un efecto legitimante y resocializador del trabajo. Pero nada obsta para que éste tenga un cauce y un ordenamiento, así como una evaluación. Lo anterior, precisamente para evitar la arbitrariedad; la evaluación es un mecanismo de seriedad en el cumplimiento del deber de vigilar si el trabajo es acorde con las metas previstas, y una herramienta eficaz para corregir los defectos que se presenten. No hay por qué mirar la evaluación con desconfianza, sino como un instrumento que permite reconocer

también los méritos de quien ejerce una labor; es decir, se trata de una objetivización del esfuerzo subjetivo."[19]

No se trata entonces a la redención de pena por actividades desarrolladas en el centro de reclusión como un beneficio administrativo, ni tampoco se las incluyó de tal manera en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia cuando delimitó el alcance de las restricciones del artículo 32 de la ley 1142 de 2007:

"Desde el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial, debe advertirse que el espíritu y texto del artículo 32 de la Ley 1142 de 2007 convertido en artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, está dado de manera inequívoca en la exclusión de beneficios y subrogados, para aquellas personas que hubiesen sido condenadas por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores, finalidad que por técnica legislativa se observa al estar integrada dicha norma dentro del Capítulo II del Código Penal el cual trata y regula los mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad.

Los subrogados de que trata el Capítulo II de la Ley 599 de 2000: (i).- artículo 63.- suspensión condicional de la ejecución de la pena[20]*, (ii).- artículo 64.- libertad condicional*[21]*, como la detención en el lugar de la residencia (art. 314 Ley 906 de 2004) y prisión domiciliaria*[22]*, al igual que los beneficios judiciales o administra-*

19 *Sentencia C-394 de 1995.*

20 *Artículo 63.- Suspensión condicional de la ejecución de la pena.- La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un periodo de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos: (i).- Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años, (ii).- 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. La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.*

21 *Artículo 64.- Modificado por el artículo 5 de la Ley 890 de 2004.- El juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad previa valoración de la gravedad de la conducta punible, cuando haya cumplido las dos terceras partes de la pena y su buena conducta durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena. En todo caso su concesión estará supeditada al pago total de la multa. El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como periodo de prueba. Cuando éste sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto.*

22 *Artículo 38 Ley 599 de 2000.- La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión.- La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurran los siguientes presupuestos: (i).- Que la sentencia se*

tivos, son consecuencias que derivan en modalidades alternativas para lograr que el condenado esté por fuera del establecimiento carcelario y obtenga la libertad, resultados que para lograrse, de manera diferenciada están sujetos a condiciones.

Desde la teoría del delito se comprende sin dificultad que los subrogados y beneficios no hacen parte del factor pena ni se constituyen en elemento para la dosimetría de la misma como máximo, mínimo ni reducción de aquella, esto es, no se integran al principio de legalidad de la pena, como en su diferencia sí lo son las rebajas de que tratan los artículos 351, 352, 356 numeral 5º y 367 ejusdem, de lo que se infiere que el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007 no afectó los derechos de degradación punitiva Como ya se advirtió, no existe una norma directa que atribuya a las redenciones de pena por trabajo y estudio, la condición de beneficios administrativos, ni jurisprudencialmente se han establecido como tales, por tanto, se considera que en aras al principio de legalidad, todos los condenados, independientemente del delito cometido tienen derecho a que se les otorgue redención de pena por las actividades de trabajo y estudio realizadas en el centro de reclusión, en la cantidad de días establecida en el Código Penitenciario y Carcelario y siempre que durante el desarrollo de las mismas hubiesen observado comportamiento favorable.

imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos, (ii).- Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena, (iii).- Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones: 1.- Cuando sea del caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia, 2.- Observar buena conducta, 3.- Reparar los daños ocasionados con el delito, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo, 4.- Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello, y 5.- Permitir la entrada a la residencia a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y la reglamentación del INPEC.

Ponencia 9

EL ROL DEL JUEZ/JUEZA DE EJECUCION DE PENAS COMO PROMOTOR (A) DE LA RESOCIALIZACIÓN

Dra. Martha Yenira Sánchez Vargas
Jueza 6 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá

"..Tras las puertas de un penal es posible constatar como la sociedad adopta mecanismos para controlar y debilitar la agresividad humana y las más graves transgresiones de las normas jurídicas. Pero ¿Cómo hacerlo sin que las prisiones se conviertan en vertederos humanos? ¿Cómo evitar que la cárcel sea destructiva por naturaleza? ¿Cuál sería la mejor manera de actuar con efectividad y liberar los cuartos oscuros de las mentes a quiénes un día cometieron delitos? ROLANDO SEGURA

En este trabajo, nos aproximamos a elaborar o interpretar el concepto de resocialización desde la representación que tengan los penados. La creación de una red semántica, nos permite visualizar una representación de la realidad que tienen los internos respecto de su resocialización.

Durante los primeros años de vida, el sujeto comienza a interactuar con su entorno, y va adquiriendo representaciones y significaciones de las acciones y objetos que lo rodean.

Al hablar de conductas humanas en sociedad, es decir, donde hay una interacción social, decimos que toda acción es social cuando va dirigida a otro individuo, del cual se espera una determinada respuesta o sobre el cual se espera generar una expectativa

La sociabilidad del hombre, ya había sido considerada por Aristóteles al expresar que el hombre era un ser social por naturaleza, que tiende a la integración con otros individuos. No obstante el instinto social del hombre, es necesario para que este se desarrolle, en un contexto social, esto no podría lograrlo, viviendo en soledad desde su nacimiento, en una isla desierta sin estar en contacto con otros individuos. La sociabilidad de la conducta de un individuo, se desarrolla a través de los denominados procesos de socialización, donde intervienen los agentes primarios y secundarios.

Hasta ahora se puede decir que la socialización es definida como "el proceso que convierte progresivamente a un recién nacido con un muy limitado repertorio de conductas en un sujeto social hasta llegar a una persona autónoma capaz de desenvolverse por sí misma en el mundo en el cual ha nacido" (Falicov y Lifszyc: 2002, pág. 60).

En el proceso de socialización se suelen distinguir dos etapas: una primaria, y otra secundaria. En la primera etapa interviene la familia como agente de socialización, y en la segunda etapa, los grupos de pares, grupos sociales, la escuela, los medios de comunicación.

De igual manera también se ha indicado que la socialización puede definirse como "el proceso de aprendizaje por el cual se internalizan, de generación en generación, las normas, los valores y las costumbres de una sociedad". (Falicov y Lifszyc: 2002, pág. 62).

Durante este proceso el individuo va internalizando y haciendo propio, los valores, normas, pautas culturales y tradiciones. La aceptación o no de estas pautas de conductas impuestas en la estructura social, derivará en la aceptación o no de la conducta del individuo.

Las conductas que no se adecuen a las pautas culturales serán catalogadas como desviadas. La denominación de conducta desviada, responde a las teorías de la desviación y del control social. En el campo teórico de la sociología se ha elaborado el denominado concepto de acción social, que se da en las relaciones sociales.

El concepto de acción social tiene lugar siempre que uno o varios individuos actúen en referencia a una situación en la que intervengan otros seres humanos y a la que atribuyen un significado subjetivo. Las acciones sociales protagonizadas por los hombres tienen siempre un carácter finalista de búsqueda de un determinado objetivo, incluso aquellas que aparentemente están cargadas de irracionalidad.

Aunado a lo anterior cuando el hombre actúa contrario al orden social imperante vendrá una respuesta del estado y en razón de ella aparecerán teorías del derecho castigador y represor, y una alternativa como lo es el derecho que este sujeto una vez ha sido sentenciado posee un derecho a ser orientado a través de un tratamiento fundamentado en el concepto de resocialización.

Esa resocialización es una vía alternativa propia del derecho penal moderno ante el desarrollo social además de la conciencia que se debe tomar en cuanto a la participación estatal y la puesta en marcha de la defensa de los derechos humanos de todas las personas. Pero haciendo énfasis en aquellos que tiene una susceptibilidad a que se vulneren sus derechos innatos y adquiridos; esto nos lleva a pregonar los casos de los reclusos o personas privadas de la libertad.

Esta afirmación ha dado margen al nacimiento de teorías que desarrollan varios criterios acerca de la efectividad y la razón de ser del derecho penal, y tenemos presupuestos razonados en conceptos teóricos como el minimalismo penal, la volición de la pena privativa de la libertad o el derecho penal de ultima ratio, desarrollados estos a defender en concepto de resocialización y a ser evidente el fracasado de hoy respecto de esta.

La pregunta siguiente seria ¿La crisis o ineficacia de la resocialización como trasciende al campo penal?

"…No hay libertad cuando algunas veces permiten las leyes que en ciertos acontecimientos el hombre deje de ser persona y se repute como como cosa… (Este descubrimiento es el secreto mágico que cambia a los ciudadanos en animales de servicio; que en mano del fuerte es la cadena que liga las acciones de los incautos y los desvalidos. Esta es la razón por la que algunos Gobiernos que tienen toda la apariencia de libertad está la tiranía escondida o se introduce en cualquier ángulo desde el legislador…"[1]

No se debe negar la crisis de este principio no obstante estar íntimamente ligada a las instituciones del derecho y un sistema penal, dada la existencia de institutos tales como pena privativa de la libertad, medidas alternativas a la pena privativa de la libertad, existencia de sistemas penitenciarios, justificación de penas, elementos estos propios que permiten estimar o no la vigencia o fracaso del concepto de resocialización.

El termino resocialización frente al paradigma sociológico se conoce como el proceso mediante el cual el grupo lleva al individuo a adoptar un conjunto de modelos de conducta en sustitución de las anteriores en el cual pueden desarrollarse nuevos valores para llenar el vacío dejado por la supleción de los anteriores.

La anterior afirmación en el derecho penal es traducida como aquel proceso que implementa el estado para llevar a un sujeto que comete un delito a ser juzgado y sancionado con penas privativas de la libertad y enseñarlo a su vez a adoptar valores e incentivos que le permitan insertarse en la sociedad.

Se colige que el estado tiene una responsabilidad y es que debe implementar esta resocialización desde tal instituto pero también aquellas instituciones que participan en la ejecución y cumplimiento de tal concepto. Nos referimos entonces a los centros carcelarios, a los organismos gubernamentales, a la sociedad, al trabajo interno del reclusorio, a la educación penitenciaria y a la asistencia social, así como la asistencia pos penitenciaria, porque todas y cada una de ellas arrojan un producto

1 *Cesare Beccaria. "De los delitos y de las penas."*

final en algunos procesos se concluirá la transcendencia en la vida del recluso para:

1. Reeducar y capacitar internos (talleres, cursos, programas educativos)
2. Reinsertar a la sociedad a los internos que hayan cumplido y aprobado esas acciones y tener un hombre capaz de desempeñarse laboralmente en un medio libre.
3. Que éste desarrolle acciones que le permitan desenvolverse en su entorno familiar.
4. Pero sobre todo el que se despierte en los sectores sociales un compromiso con quienes han sufrido el rigor estatal para darles un puesto social y laboral donde pueda atender sus necesidades económicas y laborales y no reincida en la comisión de delitos.

Si la pretensión es esta, partimos entonces de la necesidad de pregonar finalidades que lleven a tener un adecuado tratamiento siendo estos:

1. La individualización de los tratamientos para identificar las carencias que le hacen proclive a la delincuencia.
2. La necesidad de ser sometidos a programas de tratamientos, con profesionales especializados, (entiéndase psicólogos, pedagogos, criminólogos).
3. El centro carcelario debe tener un clima social adecuado para el desarrollo del tratamiento, al respecto: algunos estudiosos han mencionado la necesidad de la no existencia de tensiones ni estrés que reduzcan la autoestima y la capacidad futura de enfrentarse con éxito a los problemas.
4. La necesidad de tener una prisión abierta a la sociedad, a la comunidad para que ésta colabore con tales tratamientos y así superar barreras de marginalidad a las cuales se ven avocadas.

No olvidar que como parte de ese tratamiento que lleva a una adecuada resocialización va de la mano la familia o entorno social que apoya al recluso. ¿Lo anterior que aportaría?

Una resocialización que lleva un mínimo de expresión de marginalización a la cual se ve avocada la persona que se encuentra privada de la libertad garantizando de esta forma su vida, higiene, salubridad, salud

física y mental y su derecho a condiciones materiales pero ante todo a ocupar un puesto social con una expectativa social y una esperanza de vida .Lo anotado en pretérita oportunidad lleva a plantear un análisis del concepto de resocialización desde dos puntos de vista:

El primero, los teóricos nos hablan del principio limitativo del ius puniendi y; el segundo, la resocialización como expresión de los fines de la pena. En razón de lo anterior en la modernidad se habla de nuestra sociedad actual acerca del derecho penal terapéutico Hulsman enseña que hay diversas formas básicas de reacción ante un fenómeno conflictivo.

Menciona su ejemplo práctico: "cinco estudiantes convive en un hogar uno de ellos rompe el televisor, genera diferentes reacciones en sus compañeros de habitación: uno decide que no quiere convivir mas con él considera que debe ser excluido de la comunidad (reacción punitiva), otro entiende que deberá tratarse porque está enfermo (reacción terapéutica), otro se contenta con que compre un nuevo televisor o pague su costo (acción reparatoria) y el restante comprende que debe existir un serio problema que motivo el hecho exhortando a sus compañeros y a mejorar en conjunto la situación conflictiva (reacción conciliadora).

Mirando el ejemplo antes mencionado, con la sana lógica, el excluir al estudiante infractor es una solución punitiva que no sirve de nada, pues significa la negación de las restantes ya que continua el conflicto porque no se repone el televisor, tampoco se indaga por los motivos que llevaron a tal actitud o conducta y no se resuelve el problema personal ni se corrige el error de conjunto dada la entidad grupal.

Si vemos lo anterior, nuestro sistema penal consiste en la expulsión del grupo social a aquél que infringe la ley, y se le encierra en un centro reclusorio sin resolver los conflictos que motivaron aquel ser o sujeto a cometer el delito, se excluye de la comunidad, y se nos olvida que lo que se persigue a través de la sanción es resocializar a ese penado, y lograr de este una educación para que actué al interior de la vida sin estigmatizarlo ni haciendo diferenciación de personas.

Hoy el cumplimiento de una pena privativa de libertad en los centros reclusorios responde a unas inadecuadas y pésimas condiciones, con hacinamiento de internos en las celdas, con profesionales interdisciplinarios que no están en condiciones de tratar a los internos y un personal penitenciario que los trata en la mayoría de veces como seres indignos, inferiores, bajando su autoestima, estigmatizándolos lo que dista a leguas de una readaptación social, muy por el contrario se puede hablar más bien de enfermedades psíquicas y físicas que se generan en esto a tal punto de que ellos pierden las motivaciones de vida que pueda tener todo ser humano.
Se concluye la distancia que hay entre el ser de la pena y el deber ser de la misma transformándose en meras ilusiones.

No se prepara al recluso tras el sometimiento del rigor penitenciario para que haga parte o sea parte de una vida social, se le relega, se barre como "basura social", se guarda en los muros para que no sea vista por el resto de la comunidad y así minimizar los impactos y los escándalos que originarían si fuera más visible la responsabilidad omisiva del estado o sus delegados.
Si fuera visible y evidente la existencia de la empírica pena privativa de la libertad, no se corregiría, ni terminaría corrompiendo y degenerando física y psíquicamente el reo, el cual al llegar al entorno social desarrolla un comportamiento más grave incluso que el primero, cayendo en el mar de la reincidencia.

¿Qué evidenciamos con lo anterior?

El fracaso del estado y el fracaso de la resocialización, al no tenerse un real tratamiento readaptativo estatal para quienes se encuentran en prisión preventiva y en condición de condenados. Las penas privativas de la libertad deben llevar de la mano una finalidad terapéutica que significa amparar al condenado. El artículo 5 inciso sexto de la convención Americana sobre derechos humanos reza:

"ARTÍCULO 5. Derecho a la Integridad Personal
(…) 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados".

ARTICULO 12. Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes".

Lo que nos dice que no se ha cumplido ni con lo que consagra en nuestra legislación penal, ni bloque de constitucionalidad, para la atención de las personas que se encuentra en situación de riesgo como lo son los reclusos en Colombia.

No en vano Raúl Zaffaronni explora el desarrollo de una clínica que sustituyera a la clínica tradicional que constituye una clínica de la vulnerabilidad dirigida no a **tratar la conducta sino a fortalecer la** conducta, cambiar el medio hostil y las razones de privación de la libertad por las del servicio público.

Lo anterior llevó a que David Garland, señalara que: "la criminología contemporánea ve el delito cada vez como un aspecto rutinario, común de la sociedad moderna cometido por individuos, que son, en todo sentido, perfectamente normales. En el ámbito penal este modo de pensar atendido a reforzar las políticas retributivas y disuasivas ya que se afirma que los delincuentes son actores racionales que responden a desincentivos y son plenamente responsables de sus actos delictivos". "a diferencia de las criminológicas del estado del bienestar que partían de la premisa de que el delito era una desviación con respecto de la conducta normal y civilizada explicable en términos de patología individual, socialización defectuosa o disfunción social, estas nuevas criminologías ven el delito como algo propio de la interacción social y explicable a través de patrones motivacionales estándar".

¿Cuál sería entonces la función del juez de ejecución de penas y el derecho terapéutico?

El juez(a) debe vigilar para que se cumplan las políticas de masificación ocupacional y moralización del factor humano, en este caso para los reclusos se deben implementar mecanismos de seguimiento para verificar la relación espacio ambiente determinante en el desarrollo de la convivencia, es decir, un redimensionando del manejo de áreas y uso de estas.

La institución hacia adentro con la vigilancia del juez o jueza puede llevar a cabo políticas de capacitación en el aprendizaje de pautas de higiene y orden, verificar, orientar y llegar a pactos de convivencia; buscar el cambio para obtener un tratamiento que como medio intervendrá en la situación conflictiva y podrá permitir reconocer un fin resocializador de la pena.

Tener un tratamiento con fin integrador social, controlar y evitar la reincidencia, saneando el ambiente intramural, abandonar la sensación de castigo que hoy en día implica la pena, más si está prohibida por la convención americana y adoptar los criterios correctivos resocializadoras de la prevención especial.

Se debe hacer énfasis en poder reconocer los estados de vulnerabilidad como factores de responsabilidad punitiva, en virtud de los estatutos sociales donde las condiciones de vida de los individuos inciden en los comportamientos proclives al delito. Eliminar la etiqueta de los individuos como enemigos de la sociedad fruto de la publicidad vindicativa.

Teniendo en cuenta lo anterior, podría hablarse de un modelo de ejecución de penas en donde tiene un rol fundamental el juez y la jueza, se puede analizar como un perito asistencial donde hay tratamiento a través del cual se hace un rastreo para efecto de aplicar la medida pedagógica y preparatoria para la rehabilitación adecuada; aquí las terapias deben ser personalizadas y focalizadas a la causa que motivó la comisión del hecho, además hacer un monitoreó de la evolución del sujeto.

Debe haber un periodo de entrenamiento laboral y educativo el cual en un buen porcentaje, se cumpliría en las horas del día, lo que permitiría que el condenado fortaleciera y adoptara una vida laboral, desarrollando esto, ¿por qué no hablar de mecanismo como monitoreo electrónico implantado en esta fase?, ¿prisión domiciliaria nocturna?, ¿medidas que impidan prejuicios y estigmatización sociales del condenado?

Lo anterior llevaría a la gestión estatal en cumplimento del ordenamiento constitucional de fortalecer y asumir medidas y políticas de promoción de contratación de internos, que se encuentren recuperados o en vía de recuperación.

¿Qué papel asume el estado?

Es asistente terapéutico, educador, gestor de contratación de condenados recuperados o en vida de recuperación.

Lo anterior llevaría a que el derecho penal terapéutico permitiría tener un derecho penal correctamente interpretado sin contaminación de elementos extraños, sin ingredientes o residuos de venganza o castigo y sus componentes buscarían un verdadero propósito que es la resocialización del reo para una vida libre con apego a las normas de Corte Internacional sobre derechos humanos.

Ponencia 10

LA PRESCRIPCIÓN, LIBERACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PENA.

Dr. Sergio León Martínez
Juez 41 Penal del Circuito con función de Conocimiento de Bogotá

1. Planteamiento.

De los contenidos de los artículos 89 (término de la prescripción de la sanción penal), 63 (suspensión condicional de la ejecución de la pena), 65 (obligaciones), 66 (revocación de la suspensión de ejecución condicional de la pena) y 67 (extinción y liberación e la condena), merecen la atención necesaria para unificar criterios de interpretación con relación a los temas de período de prueba, término para contar la partida de la prescripción de la sanción, la ejecutoria de las decisiones colegiadas en virtud de su ejecutoria, la liberación y extinción de la condena, debido a que en la práctica se suscita complejo y serios problemas en la aplicación de cualquiera de estos institutos.

2. Problemas.

¿Para hacer efectiva la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la pena, además del pago de la garantía prendaria resulta obligatoria la suscripción de la diligencia de compromiso y así dar inicio al periodo de prueba?

Además de concedido el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el no suscribir la diligencia de compromiso y no cancelar la caución prendaria, pero el penado adolece de antecedentes penales, no cancela la multa y no paga perjuicios, ¿es dable otorgar la liberación y extinción de la pena una vez cumplido objetivamente el computo de la sanción penal luego de la ejecutoria del fallo?

¿Desde que instante debe computarse el término de inicio del periodo de prueba de cara a la prescripción de la sanción penal, y de la misma forma, a partir de qué momento opera el descuento punitivo de la sanción penal, tomando en cuenta la ejecutoria del fallo o la suscripción de la diligencia de compromiso?

3. Argumentos y enunciados

Con relación al primer problema planteado hay que precisar que se tiene la corriente que en la sentencia por contener una serie de obligaciones impuestas al condenado, sólo basta con la ejecutoria de la misma para tenerse materializada el inicio del periodo de prueba vinculante con el subrogado de la suspensión de la condena de ejecución condicional.

Empero, hay que resaltar la noción que sobre el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena que propone el doctor José Joaquín Urbano Martínez Magistrado del Tribunal de Bogotá D.C., veamos:

"El subrogado penal de la ejecución condicional de la pena, regulado en los artículos 63, 65 , y 66 del código penal, y en los artículos 483 a 489 del código de procedimiento penal (ley 600 de 2000), es un mecanismos de flexibilización del ejercicio del poder punitivo del Estado, destinado a evitar la aplicación de la pena

privativa de la libertad en aquellos supuestos en los que fundamente y según los criterios legales, puede razonarse que la misma no resulta necesaria. Además, de los criterios que el juez de conocimiento debe tener en cuenta a la hora de plantear su procedencia, las condiciones a las que se somete aquél que es favorecido con el subrogado penal están contenidas en el artículo 65 del código penal, según ésta norma el beneficiado deberá informar a la autoridad respectiva todo cambio de residencia que efectúe, observar buena conducta, comparecer personalmente ante el vigilante de la pena cuando así lo exija y no salir del país sin autorización" (Tribunal de Bogotá D.C., Sala Penal, M.P. José Joaquín Urbano, acta 042, página 5, radicado 110014004792200400352-01).

De la anterior precisión, comprende asimilar que, a más de los criterios que tiene el juez para su concesión en los presupuestos objetivos y subjetivos del subrogado, aproxima al tema que nos ocupa, la aplicación del artículo 65 del código penal, esto es de cumplir con las obligaciones de ley para mantener su beneficio, lo que implica que tales obligaciones deben ser conocidas por el sujeto agente que ha sido condenado, para no hacerse acreedor a una revocatoria de la condena de ejecución condicional, por ello, es imprescindible que el ejecutor de la pena agote esfuerzos para hacer comparecer al penado con el propósito de que éste cumpla con las obligaciones que tanto la sentencia y la ley le imponen, y por otro lado le asiste el deber al por sentenciado de acudir a la autoridad judicial para cumplir con las obligaciones de ley.

Sobre este tema agregó el Magistrado Marco Antonio Rueda Soto del mismo tribunal lo siguiente:

"En este orden de ideas, insiste el tribunal desde otra perspectiva, el goce efectivo del beneficio en comento de manera alguna es automático una vez reconocido, pues tratándose de sentenciados no privados de la libertad o de quienes están sometidos a detención preventiva al momento del fallo en el cual se concede, es necesaria la previa constitución de la caución exigida, pero además necesaria e indefectiblemente como lo destaca la recurrente, la suscripción de la diligencia de compromiso mediante la cual se entera al procesado de las obligaciones asumidas con la administración de justicia, pues sólo así, resultaría legítimo y válido las consecuencias de su incumplimiento." (Tribunal de Bogotá D.C., Sala Penal,

Magistrado Marco Antonio Rueda Soto, página 7, 11001400403620040010 6-01 (4523)).

Así, impera observar, la forzosa necesidad que el condenado conozca de sus obligaciones condicionadas por la ley –artículo 65 ley 599 de 2000-, y tal como lo precisa el Magistrado Marco Antonio Rueda, solo así puede saberse si cumple o no para en forma legítima derivarle las consecuencias en el evento de incumplimiento, pero, si en gracia de discusión, el condenado no conoce sus obligaciones como se precisa su incumplimiento a las obligaciones de ley, pues, la presunción que las obligaciones están contenidas en el fallo no puede tenerse como conocidas por el penado.

De tal suerte que, hay que concluir que para hacer efectiva la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional es menester suscribir la diligencia de compromiso asociado con el pago de la garantía prendaria.

En el segundo problema jurídico, el artículo 67 de la ley 599 de 2000, exige para la extinción y liberación de la condena, haber transcurrido el periodo de prueba sin que el condenado incurra en la norma anterior – si durante el periodo de prueba el condenado violare cualquiera de las obligaciones impuestas – se extingue la condena. Pero, obsérvese la obligatoriedad de haber transcurrido el periodo de prueba, luego, como ha de entenderse que inició o terminó un período de prueba en el caso que el sentenciado no se ha obligado con la autoridad judicial, cierto es que la ausencia de antecedentes judiciales llevan a la flexibilización en ésta decisión de extinguir y liberar de la sanción penal, pero no por el transcurrir del tiempo, se presume que el condenado conoció sus obligaciones y cumplió a cabalidad con las mismas en ese periodo de observación.

Sobre esa materia en la misma ponencia del Doctor Marco Antonio en la ponencia ya referida sostuvo:

"Dicho en otros términos, la suscripción de esa diligencia constituye el mecanismo mediante el cual el juzgador obtiene el compromiso del sentenciado de ajustarse a las expectativas que determinaron la concesión del subrogado, y de la misma manera se erige en una garantía para éste último, en cuanto se deslindan a través

de las mismas obligaciones que asume para mantener la suspensión de la ejecución de la pena, por lo tanto, ante esta doble connotación, impera colegir en coincidencia con la recurrente, que representa el hito temporal para contabilizar el inicio y la terminación del periodo de prueba" (Tribunal de Bogotá D.C., Magistrado Marco Antonio Rueda Soto, página 8, radicado 11001400403620040010601 (4523))

Por ende, al no suscribirse la diligencia de compromiso, no obstante adolecer de antecedentes penales, no se cumple con uno de los presupuestos esenciales para extinguir y liberar la condena. Esto no se trata de que no tenga la capacidad económica para sufragar perjuicios o la multa, pues en el mejor de los escenarios se podría llevar a las jurisdicciones civiles y cobro fiscal para el efecto, pero esto va más allá, se puede estar ante una burla a las decisiones judiciales.

De tal suerte que, al no suscribirse el acta de compromiso no se da inicio al periodo de prueba y de contera debe negarse la extinción y liberación de la condena en estos supuestos.

En el tercer problema jurídico, refiere a los términos para determinar la existencia de la prescripción de la sanción penal, el periodo de prueba, y el descuento punitivo de la sanción penal, lo primero, es que la prescripción de la pena ello inferior a cinco años debe contarse con la ejecutoria del fallo debidamente ejecutoriado y notificado.

De este tema se encargo la Magistrada María del Rosario González de Lemus.

"Cita la sentencia C-641 del 13 de agosto de 2002: "La interpretación que excluye de notificación a dichas sentencias vulnera el principio de publicidad y, por ello, es deber de la corte excluir el ordenamiento jurídico esa hermenéutica. En consecuencia, las decisiones que ponen fin a una instancia judicial o que resuelvan una acción extraordinaria, en este caso, las sentencias que deciden la consulta y la casación, salvo cuando se sustituya la providencia materia de la misma y la acción de revisión, deben ser notificadas con el objeto de poder notificar el cumplimiento voluntario o coactivo de las decisiones judiciales, y en general para que estas produzcan plenos efectos jurídicos" (Corte Suprema de Justicia, Magistrada

María del Rosario Gonzales de Lemos, julio 10 de 2008, acta 186, página 14, acción de revisión, proceso 28047).

Trascendental decisión judicial constitucional y avalada por la sala penal del Corte Suprema de Justicia, invitan a la reflexión oportuna en este evento, pues no basta con el sólo hecho de la ejecutoria con la firma en la instancia superior sino va hasta la notificación del fallo, y si nos atenemos al conocimiento que por algún medio debe obtener el sentenciado de la decisión condena y las obligaciones que tiene que cumplir con el reconocimiento del subrogado, desde cuando inicia el termino de la prescripción de la sanción penal, con la ejecutoria del fallo luego de las notificaciones o para el caso después del término de los noventa días del inciso segundo del artículo 86 de la ley 599 de 2000.

Ha hecho carrera que estos eventos se cuentan los cinco años cuando la condena es inferior a este termino con la ejecutoria del fallo, pero el sentenciado, no paga la caución prendaria, la multa, los perjuicios, no suscribe la diligencia de compromiso, y contabilizado los cinco años a la fecha de ejecutoria se prescribe la sanción, y sobre esta materia hay un vacío en el código.

Ahora, para la reflexión, la interpretación sistemática de las normas contenidas en los artículo 63, 65 y 66 inciso 2°, podrían llevar a otra conclusión, y es que el término de la prescripción de la sanción penal según el evento del párrafo anterior, comienza a contarse luego de la finalización de los noventa días del inciso segundo del artículo 66 de la ley 599 de 2000.

En la misma ponencia referida del doctor Marco Antonio Rueda Soto se desprende:

"…pues insiste el tribunal a partir de la interpretación sistemática de las disposiciones que regulan la suspensión condicional de la ejecución de la pena, dicho lapso debe computarse desde la diligencia de compromiso" (páginas 9 y 10)

Si anotamos esta premisa como insumo para la discusión, cabe preguntarse hasta cuándo debe esperar el fallador para iniciar el conteo del término de la prescripción, y no es descabellado observar que es cuando

se agotó la posibilidad de suscribir la diligencia de compromiso es decir después de los noventa días del inciso segundo del artículo 66 de la ley 599 de 2000, al igual que para el descuento punitivo a efectos del artículo 67 del mismo código para la extinción y liberación de la condena se surta una vez se suscriba el acta de compromiso. Es decir, agotados los noventa días en cita, corre el término de la prescripción de la sanción penal durante los cinco años, y cuando se suscriba la diligencia de compromiso inmediatamente corre el descuento de pena para su extinción y liberación previo reconocimiento de los otros requisitos.

Ponencia 11

ORALIDAD EN LA EJECUCION DE LA PENA

Jairo Alberto Palacios Díaz
Juez 2° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá

Nuestra legislación penal dio un importante paso cuando en el año de 2005 inició la implementación del sistema penal acusatorio. Ese avance tuvo un mayor impacto al haber introducido la oralidad como naturaleza del procedimiento que a partir de ese momento empezó a operar de manera gradual en el territorio nacional, esto fue a partir de la Ley 906 de 2004.

Ahora bien, no constituye tema de discusión el hecho que la fase ejecutora de la pena es quizás la más importante dentro del procedimiento penal porque precisamente es en aquella en la que se materializa todo el esfuerzo del Estado por castigar y reprimir el delito; es allí donde se consolida la decisión del fallador luego de haberse agotado todo el procedimiento diseñado para "castigar al delincuente".

Es por ello que hoy, seis años después de que la oralidad se ha implementado en el proceso penal, se nos convoca para que a partir de nuestros conocimientos y experiencia como jueces ejecutores, contribuyamos con la implementación de la oralidad en el trámite de la ejecución de las penas y las medidas de seguridad.

Pero, ¿cual ha sido el origen y desarrollo de la ORALIDAD en nuestra legislación penal?

Recordemos que con el Acto Legislativo No.3 de 2002 se reformó la Constitución para poner en funcionamiento un sistema procesal penal de carácter acusatorio, que establece un juicio público, de naturaleza **oral** y por ello con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con observancia plena de todas las garantías.

Fue así como a través de la Ley 906 de 2004, contentiva del Código de Procedimiento Penal, comenzó a regir de manera gradual y sucesiva para los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero del año 2005, en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. En los demás distritos entraría a operar al nuevo sistema en diferentes fechas: el 1 de enero de 2006, el 1º de enero de 2007 y el 1º de enero de 2008.

Ahora bien, como este nuevo sistema de aplicar el derecho penal se fundamenta en la oralidad como esencia de todos sus trámites, pues es a través de la palabra hablada que se proponen y resuelven las peticiones, los alegatos, la práctica de las pruebas, el debate en el juicio y la sustentación de los recursos, lo vivido desde enero de 2005 es un gran cambio cultural dentro de las perspectivas política, ética, jurídica y, especialmente, comunicativa, dada la necesidad de la oratoria como instrumento de intervención y participación en el proceso.

Quedaron atrás, entre otras cosas: la ritualidad escrita como requisito sine-quanum para accionar y poner en movimiento el aparato judicial en lo penal; también la cultura del memorial como único mecanismo para acceder al proceso penal; y los trámites largos y dispendiosos de carácter administrativo que debían agotarse frente a la presentación de cualquier escrito presentado con el lleno de varias ritualidades.

En la actuación penal que hoy rige tienen activa participan diferentes órganos y personas con diversas funciones: (I) La Fiscalía General de la Nación, encargada de adelantar el ejercicio de la acción penal a través del adelantamiento de la investigación como instrumento para sustentar la posterior acusación; para apoyar esas tareas se cuenta con el apoyo de los

órganos de policía judicial. (II) Los Jueces de la República encargados de ejercer funciones de control de garantías y de juzgamiento. (III) El Ministerio Público, quien cumple el papel de defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales. (IV) El Sistema Nacional de Defensoría Pública y los abogados que designen los imputados, encargados obviamente de la defensa de la parte que representa. (V) Y las víctimas, quienes también tienen acceso a la administración de justicia y cuentan con un espacio procesal propio, ya no bajo la figura de la Parte Civil.

La experiencia nacional vivida a través de los últimos cinco años de afianzamiento del sistema penal acusatorio ha enseñado que para desempeñar de manera satisfactoria las labores que demanda el sistema es indispensable contar con ciertas destrezas personales y profesionales. Quienes ocupan la silla del Juez deben ser profesionales del Derecho conocedores de la legislación procedimental, de las fuentes del derecho y de los métodos de interpretación. Los demás intervinientes deben contar también con un conjunto de habilidades que implican conocimientos en otras disciplinas, y destrezas en idiomática, rigor lógico conceptual, capacidad para comunicar las ideas, habilidad para reconstruir y narrar los hechos, argumentar, probar, y refutar.

Para ello, es indispensable en todos los casos un especial dominio del lenguaje verbal y corporal pues finalmente será ese el instrumento que le permita a todo interviniente exteriorizar su pensamiento en la forma que le conviene a sus intereses, dependiendo el roll que esté cumpliendo en ese momento.

Ahora bien, pese a que la implementación de la oralidad en el proceso penal debió desde ese momento comprender la totalidad de la actuación, lo cierto es que en la actualidad sólo abarca hasta el instante en que adquiere firmeza la sentencia que pone fin a la acción penal.

Entonces: ¿qué ocurre con el trámite de ejecución de la pena cuando ese fallo tiene carácter condenatorio? … ¿y qué pasa con el trámite que corresponde a la ejecución de la pena cuando el condenado se encuentra privado de su libertad?

Conforme a la experiencia judicial vivida desde el primero de enero de 2005 en los Distritos Judiciales que iniciaron con la oralidad y luego en todo el país, la jurisdicción de Ejecución de Penas quedo estancada por razón de la falta de la correspondiente implementación, pues a pesar que la Ley 906 contempló normatividad específica bajo el capítulo de Ejecución de las Penas y Medidas de seguridad, nada se legisló de cara al establecimiento de los procedimientos orales que debían agotarse en sede de la ejecución de la sanción y a partir de la ejecutoria de la sentencia proferida en juicio oral.

En consecuencia, nos hemos visto obligados a continuar con la aplicación de los procedimientos escritos que de siempre hemos rituado, manteniendo así vigente esa cultura de lo escrito, aún en aquellos asuntos que ya fueron investigados y fallados bajo el imperio de la oralidad.

En síntesis, en sede la de la ejecución de la pena se viene presentando una particular mixtura entre lo oral y lo escrito si se tiene en cuenta el origen de los procesos que llegan a nuestro conocimiento, pero que a falta de la correspondiente legislación, en ambos casos se ha preservado la cultura de la tramitología administrativa propia de la gestión que surge a partir del memorial: su creación y ritualidad; su presentación ante la autoridad y dependencia competente; su posterior radicación en el sistema de gestión judicial; y su ingreso al Despacho con el correspondiente proceso. De acuerdo con lo anterior, y siendo este Conversatorio el escenario ideal por encontrarnos reunidos una importante representación de los jueces ejecutores de todo el país, nos corresponde entonces entrar a analizar algunos temas que indudablemente resultan de trascendencia para el propósito de implementación de la oralidad en nuestra jurisdicción.

En primer lugar, partiendo de la clara premisas que la implementación de la oralidad en la fase ejecutoria de la pena constituirá avance en la gestión judicial de cara a la obtención de los más altos niveles de eficiencia y eficacia en los trámites que deben cumplirse, y teniendo en cuenta que uno de los propósitos por alcanzar con la oralidad es la inmediata resolución de los asuntos que son llevados ante el Juez en audiencia pública, debemos determinar cuáles de las instituciones legales que son propias de la Ejecución de las Pena deben ser decididas en Audiencia Pública.

O acaso, todos los trámites y solicitudes deberán ser resueltos en Vista Pública.

En este punto, el análisis debe considerar la actual problemática de congestión que afrontan los Juzgados de Ejecución de Penas en todo el país, generada primordialmente por el elevado número de procesos que se reciben para la ejecución de la pena y que por la naturaleza de esta jurisdicción, se estacionan y acumulan en nuestros Despachos durante el tiempo de la sanción. Situación que se ha visto agravada a partir de la vigencia del sistema penal acusatorio ya que la agilidad y rapidez con que los jueces con función de conocimiento profieren sus fallos ha propiciado el obvio y natural incremento en el numero de asuntos que llegan para el cumplimiento de las sanciones impuestas.

Así mismo, resulta de importancia suma y de cara a iniciar la oralidad revaluar el papel que hoy viene desempeñando el Juez Coordinador en aquellos Distritos en que son varios los despachos Judiciales, cuyos trámites administrativos están a cargo del Centro de Servicios correspondiente; es apenas previsible que a partir de ese momento, las facultades y competencias deben ser amplificadas de tal manera que a partir de su total independencia pueda entrar a decidir de fondo sobre aquellos asuntos de índole administrativa que no sean del resorte de la Audiencia. En segundo lugar, y aprovechando la oportunidad de compartir las experiencias vividas en todos los distritos judiciales y penitenciarios aquí congregados, debemos consolidar un diagnostico acerca de las condiciones en que deberá llevarse a cabo tales Audiencias Públicas: el lugar donde deben funcionar las Salas de Audiencia; la logística necesaria para asegurar la comparecencia de las partes; la tecnología requerida para garantizar los archivos de las diligencias, y todos aquellos detalles que se requieran para que la implementación de la oralidad en nuestra jurisdicción sea del todo exitosa.

Por último, no debemos dejar pasar la oportunidad de concertar y plantear ante la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, todas aquellas situaciones que deberán ser materia de análisis, mejoramiento y/o modificación dada la inminencia de la llegada de la oralidad a la ejecución de la pena.

Es por ello que se plantean como cuestionamientos a resolver en esta mesa de trabajo los siguientes:

¿Qué instituciones de la Ejecución de la Pena deben ser atendidas en Audiencia Pública?

¿Todas las solicitudes que se impetren en sede de Ejecución de Penas deben ser resueltas en Audiencia Pública?

¿Se deben modificar las facultades y competencias del Juez Coordinador en Ejecución de Penas? En caso afirmativo se indicará el sentido de la modificación.

¿Cómo debe operar la oralidad en asuntos con preso y sin preso?

Con las respuestas consensuadas que le demos a estas preguntas, daremos inicio al proceso de implementación de la oralidad en nuestra jurisdicción, pues las mismas servirán de insumo inicial para que el Consejo Superior tenga en cuenta las muy particulares circunstancias en que debemos asumir nuestra función de Ejecutores de las Sanciones Penales impuestas.

Por último, permítanme cursarles una cordial invitación:

Para dar pasos pioneros en el tema de la oralidad en la Ejecución de la Pena, los convoco para que intentemos ilustrar este Conversatorio con un simulacro de Audiencia Pública, en el que intentaremos visualizar lo que será en un futuro no muy lejano, las Audiencias Públicas que a diario presidiremos en el ejercicio de nuestra función ejecutora de las sanciones.

Ponencia 12

¿ES PROCEDENTE LA AMORTIZACION DE LA MULTA MEDIANTE TRABAJO SOCIAL, PARA EFECTOS DE CONCEDER LA LIBERTAD CONDICIONAL?

Dr. Mario Antonio Amado Dueñas
Juez Octavo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá

JOSE LUIS fue condenado el 28 de Septiembre de 2007 por el Juzgado 1º Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín (Antioquia), a la pena de **4 AÑOS DE PRISION y MULTA DE 133.33 SMLMV** como responsable del delito de **CONSERVACIÓN Y FINANCIAMIENTO DE PLANTACIONES**.

El condenado solicita la libertad condicional y con respecto a la multa, pide que el juzgado le conceda la amortización de la misma mediante trabajo social.

El problema jurídico a dilucidar ¿es procedente la amortización de la multa mediante trabajo social, para efectos de conceder la libertad condicional al condenado JOSE LUIS? La respuesta es la improcedencia de la misma por lo siguiente:

El artículo 64 de la Ley 599 de 2000 modificado por el artículo 5º de la ley 890 de 2004, dispone:

***LIBERTAD CONDICIONAL**: "El juez podrá concede la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad previa valoración de la gravedad de la conducta punible, cuando haya cumplido las dos terceras partes de la pena y su buena conducta durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena. **En todo caso su concesión estará supeditada al pago total de la multa** y de la reparación de la víctima.*

El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como periodo de prueba, Cuando este sea inferior a tres años, el Juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto."

El artículo 39 del Código Penal, la ley dispone la existencia de dos clases de multa:

1. La que aparece como acompañante de la pena de prisión, en cuyo caso cada tipo penal consagra su monto hasta en una cuantía de 50.000 S.M.M.L.V.;
2. La denominada por la ley como la modalidad progresiva de unidad multa, evento en el cual el tipo penal sólo hace mención a ella, sin determinar su monto.

Se considera que para el caso de la modalidad progresiva de unidad multa es que la ley tiene prevista su amortización mediante trabajos no remunerados en asuntos de naturaleza e interés estatal o social, observándose como el artículo 39 numeral 7º del Código Penal, precisa que una unidad de multa equivale a 15 días de trabajo.

La Jurisprudencia se ha pronunciado al respecto, así:

" Como lo recuerda la Procuradora Delegada a través de su concepto, el estatuto penal sustantivo vigente contempla dos modalidades de multa, perfectamente diferenciadas y diferenciables tanto en su naturaleza, forma de aplicación e intensidad como en los criterios que guían su determinación, esto es:

(i) La multa acompañante de la pena privativa de la libertad, contemplada específicamente en relación con ciertos tipos penales, para los cuales se ha previsto que dicha pena se imponga junto con la pena de privativa de la libertad la sanción pecuniaria de multa, eventos en los cuales es la propia ley la que determina su intensidad, bien a través de la explícita referencia a sus extremos mínimo y máximo, como sucede en el caso del delito de concusión por el cual se procede, ora señalando una cuantía expresa, como acontece frente al delito de peculado respecto del cual la multa tendrá un valor igual al monto de lo apropiado. Y,

(ii) La multa progresiva, prevista normalmente para delitos de menor entidad, en relación con la cual en el tipo penal respectivo el legislador sólo menciona que el delito acarreará ese tipo de pena, pero no señala sus extremos mínimos y máximos, ni tampoco determina una cuantía fija para ella, como sucede en los tipos penales de falsificación o uso fraudulento de sello oficial -artículo 279-, o de uso y circulación de efecto oficial anulado –artículo 284-, por citar sólo algunos ejemplos. De manera que, para fijar la cuantía de esta clase de sanción pecuniaria, compete al juez en punto de su dosificación tomar como guía las reglas señaladas en el artículo 39, numeral 2, del Código Penal, estableciendo en primer orden el grado en el que se ubica el procesado, de conformidad con los ingresos promedio que hubiera recibido durante el último año, para de allí establecer el valor de la unidad de multa y luego fijar la cantidad de unidades que resulte indispensable imponer, conforme a los restantes parámetros señalados en el numeral 3 de la misma disposición en cita."[1]

En el presente caso, la multa impuesta al condenado corresponde a la primera de las dos clases citadas -acompañante de la pena de prisión-, para la cual la legislación colombiana no prevé su amortización mediante trabajo en los términos expresados anteriormente. Dispone la ley 599 de 2000:

"Artículo 40. Conversión de la multa en arrestos progresivos. Cuando el condenado no pagare o amortizare voluntariamente, o incumpliere el sistema de plazos concedido, en el evento de la

1 *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de fecha 24 de enero de 2007, radicado 23518, M.P. Marina Pulido de Barón.*

unidad multa, se convertirá ésta en arresto de fin de semana. *Cada unidad multa equivale a cinco (5) arresto de fin de semana.*

La pena sustitutiva de arresto de fin de semana oscilará entre cinco (5) y cincuenta (50) arresto de fines de semana.

El arresto de fin de semana tendrá una duración equivalente a treinta y seis (36) horas y su ejecución se llevará a cabo durante los días viernes, sábados o domingos en el establecimiento carcelario del domicilio del arrestado.

El incumplimiento injustificado, en una sola oportunidad, por parte del arrestado, dará lugar a que el Juez que vigila la ejecución de la pena decida que el arresto se ejecute de manera ininterrumpida. Cada arresto de fin de semana equivale a tres (3) días de arresto ininterrumpido.

…….

Artículo 41. Ejecución coactiva. Cuando la pena de multa concurra con una privativa de la libertad y el penado se sustrajere a su cancelación integral o a plazos, se dará traslado del asunto a los Jueces de Ejecuciones Fiscales *para efectos de que desarrollen el procedimiento de ejecución coactiva de la multa. Igual procedimiento se seguirá cuando en una misma sentencia se impongan las diferentes modalidades de multa." (Subrayas fuera de texto)*

De conformidad con las normas precitadas, se extrae que **en el evento de la multa impuesta en unidades de multa, se puede pagar de manera integral, mediante amortización por trabajo social o por plazos**, y su incumplimiento genera conversión en arresto, mientras que cuando se incumple el pago de la multa que concurra con la pena privativa de la libertad como en el presente caso, que sólo se puede cancelar integralmente o a plazos, se dará traslado los Jueces de Ejecuciones Fiscales para su pago; reiterándose que en este último caso no procede el pago de la multa mediante amortización con trabajo social.

La Corte Constitucional se refirió a la pena de multa acompañante de la de prisión así:

"Es más, como garantía de los derechos del condenado y respeto por el principio de seguridad jurídica, ***el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad no puede modificar la modalidad del pago de la multa ni tasar en suma distinta el monto que haya definido el juez de conocimiento****. Ello permite asegurar que, incluso en la etapa siguiente al cumplimiento de la condena, el sancionado tiene la seguridad de que sólo está obligado a cumplir, en las condiciones en que se lo establece la sentencia condenatoria, la multa que le ha impuesto el juez de conocimiento."*[2]

Por lo tanto la pena de multa como pena principal acompañante de la pena de prisión, debe ser cancelada de manera integral o plazos, y la cual no estimó la posibilidad de ser amortizada con trabajo social o estatal no remunerado como si ocurre como la pena de multa, de tal manera el legislador, ni la jurisprudencia ha señalado modalidad distinta para cancelar la multa conocida en autos e impuesta a la sentenciada.

Así las cosas, la multa impuesta al penado es acompañante a la pena principal de prisión cual solo se puede cancelar en un solo contado o con un acuerdo de pago con la unidad de cobro coactivo de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

Vale decir que no encuentra norma alguna que permita convertir una multa impuesta en salarios mínimos legales mensuales a unidades de multa, no se puede modificar la modalidad de de pago de la multa, por lo que al realizarla se estaría obrando de manera irregular por lo menos, se estaría tasando la multa en una suma distinta a la definida por el Juez de conocimiento, lo que no es posible legalmente pues se estaría reformando la sentencia, tal como se señaló por la jurisprudencia constitucional antes referida.

La doctrina[3] se ha expresado en este sentido frente al pago de la multa. En primer lugar frente a la multa acompañante de la prisión:

2 *Sentencia C-194 de 1995*

3 *Fernando Velásquez Velásquez, manual de derecho penal parte general, Editorial Témis, Bogotá D.C., Año 2002, Pág. 500, 502*

"Esta sanción admite, sin embargo, el pago mediante la modalidad a ***plazos*** *a condición de que el condenado demuestre…. que está en imposibilidad de sufragar el total de la misma en un inmediato o único acto… Así mismo, puede autorizarse el pago mediante el sistema de* ***cuotas*** *que se deben cancelar a más tardar durante dos años…" (Subrayas fuera de texto)*

Y frente a la multa progresiva:

"En cuanto al pago, la ley dispone que -como norma general- debe hacerse "de manera íntegra e inmediata" una vez que la sentencia haya quedado debidamente ejecutoriada, sin embargo, ella misma ha previsto algunos mecanismos sustitutivos (cfr., art. 39, núm. 5 a 7) –en realidad, en el primero de estos casos, una nueva variante de de la modalidad básica adoptada-, como la amortización a plazos o mediante cuotas en los términos en que ya quedó explicado, ***la amortización mediante trabajo****, y la conversión en arresto. …" (Subrayas fuera de texto)*

Esta posición es compartida en decisiones de segunda instancia así:

"La Sala encuentra totalmente ajustada a la ley dicha decisión, puesto que se guarda concordancia con ella y respeta el querer del legislador. No comparte, a su vez, que otras autoridades judiciales, con base en otra hermenéutica, pretendan legislar otorgando efectos diferentes a las Multas contempladas en la ley, y por otro, no aportan ningún argumento fuerte para desconocer el mandato legal, que solamente se podría hacer por ser violatorio de la Carta Política, lo que amerita un discurso serio y bien fundamentado para inaplicar la ley. Se ha visto, inclusive despachos que omiten imponer la multa, la rebajan según su libre apreciación e, incluso, se observa trastoca el sentido de la ley, dándole alcances a la multa acompañante de la prisión que no tiene.

Así entonces, la sala encuentra que la pretensión del procesado no resulta legal, y si por el contrario, está ajustada a la ley la decisión impugnada, razón por la cual se debe conformar integralmente."[4]

4 *Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, M.P. Hermes Darío Lara Acuña, radicación 11001070400120090001603, auto de fecha 31 de agosto de 2010.*

En otra decisión se manifestó:

> "Bajo el principio de seguridad jurídica, el juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad o quien haga sus veces, no puede modificar la modalidad del pago de la multa ni tasar en suma distinta el monto que haya definido el juez de conocimiento en la sentencia. Ello permite asegurar que, incluso en la etapa siguiente al cumplimiento de la condena, el sancionado está obligado a cumplir dicho pago, en las condiciones en que se lo establece la sentencia condenatoria.
>
> Aclárese que como bien lo dijo el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, el instituto de la amortización prevista en el artículo 39 del Código Penal está reservado para la modalidad progresiva de unidad de multa distinta a aquella otra relativa a la multa adicional a la pena de prisión, que fue la que se impuso al apelante.
>
> Las anteriores acotaciones sirven de fundamento para confirmar la providencia del juzgado Octavo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, en lo que es materia de controversia por vía del recurso de apelación, cuando quiera que sus argumentos se advierten absolutamente razonables y fundados."[5]

Se concluye entonces que el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, no puede modificar lo determinado por el juez fallador, por cuanto la pena de multa fue fijada en una sentencia que se encuentra ejecutoriada, y esta multa no corresponde a la de unidades de multa cuya amortización se encuentra regulada en el artículo 39 del Código Penal.

5 *Juzgado Once Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, radicación 11001600000200700579, auto de fecha 30 de julio de 2010.*

II Conversatorio Nacional de la Rama Judicial sobre Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad

Cali, 20 y 21 de mayo de 2011

RELATORÍAS

Relatoría 1

MESA UNO: UNIFICACION DE CRITERIOS PARA CONCEDER BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS

Solamente el Distrito de Pereira había abordado el tema sobre la temporalidad del art. 49 de la ley 504 de 1999 y en la mesa de pudo concluir que dicha norma perdió vigencia el primero de junio de 2007.

Los demás distritos no habían abordado a la fecha de la mesa el problema puesto de presente en la ponencia.

Hubo acuerdo a que de ahora en adelante, los jueces en sus decisiones estudiarían dicho problema jurídico y así lograr un pronunciamiento de Segunda Instancia.

Sobre el aspecto de la redención de la pena por trabajo y estudio, sólo dos distritos consideran que es un beneficio administrativo. La conclusión de la mesa es que la redención de la pena no es un beneficio administrativo sino un derecho.

Relatoría 2

MESA N°.2: EL ROL DEL JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD COMO PROMOTOR DE LA RESOCIALIZACIÓN

Relatoría: Dra. Martha Yenira Sánchez

Un análisis autocrítico al interior de la mesa de trabajo, nos llevó a reflexiones de muchos tópicos de interés, sin embargo y por razones de eficacia quisimos traer a la plenaria una única conclusión que lleva implícita una propuesta que quisiéramos poner a consideración

Partimos de un presupuesto básico la profunda preocupación que nos asiste por las deplorables condiciones de vida, carente de los recursos más elementales, a la que se tiene sometida la población carcelaria, una vulneración constante sistemática reiterada de derechos fundamentales: mínimo vital, salud, educación, integridad, seguridad, un estado de cosas inconstitucional como lo denunció hace trece años la Corte Constitucional, sin que se advierta que el Estado Colombiano haya desplegado políticas públicas orientadas a cumplir su función de garante de los derechos de todos los colombianos como se lo impone la norma fundamental.

Por ello nuestra propuesta es de un llamado al ejecutivo y a las autoridades competentes para que se reflexiones sobre la problemática carcelaria no desde el foro, sino desde la cruda realidad y se empiecen a implementar los correctivos necesarios haciendo énfasis en los siguientes presupuestos.

1. Un estado pluralista, participativo, que respeta los Derechos Fundamentales, que entre sus fundamentos destaca la dignidad humana, no concibe la pena como castigo, sino con la finalidad legítima de motivar a los ciudadanos para respetar el derecho y esencialmente para resocializar a los condenados, por lo tanto no se trata de inocuidad sacar de circulación a un grupo de ciudadanos que han cometido un delito y castigarlos, sino de brindarles oportunidades para que acepten la intervención y ella se dé sin la sola injerencia del sólo arbitrio del Estado sobre el individuo.

2. La constatación empírica nos indica que tal como se estructura en este momento el sistema carcelario torna difícil la consecución de la resocialización, tal como dogmática y constitucionalmente se tiene concebida, y si no se está resocializando no se está cumpliendo con el fin de la pena.

3. Por tanto desde nuestro rol, frente a la responsabilidad histórica que nos asiste a los jueces como garantes de los derechos fundamentales, no podemos seguir siendo testigos silentes de esta situación aberrante y nos corresponde desplegar un papel proactivo que se oriente a la exigencia de que el Estado despliegue toda la actividad necesaria, adopte las políticas públicas que se requieran orientadas a la superación progresiva de la violación de derechos de una población que está en relación de sujeción.

Relatoría 3

MESA No.3 LA NECESARIA UNIFICACION DE CRITERIOS EN PRESCRIPCIÓN DE LA PENA, LA EXTINCIÓN Y LIBERACION DE LA CONDENA

Relator: Dr. Leandro Castrillón Ruiz
Magistrado

1. PROBLEMAS:

1. ¿A partir de cuándo inicia el término de prescripción de la sanción penal?

- Cuando no se concede la suspensión de la ejecución condicional desde la ejecutoria de la sentencia condenatoria.

- En el evento en que se conceda la suspensión de la ejecución de la condena son varias las tesis:

1. Desde la ejecutoria del fallo condenatorio.

2. Desde la suscripción de la diligencia de compromiso. Aquí tenemos como término máximo para la suscripción de la diligencia de compromiso, el de noventa días, y desde allí contaría el término de los cinco años de prescripción previsto en la norma.

- Otro criterio obedece a que la pena suspendida no prescribe, la razón es que la prescripción es una sanción al Estado por su ineficiencia no pudiéndose imputar esta al mismo cuando no tiene el deber de ejecutar la pena.

2. ¿En qué momento inicia el conteo del período de prueba contenido el artículo 67 del código penal de la extinción y liberación de la pena?

- Desde la ejecutoria del fallo condenatorio comienza el término del periodo de prueba, toda vez que las obligaciones del artículo 65 del código penal, se enuncian en la sentencia.

- Desde la suscripción de la diligencia de compromiso inicia el periodo de prueba, debido a que no es un simple acto formal de suscripción, pues, solo así se determina si hay cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo 65 del código penal, no sólo para la revocatoria o no del subrogado de la suspensión de la ejecución de la condena, también para determinar uno de los requisitos para la concesión de la extinción y liberación de la pena.

- En el caso que el penado no suscribe la diligencia de compromiso:

- 1. No se concede por cuanto no hubo forma de contabilizar el periodo de prueba.

- 2. Si se concede por cuanto las obligaciones dimanan de la sentencia y no del acta de compromiso, por ello se libera y extingue la condena.

DE LA PROPUESTA LEGISLATIVA

De la misma forma como existe norma que establece con claridad el inicio del término de la acción penal, también la debe haber en tratándose de la prescripción de la sanción con el objetivo de favorecer la seguridad jurídica y la disparidad de criterios sobre el tema.

Con relación a la extinción y liberación de la pena, en la mesa no hubo consenso sobre la necesidad de regulación legal para determinar el instante en que se entiende cumplido con el requisito del periodo de prueba que exige la norma penal.

Relatoría 4

MESA No.4: LA ORALIDAD EN SEDE DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

Relator: Jairo Alberto Palacios Díaz
Juez Coordinador de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, concluyen que la oralidad es un hecho.

Que existen fortalezas basadas en el talento humano como voluntad, responsabilidad, compromiso y capacidad para asumir riesgos.

Pero igualmente existen debilidades como son: falta de capacitación, deficiencia en el aspecto logístico e infraestructura. Así como considera la mesa que se requiere un proyecto previo al inicio del sistema, donde se planee la implementación de la oralidad.

Igualmente algunos participantes consideraron que se debía distinguir los Jueces de ejecución de penas con detenido y los jueces de ejecución sin detenido.

La mesa propuso que se crearan juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad pilotos. Que se empezara la oralidad con municipios pequeños.

De otro lado, se propuso que en el nuevo proyecto legislativo que trate sobre la oralidad en sede de ejecución de penas, se redefiniera la esencia del juez de esta jurisdicción.

Así mismo los Jueces de esta mesa le hicieron un llamado a la Sala Administrativa en el sentido que como quiera que la oralidad va de la mano con la publicidad, estudiaran el aspecto que en caso de que se hagan salas de audiencias en las cárceles éstas deben permitir el acceso al público.

Relatoría 5

MESA No. 5: LA MULTA

Relator: Dr. Mario Amado

Problemas Jurídicos: A

A. ¿Procede la amortización de la multa acompañante mediante trabajo social para efectos de conceder la libertad condicional?

Este era el tema inicial de la mesa , se considera superado, en razón de la claridad que entrega la sentencia C-185 DE 2011, en cuanto que no existe fórmula de conversión, y de otra parte las multas millonarias harían más grave el remedio que la enfermedad.

No obstante, algunos jueces, consideran que sí puede darse tal amortización, haciendo una conversión que permita razonablemente darle una equivalencia al trabajo del penado.

B. Amortización de la multa a plazos para permitir el goce de la libertad condicional.

La mayoría del grupo, considera viable y justo, pues a nadie se le puede obligar a lo imposible y evitando que la falta de capacidad económica sea la única razón para que un penado siga privado de la libertad, mientras quien tiene esa capacidad puede beneficiarse con ese sustituto penal, violando el principio de igualdad.

Se plantea que existe una antinomia con el Art.41 del Código Penal, que remite el pago de la multa acompañante al cobro coactivo.

"Artículo.41 EJECUCION COACTIVA. Cuando la pena de multa concurra con una privativa de la libertad y el penado se sustrajere a su cancelación integral o a plazos, se dará traslado del asunto a los Jueces de Ejecuciones Fiscales para efectos de que desarrollen el procedimiento de ejecución coactiva de la multa. Igual procedimiento se seguirá cuando en una misma sentencia se impongan las diferentes modalidades de multa."

Se procura que el preso pague una parte o cuota mínima factible acorde con su capacidad económica, el saldo, de no pagarse, se remite a la ejecución coactiva.

Se propone la posibilidad que con el fallo C-185 de 2011, se esté autorizando el prescindir del pago de la multa.

Un sector, considera siendo exequible el art.64 del Código Penal que lo permite, mientras que otros piensan que admite tales alcances.

La mesa se pronunció en el sentido que debe hacerse una solución de carácter legislativo.

Anexos

Naciones Unidas A/HRC/16/22

Asamblea General Distar. General
3.º de febrero de 2011
Original: español e inglés

Consejo de Derechos Humanos
16. º período de sesiones
Tema 2 de la agenda
Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas
Para los Derechos Humanos e informes de la Oficina
del Alto Comisionado y del Secretario General

Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia[1] [2]

1 *Documento presentado con retraso.*
2 *El informe se distribuye en todos los idiomas oficiales. El anexo se distribuye, como se recibió, en español e inglés únicamente.*

Resumen

Este informe analiza los principales hechos ocurridos en Colombia durante el año 2010 sobre la situación de derechos humanos y derecho internacional humanitario. En 2010 el proceso electoral concluyó con la elección de un nuevo Congreso y del Presidente Juan Manuel Santos Calderón, quien se posesionó en agosto.

El informe reconoce el compromiso con los derechos humanos manifestado por el Gobierno del Presidente Santos durante los primeros meses de su administración y saluda la confirmación de la drástica disminución de las prácticas conocidas como "falsos positivos", que resultaron en ejecuciones extrajudiciales. El anuncio de una ambiciosa política de restitución de tierras y una aproximación favorable a las organizaciones de derechos humanos son también pasos positivos.

La persistencia del conflicto armado interno sigue afectando a la plena vigencia de los derechos humanos. Todas las partes del conflicto armado continuaron cometiendo infracciones al derecho internacional humanitario, especialmente los grupos guerrilleros. Esta situación se vio agravada por la violencia que generaron los grupos armados ilegales que surgieron del proceso de desmovilización de las organizaciones paramilitares y las disputas entre los distintos actores armados ilegales alrededor del control del narcotráfico.

Asimismo, el informe analiza varias situaciones de particular preocupación, recoge las principales actividades desarrolladas por la oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e incluye 11 recomendaciones para mejorar la situación de derechos humanos en el país.

Índice	**Párrafos**	**Página**
I. Introducción	1–5	3
II. Contexto	6–9	3
III. Derechos humanos y derecho internacional humanitario	10–99	4
A. Defensores y defensoras de derechos humanos, sindicalistas y periodistas	10–17	4
B. Organismos de inteligencia	18–24	5
C. Ejecuciones extrajudiciales	25–31	6
D. Grupos armados ilegales surgidos de la desmovilización de organizaciones paramilitares	32–37	8
E. Justicia de transición	38–44	9
F. "Parapolítica"	45–47	10
G. Rama judicial	48–50	10
H. Desaparición forzada	51–55	11
I. Violencia sexual	56–64	12
J. Discriminación	65–68	13
K. Pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas	69–76	13
L. Derecho internacional humanitario	77–90	15
M. Tortura	91–93	17
N. Desplazamiento forzado	94–96	17
O. Pobreza y derechos económicos, sociales y culturales	97–99	18
IV. Resumen de actividades de la oficina en Colombia	100–106	18
V. Recomendaciones	107–109	19
Anexo Casos ilustrativos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario		22

I. Introducción

1. En octubre de 2010, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Gobierno colombiano acordaron renovar por tres años el acuerdo de 1996 por el que se establecía la oficina en Colombia, reiterando todas las dimensiones de su mandato original. Además, se acordó asesorar al Gobierno en la creación de un centro nacional de derechos humanos que apoye las políticas de derechos humanos y derecho internacional humanitario.

2. La Alta Comisionada desea expresar su reconocimiento a las autoridades colombianas y a la sociedad civil por haber acogido su oficina y colaborado con ella, y agradecer a los países y organizaciones que han respaldado a la oficina durante los últimos 13 años.

3. La oficina en Colombia continuó desarrollando sus tareas de observación, asesoría jurídica, cooperación técnica y difusión de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en el contexto del conflicto armado interno.

4. Por invitación del Gobierno, visitaron el país la experta independiente sobre cuestiones de las minorías y el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de los Derechos del Niño y el Comité de Derechos Humanos analizaron la situación de derechos humanos en Colombia y emitieron importantes recomendaciones.

5. El 12 de octubre, Colombia fue elegida como miembro no permanente del Consejo de Seguridad para el periodo 2011-2012. Este hecho, junto con la apertura al escrutinio internacional y la voluntad política expresada por el nuevo Gobierno, debe traducirse en acciones que mejoren la situación de los derechos humanos en Colombia.

II. Contexto

6. La primera mitad del año 2010 estuvo marcada por procesos electorales. El 26 de febrero, la Corte Constitucional rechazó la posibilidad de una nueva reelección del entonces Presidente Álvaro Uribe. El 14 de marzo se celebraron elecciones para el Congreso de la República en un clima general de calma a pesar de las denuncias de algunas irregularidades. Las elecciones presidenciales finalizaron en su segunda vuelta el 20 de junio con la victoria de Juan Manuel Santos Calderón, quien se posesionó el 7 de agosto como Presidente de Colombia.

7. El Presidente Santos expresó su compromiso con los derechos humanos, enfatizó la importancia de los derechos económicos y sociales y anunció una ambiciosa política de restitución de tierras, comprometiéndose a mantener como base de su actuación el diálogo social y la búsqueda de consensos políticos. Entre las primeras medidas positivas adoptadas se resaltan la sanción de una ley de homenaje a las víctimas de desaparición forzada[3] y del nuevo Código Penal Militar que excluye las violaciones de derechos humanos de la jurisdicción militar; la iniciativa sobre una ley de víctimas que incluye un proceso de restitución de tierras usurpadas; y la mejora de las relaciones del Ejecutivo con la sociedad civil y la rama judicial, así como con el Ecuador y la República Bolivariana de Venezuela.

8. Otras cuestiones y hechos que marcaron el panorama de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en el marco del conflicto armado fueron las consideraciones públicas en torno a posibles acercamientos de paz del Gobierno del Presidente Santos[4] y de las guerrillas[5]; la muerte en combate de algunos de los comandantes militares más destacados de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP); el rescate y liberación de secuestrados; y la intensificación de hostilidades durante la segunda mitad del año.

---

3 *Ley 1408 de 9 de agosto de 2010.*

4 *El Gobierno exigió a las guerrillas para la consideración de cualquier proceso de paz, la liberación de los secuestrados y de los menores que están en sus filas y el cese del uso de minas antipersonal y de actos terroristas.*

5 *Declaraciones de las FARC-EP de julio y septiembre y del Ejército de Liberación Nacional de octubre.*

9. Durante el último trimestre del año intensas lluvias y amplias inundaciones ocasionaron una situación de emergencia que afectó a más de 2,2 millones de colombianos y colombianas.

III. Derechos humanos y derecho internacional humanitario

A. Defensores y defensoras de derechos humanos, sindicalistas y periodistas

10. La oficina en Colombia registró con preocupación la continuación de homicidios, amenazas, atentados, robos de información, seguimientos e intimidaciones contra defensores y defensoras de derechos humanos y sus organizaciones en diferentes regiones del país. Entre las víctimas se encuentran líderes y lideresas, defensores comunitarios, miembros de Juntas de Acción Comunal, personas afrocolombianas e indígenas, personeras y personeros municipales, sindicalistas, personal del Sistema de Alertas Tempranas (SAT) de la Defensoría del Pueblo y periodistas. La responsabilidad de estos hechos ha sido atribuida a agentes del Estado, miembros de grupos post desmovilización e integrantes de las FARC-EP y del Ejército de Liberación Nacional (ELN).

11. Especialmente preocupantes son los homicidios, amenazas y acosos contra quienes trabajan por los derechos de las personas desplazadas, especialmente lideresas de grupos de mujeres, y por la restitución de tierras, en particular en Cauca, Sucre y Araba. Los asesinatos de Rogelio Martínez, Alexander Quintero y Óscar Maussa, quienes trabajaban en casos de restitución, estaban amenazados y contaban con medidas de protección, ilustran esta situación.

12. Las muertes de sindicalistas continúan siendo preocupantes. En 2010, 26 personas fueron asesinadas, frente a 25 en 2009. Las muertes de docentes no sindicados aumentaron de 4 a 11[6]. Un total de 1.433 personas

6 *Programa Presidencial de Derechos Humanos. La Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) informó de 38 asesinatos, incluidos docentes no sindicalizados.*

pertenecientes al movimiento sindical están amparadas por el Programa de Protección del Ministerio del Interior y de Justicia. En 2010, se registró la muerte de un periodista y 45 amenazas contra otros periodistas[7].

13. La precariedad en los resultados de las investigaciones penales adelantadas por la Fiscalía General de la Nación ("la Fiscalía") es común a la mayoría de los casos donde los defensores son víctimas. La Procuraduría General de la Nación ("la Procuraduría") tampoco ha obtenido resultados visibles en sus investigaciones disciplinarias, a pesar de los compromisos públicamente adquiridos de avanzar. Se requieren serios y urgentes esfuerzos para esclarecer los hechos y establecer responsabilidades en estos casos.

14. Sigue siendo motivo de preocupación la judicialización y detenciones arbitrarias de defensores y defensoras de derechos humanos que se fundamentan principalmente en declaraciones de informantes, desmovilizados o informes de inteligencia militar, sin contrastar con otras fuentes. En Arauca se emitieron fallos absolutorios a favor de defensores que llevaban detenidos hasta dos años; las absoluciones se dictaron por falta de pruebas o tras haber sido declarados inocentes de los cargos imputados. Una vez liberadas, estas personas siguen sufriendo estigmatización y amenazas.

15. La oficina en Colombia valora el Programa de Protección del Ministerio del Interior y de Justicia. Sin embargo, persiste la preocupación por las demoras en la realización de los estudios de riesgo, la lentitud en la implementación de medidas, la ausencia de un enfoque diferencial y la cesión de los esquemas de protección a empresas privadas. Además, las reformas introducidas en mayo dificultaron la implementación de medidas de protección. En general, los programas de protección requieren una reforma que permita mayor flexibilidad y efectividad e incluir a funcionarios y funcionarias públicos, como el personal del SAT o los involucrados en los procesos de restitución de tierras.

7 *Información proporcionada por la Fundación para la Libertad de Prensa.*

16. La implementación de los compromisos asumidos por el Gobierno anterior en las Mesas de Garantías para los defensores de derechos humanos sigue siendo insuficiente. En este esfuerzo de crear una cultura de respeto a los derechos humanos, el Ministerio de Educación debería dar pasos importantes para la puesta en marcha del Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos (PLANEDH). La Alta Comisionada saluda la inclusión del PLANEDH en el nuevo Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 y anima a todas las partes a concertar un plan nacional de acción lo antes posible.

17. A partir de agosto, se observó un cambio de actitud favorable de las autoridades gubernamentales frente a las organizaciones de derechos humanos que el Gobierno ha denominado "el desarme de la palabra". Una manifestación concreta de este nuevo clima es la firma, bajo el liderazgo del Vicepresidente, de la Declaración conjunta entre Gobierno, Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo, otras entidades del Estado, sociedad civil y comunidad internacional: hacia una política integral de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario[8].

B. Organismos de inteligencia

18. En 2010 se inició el juicio contra un ex director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) por, entre otros delitos, homicidio y amenazas, y continuaron las investigaciones contra otros ex directores por interceptaciones ilegales entre 2005 y 2008. Las declaraciones de altos directivos de la entidad involucraron a antiguos altos funcionarios de la Presidencia como beneficiarios de la información obtenida ilegalmente.

19. La información recibida por la oficina en Colombia permite confirmar la existencia de un patrón de escuchas, seguimientos y hostigamientos sistemáticos realizados por funcionarios del DAS, bajo órdenes de sus superiores, a quienes informaban de los resultados. El avance de las investigaciones parece indicar que tanto el llamado grupo G3 como el Grupo de Observación Nacional e Internacional (GONI), a cuyos integrantes se atribuyó la comisión de estas actuaciones ilegales, fueron efectivamente

8 *Ver www.vicepresidencia.gov.co/Noticias/2010/Documents/101122_DecConferenciaNalDDHH.pdf.*

estructuras formalmente constituidas al interior de la institución. Estas actividades ilegales se habrían financiado con recursos del DAS, cuyo uso necesita ser aprobado por la dirección del organismo.

20. En octubre, la Procuraduría sancionó como autores de graves faltas disciplinarias a siete ex funcionarios del DAS, un funcionario de la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) y otro de la Presidencia de la República, por interceptaciones y seguimientos ilegales.

21. En noviembre, una ex directora del DAS obtuvo asilo político en Panamá argumentando la falta de garantías judiciales y de seguridad en los procesos que se siguen en su contra. La Alta Comisionada considera que este hecho no debe entorpecer las investigaciones judiciales ni contribuir a que los delitos queden en la impunidad.

22. Durante 2010 continuó la reforma de los servicios de inteligencia con desiguales resultados. La Policía Nacional ha dado pasos para establecer un sistema de protección de datos que impida la recolección y almacenamiento de información con base en criterios contrarios a los derechos humanos. Las Fuerzas Militares todavía están en procesos iniciales para diseñar procedimientos similares. No se registraron avances sustantivos en el proceso de depuración de archivos ni por la Procuraduría, ni por los propios servicios de inteligencia.

23. La ausencia de controles democráticos externos y la impunidad favorecen que se sigan utilizando las facultades de inteligencia del Estado para desarrollar operaciones ilegales y clandestinas. La oficina en Colombia continuó recibiendo informaciones sobre interceptaciones de correos electrónicos, seguimientos, hostigamientos y amenazas, robos de información, alteración de páginas web e ingresos ilegales a oficinas y domicilios de distintas organizaciones de la sociedad civil, en ocasiones imputados a miembros de organismos de inteligencia militar. Estos hechos, como los denunciados en 2009, permanecen en la impunidad.

24. Es importante avanzar en el establecimiento de mecanismos de control externos a los organismos de inteligencia que sean eficientes, con los recursos y competencias legales oportunas. En noviembre, la Corte

Constitucional declaró inexequible la llamada "Ley de Inteligencia" de 2009 por defectos de procedimiento en el trámite parlamentario[9]. Esto, sin embargo, no debería impedir al Gobierno acelerar las reformas de inteligencia propuestas desde el año pasado.

C. Ejecuciones extrajudiciales

25. En 2010 se confirmó la drástica disminución de la práctica de presentar como muertos en combate a personas que se encontraban a disposición del Ejército, conocida como "falsos positivos". La Alta Comisionada considera fundamental avanzar en los procesos judiciales por las violaciones ocurridas en el pasado y analizar en profundidad las causas de estas violaciones, como garantía de no repetición de estos hechos.

26. Las sentencias judiciales dictadas hasta la fecha[10] confirman que las denuncias no eran falsas como habían sostenido algunos políticos y militares. La Fiscalía, en su Unidad Nacional de Derechos Humanos, investiga actualmente 1.488 casos con 2.547 víctimas. Por otra parte, más de 400 casos están siendo investigados por otras unidades seccionales de la Fiscalía. A esto hay que añadir 448 casos activos conocidos por la Justicia Penal Militar y aquellos que pudieron haber sido archivados por esta institución sin una adecuada actuación judicial. Con base en los datos existentes sobre casos y víctimas, la oficina en Colombia estima que más de 3.000 personas[11] pudieron haber sido víctimas de ejecuciones extrajudiciales, atribuidas principalmente al Ejército. La gran mayoría de casos ocurrió entre los años 2004 y 2008.

27. La "verdad judicial" en relación con las denuncias de ejecuciones extrajudiciales, reclamada e impulsada reiteradamente por el Ministerio de Defensa, es imprescindible, pero insuficiente. La sanción presidencial del nuevo Código Penal Militar en agosto supone un avance positivo, ya

9 *Sentencia C-913 de 2010.*

10 *A 15 de octubre, de 125 sentencias en procesos asignados a la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía, 22 fueron absolutorias.*

11 *Cálculo basado en la cantidad de casos bajo investigación de la Fiscalía, más los casos activos y el número incierto de casos cerrados en Justicia Penal Militar, considerando que en muchos casos hay más de una víctima.*

que confirma, en el nuevo artículo 3, que las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario no tienen relación con el servicio y por tanto deben ser juzgadas por la justicia ordinaria. Es fundamental que todos los casos en los que pudo haber violaciones de los derechos humanos se trasladen inmediatamente a la justicia ordinaria y que se revisen aquellos que fueron archivados por la Justicia Penal Militar sin una adecuada investigación.

28. En este contexto, es sumamente preocupante el retroceso significativo en 2010 de la colaboración de la Justicia Penal Militar con la justicia ordinaria en el traslado de casos de "muertos en combate" con signos de violaciones de los derechos humanos. Asimismo, de acuerdo con información recibida reiteradamente, las destituciones y traslados de algunos jueces penales militares podrían estar motivados por su colaboración con la justicia ordinaria.
29. Los miembros de la fuerza pública acusados de graves violaciones de los derechos humanos, como todas las personas, tienen derecho a todas las garantías del debido proceso. Estas garantías no parecerían cumplirse cuando los acusados de haber participado en ejecuciones extrajudiciales son representados por la llamada Defensa Militar (DEMIL). Existen indicios de que la DEMIL antepone algunos intereses institucionales de las Fuerzas Militares sobre los derechos de los procesados. Así, por ejemplo, se obstaculiza que los acusados se acojan a sentencia anticipada o realicen declaraciones individuales sobre los niveles de participación en los hechos que pudieron haber tenido otros miembros del Ejército.

30. Ante estas evidencias, la continua negación de la comisión de ejecuciones extrajudiciales por algunos miembros de la fuerza pública y los ataques que sufren sus miembros por colaborar con la justicia son motivo de profunda preocupación. En este sentido, es esencial que las más altas autoridades civiles y militares den muestras inequívocas de respaldo hacia estos miembros de la fuerza pública y elaboren un protocolo de medidas para su protección. Además, es necesario que se apliquen sanciones ejemplares a quienes contravengan las políticas de derechos humanos del Ministerio de Defensa y que no haya retrocesos en las medidas adoptadas[12].

12 *Por ejemplo, la disminución del número de asesores jurídicos operacionales.*

31. En 2010, se registraron casos de muerte de personas como consecuencia de un uso excesivo de la fuerza por parte de miembros de la fuerza pública, en particular la Policía Nacional, o por colusión con grupos delictivos. Al respecto, la oficina en Colombia valora muy positivamente el grado de apertura de la dirección de la Policía Nacional para abordar estos casos de una manera satisfactoria.

D. Grupos armados ilegales surgidos de la desmovilización de organizaciones paramilitares

32. La oficina en Colombia observó con preocupación un aumento de la violencia generada por estos grupos armados ilegales en 2010. El Ministerio de Defensa autorizó que las Fuerzas Militares apoyasen a la Policía Nacional en el combate contra seis de dichos grupos[13]. Miembros de estos grupos cometieron homicidios, amenazas, extorsiones y actos de violencia sexual, y provocaron desplazamientos forzados individuales y colectivos. Particularmente preocupante es el fuerte aumento de masacres (40%) en el contexto de disputas violentas entre estos grupos y entre facciones de un mismo grupo[14]. En Córdoba, se registraron 10 masacres en ocho meses, de las cuales cinco ocurrieron en octubre y noviembre.

33. El móvil fundamental de estos grupos es la obtención de lucro económico, principalmente de actividades ilícitas. En ese sentido, ejercen "control social" y recrean estructuras similares a la delincuencia organizada. Sin evidenciar una clara y coherente ideología o intencionalidad política, a veces utilizan terminología y parafernalia propia de organizaciones paramilitares, así como su *modus operandi*.

34. Entre las víctimas de estos grupos se encuentran líderes y lideresas sociales, defensores y defensoras de derechos humanos y funcionarios y funcionarias públicos, que en el ejercicio de su función se oponen a dichos

13 *Los Paisas, Los Urabeños, Ejército Revolucionario Popular Antiterrorista de Colombia (ERPAC), Renacer, Los Rastrojos y Los Machos.*

14 *Hasta noviembre, el Programa Presidencial de Derechos Humanos había registrado 38 masacres con 179 víctimas. En 2009 se habían registrado 27 masacres con 139 víctimas.*

grupos, así como pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas. Otras víctimas son personas que se niegan a acceder a la demanda de colaborar, que denuncian a los grupos ante las autoridades y que poseen o solicitan restitución de tierras que son de interés para estos grupos. También actúan hostilmente ante aquellas personas percibidas como colaboradoras o miembros de grupos rivales o de la fuerza pública, o simplemente que se encuentran en una zona de disputa con otro grupo.

35. Además, hay una particular preocupación por la generalizada utilización de niños, niñas y adolescentes en todo tipo de actividades, incluyendo actos de sicariato, y por la violencia sexual ejercida contra mujeres y niñas.

36. En la comisión de esta violencia, estos grupos cuentan en ocasiones con la aquiescencia, tolerancia e incluso connivencia, ya sea por corrupción o amenazas, de algunos miembros de la fuerza pública, incluida la Policía Nacional, como demuestran casos observados en Antioquia, Córdoba y Meta. Al mismo tiempo se destacan algunos éxitos policiales contra los líderes de estos grupos.
37. La Alta Comisionada recomienda la adopción de políticas y medidas que no se limiten únicamente al aumento de agentes de seguridad pública. Esto podría incluir medidas de lucha contra la corrupción al interior de la fuerza pública, el fortalecimiento de los órganos de justicia, una mejor protección de la población, así como políticas sociales, educativas y de generación de empleo digno, dirigidas hacia los sectores más susceptibles de ser cooptados por estos grupos.

E. Justicia de transición

38. Aunque en 2010 se conocieron algunos avances, los derechos de las víctimas siguen sin ser plenamente satisfechos. El Grupo de Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación presentó cuatro nuevos informes que contribuyeron a satisfacer el derecho a la verdad. A pesar de este trabajo académico importante, el progreso en el marco de la Ley 975 de 2005 sigue siendo modesto: menos del 54% de los procesados, que constituyen aproximadamente el 4,5% de todos los

desmovilizados[15], ha contribuido al derecho a la verdad por medio de versiones libres. Aunque sus confesiones revelaron un número importante de homicidios, no permiten conocer plenamente la diversidad, el contexto y el carácter sistemático de los actos cometidos por las organizaciones paramilitares.

39. En junio se emitió la primera sentencia en el marco de la Ley 975 por la que se condenó a la pena alternativa máxima (ocho años) a dos paramilitares acusados parcialmente de varios delitos. En esta misma decisión, por primera vez, se decidió sobre la reparación debida a las víctimas. La sentencia fue apelada por las víctimas. En diciembre, una segunda sentencia condenó a un tercer paramilitar, también acusado parcialmente, a ocho años, e igualmente fue apelada por las víctimas. En estos procesos, se evidenciaron vacíos significativos frente al papel de las víctimas, falta de claridad para determinar la reparación y creación de falsas expectativas en las víctimas debido en buena medida a una descoordinada actuación de entidades estatales.

40. La Alta Comisionada reitera su recomendación de considerar una profunda revisión de la Ley 975. Esta debería incluir, entre otras cosas, establecer un tiempo límite para rendir versión libre, facilitar los mecanismos de exclusión y ampliar la rendición de versiones libres a desmovilizados no incluidos en la Ley. También podría incluir la consolidación de fases procesales, la posibilidad de acusaciones colectivas, la obligación de investigar y sancionar solo graves crímenes y aclarar que el cumplimiento de la pena reducida comenzaría a partir de la fecha de la sentencia. Además, sería aconsejable identificar criterios adecuados para la reparación, establecer la obligación de reparar desde el comienzo de las versiones libres, reforzar los mecanismos para que el Estado persiga los bienes de los victimarios, integrar enfoques diferenciales y asegurar una adecuada coordinación con otros mecanismos de transición.

15 *A noviembre, la Fiscalía reportó que, de aproximadamente 53.000 desmovilizados, 4.484 estaban siendo procesados bajo la Ley 975, y que se habían iniciado 2.431 versiones libres, que incluían varias versiones por cada postulado.*

41. En noviembre, la Corte Constitucional decidió que no era aceptable la aplicación del principio de oportunidad a paramilitares desmovilizados no incluidos en la Ley 975, que solo fueran acusados de pertenecer a una organización criminal (paramilitar). Ante esta situación, a iniciativa del Gobierno, el Congreso aprobó un proyecto de ley que permite la suspensión de la encarcelación de estos desmovilizados, a cambio de una declaración de verdad.

42. En septiembre, el Presidente Santos presentó personalmente al Congreso un proyecto de ley de víctimas sobre la base del proyecto archivado en junio de 2009. Este proyecto quedó consolidado con otro de restitución de tierras. La oficina en Colombia saluda esta iniciativa y considera que este proyecto consolidado, una vez aprobado, puede constituir una pieza fundamental que complemente y mejore el marco de justicia de transición existente.

43. La oficina en Colombia reitera sus alertas sobre el incremento de la violencia contra personas que participan en procesos de restitución de tierras y urge al Gobierno a hacer un mayor esfuerzo para prevenir la violencia e impedir la impunidad. Reconociendo que la obligación de prevención no es ilimitada, sí es ineludible cuando, como en este caso, hay conocimiento de un riesgo real e inmediato contra un individuo o grupo de individuos determinado y el Estado tiene posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. La oficina en Colombia ofrece su apoyo y asesoría para este fin.

44. La Alta Comisionada considera que todo instrumento de justicia de transición nuevo o reformado debería contar con los consensos más amplios posibles, la participación activa de las víctimas y sus organizaciones, así como la coherencia con la normativa internacional. En particular, es de capital importancia respetar estrictamente el principio de no discriminación de las víctimas, que lo son por el hecho de haber sufrido un menoscabo de sus derechos por violaciones manifiestas de los derechos humanos o graves infracciones al derecho internacional humanitario, independientemente de la calidad del victimario (miembro de grupos armados ilegales o agente del Estado) y de la posible responsabilidad penal de la víctima por otros delitos.

F. "Parapolítica"

45. El 14 de marzo, los colombianos y las colombianas eligieron 102 senadores por circunscripción nacional, y 166 representantes por circunscripción departamental, para el periodo legislativo 2010-2014. La oficina en Colombia observa con preocupación que la influencia de la llamada "parapolítica" no ha desaparecido del nuevo Congreso. De los 268 congresistas electos, 13, que habían sido reelegidos, están siendo investigados penalmente por la Corte Suprema. Además, se han recibido informaciones de posibles casos de "testaferrato político" entre congresistas elegidos por primera vez y personas vinculadas a procesos de "parapolítica".

46. En 2010 la Corte Suprema condenó a 10 congresistas y absolvió a uno. De particular relevancia son la condena a Álvaro García Romero a 40 años por vínculos con grupos paramilitares y autor mediato de siete homicidios agravados, además de otros delitos; y la decisión de "absolver, por duda", después de más de dos años de prisión, a Carlos García Orjuela. La Corte tiene radicados 120 procesos contra congresistas y ex congresistas[16].

47. Estas decisiones revelan la determinación de la Corte en la lucha contra la impunidad. La oficina en Colombia reitera la necesidad de seguir adelantando los procedimientos con respeto al debido proceso, entre otras cosas, mesurando el uso de la detención preventiva, asegurando el derecho a la segunda instancia y la aplicación del principio de favorabilidad con arreglo a los estándares internacionales.

G. Rama judicial

48. El nuevo Gobierno puso fin a las tensiones y enfrentamientos públicos entre las ramas ejecutiva y judicial que marcaron 2009 y buena parte de 2010. Esto facilitó la elección de una nueva Fiscal General en diciembre, después de un bloqueo de 16 meses. El mejor clima político también creó

16 *De estos procesos, 84 están en investigación previa, 13 en etapa de instrucción y 13 en juicio. Los 10 procesos restantes están siendo examinados por la Corte para determinar su competencia.*

las condiciones para impulsar discusiones participativas sobre reformas judiciales.

49. En este proceso de reforma, la oficina en Colombia reitera la necesidad no sólo de asegurar un "gobierno autónomo" de la rama judicial y un presupuesto suficiente, sino también de enfrentar las causas estructurales de la impunidad. Entre estas causas se destacan la necesidad: de mejorar el acceso a la justicia, sobre todo en zonas rurales y para grupos específicos, como mujeres, personas desplazadas, indígenas y afrocolombianas; de resolver la congestión y aumentar la celeridad de los procesos; de incrementar la presencia, en condiciones de seguridad, de jueces y fiscales capacitados en el territorio nacional; de adoptar controles y sanciones contra jueces y abogados por actos de corrupción; y de diseñar estrategias y proveer recursos suficientes en la Fiscalía para investigar de manera sistemática violaciones de los derechos humanos. También es importante mantener una justicia garantista de los derechos humanos y, en especial, del debido proceso, sin retroceder en ganancias consolidadas, como el recurso a la tutela.

50. En marzo la Corte Suprema alertó a la opinión pública sobre los riesgos a la integridad y seguridad de jueces, magistrados y sus familias. Cinco magistrados de la Corte, de los cuales dos terminaron su período en septiembre de 2010, cuentan con medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.[17]

H. Desaparición forzada

51. La oficina en Colombia saluda la aprobación por el Congreso de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, y exhorta al Estado a completar con prontitud el proceso, y a aceptar la competencia adicional del Comité en los términos del artículo 31 de la Convención.

17 *César Julio Valencia Copete, María del Rosario González, Iván Velásquez (magistrado auxiliar), Yesid Ramírez y Sigifredo Espinosa (en el caso de los dos últimos, las medidas fueron concedidas en 2010).*

52. A medida que el Registro Nacional de Desaparecidos se actualiza, se vislumbra la preocupante magnitud del fenómeno de la desaparición forzada. A noviembre, el total de personas desaparecidas registradas sumaba 51.310, de las cuales 12.632 han sido consideradas como presuntas desapariciones forzadas. Entre estas últimas, se encuentran 3.073 mujeres y 3.042 menores de 20 años[18]. El aumento en el registro de casos de desaparición con respecto a 2009 es casi del 40%.

53. Por otra parte, a noviembre, en los procesos de la Ley 975, gracias a los esfuerzos de la Unidad Nacional para la Justicia y la Paz de la Fiscalía, se registraron 4.312 casos de desaparición forzada, del total de 51.616 crímenes cuya confesión se había iniciado. Como consecuencia, se exhumaron 3.037 fosas y se encontraron 3.678 cadáveres; solamente 1.323 han sido identificados plenamente, de los cuales 116 aún no han sido entregados a sus familiares.

54. A pesar de estas cifras, el grado de impunidad que rodea esta grave violación a los derechos humanos es muy alto. La Fiscalía reconoció que había abierto algunas investigaciones sobre esta violación pero que debido a la naturaleza compleja del delito la gran mayoría estaba en etapa de indagación[19]. En este contexto, la oficina en Colombia reconoce el valor de la histórica decisión judicial proferida en junio por algunas de las desapariciones forzadas ocurridas en el marco de los trágicos eventos del Palacio de Justicia en 1985[20]. Es necesario que el resto de procesos pendientes por los hechos del Palacio continúe avanzando en un clima de seguridad e independencia para los operadores jurídicos.

55. La Fiscalía adoptó un protocolo para la búsqueda de personas desaparecidas, exhumación e identificación de cadáveres, en consulta con organizaciones de la sociedad civil. Sin embargo, falta aún un protocolo de entrega digna de restos a los familiares, cuyas ceremonias siguen siendo

18 *Sistema de Información Red de Desaparecidos y Cadáveres (SIRDEC).*

19 *Fiscalía General de la Nación, 2009-2010 Informe Audiencia Pública de Rendición de Cuentas. Véase http://fgn.fiscalia.gov.co:8080/Fiscalia/archivos/RendiciondeCuentas/audienciapublica2010.pdf.*

20 *Por esta sentencia se condenó a 30 años al coronel retirado Luis Alfonso Plazas Vega por la desaparición de 11 personas en noviembre de 1985, cuando la fuerza pública irrumpió en la sede de la Corte Suprema, después de que guerrilleros del M-19 ingresaron violentamente y tomaron cientos de rehenes. La sentencia fue apelada.*

consideradas principalmente como diligencias judiciales. Es importante avanzar en el establecimiento de mecanismos que permitan una "declaración de ausencia" en lugar de obligar a las familias a "declarar presuntamente muerta" a la persona desaparecida para tener acceso a la protección y asistencia del Estado.

I. Violencia sexual

56. Como fue reportado en anteriores informes, los sistemas de información oficial sobre casos de violencia sexual ocurridos en el contexto del conflicto armado reflejan un subregistro importante. Según cifras de la Fiscalía, en el marco de la Ley 975, por ejemplo, de 51.616 hechos, solo se ha iniciado la confesión de 42 actos de violencia sexual[21].

57. Esto confirma la urgencia de mejorar las condiciones que permitan a las mujeres denunciar estos actos con seguridad y confianza. También es necesario consolidar los registros del sistema judicial, con la información del sistema de salud y de otras entidades.

58. En 2010, la oficina en Colombia conoció casos de violencia sexual atribuidos a miembros de grupos post-desmovilización en Antioquia, Cauca, Córdoba y Norte de Santander, en los cuales las víctimas fueron niñas o mujeres jóvenes.

59. También se conocieron casos de violencia sexual atribuidos a miembros de la fuerza pública, en particular del Ejército, en Arauca, Caldas, Cauca, Chocó, Meta y Vichada. En la mayoría de estos casos las víctimas eran niñas. En comparación con el año anterior, la reacción de la fuerza pública ante casos de violencia sexual atribuidos a alguno de sus miembros fue más adecuada y se iniciaron investigaciones por la justicia ordinaria.
60. El caso más dramático de violencia sexual ocurrió en Arauca en octubre, en el que se atribuyó a un miembro del Ejército la violación de dos niñas con un intervalo aproximado de dos semanas; una de las

21 *En la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía, hay 82 casos asignados, de los cuales tres resultaron en condena y dos en absoluciones.*

niñas, junto con dos de sus hermanos, fue posteriormente asesinada. Ni el Ejército ni la Fiscalía reaccionaron inmediatamente ante las denuncias del primer acto de violencia sexual, lo que pone de manifiesto no sólo la negligente conducta en un caso particular, sino fallas estructurales en las dos instituciones.

61. En julio, el Ministerio de Defensa expidió la Directiva Permanente N.º 11 de 2010, cuyo objeto es prevenir todas las formas de violencia contra mujeres y niñas. La oficina en Colombia valora este paso, pero no lo considera suficiente e insiste en la necesidad de desarrollar medidas concretas de disciplina militar, incluyendo la responsabilidad del mando, refutación de mitos que alimenten la violencia sexual, verificación preventiva de antecedentes de los miembros de las fuerzas armadas, protocolos de reacción inmediata, medidas de protección para las víctimas y facilitación de las investigaciones judiciales y disciplinarias.

62. La Fiscalía no avanzó en las investigaciones adelantadas por casos de violencia sexual. Según la Mesa de organizaciones no gubernamentales que hace seguimiento al cumplimiento del Auto 092 de 2008 de la Corte Constitucional, sobre una muestra de 40 casos, solo hay dos en etapa de juicio, cinco con sentencia condenatoria y uno pendiente de sentencia[22].

63. Las intervenciones de la Procuraduría en el cumplimiento de la función de vigilancia de los procesos en estos casos son débiles. Se destaca, sin embargo, la decisión adoptada en julio de destituir e inhabilitar a siete auxiliares bachilleres de la Policía Nacional, por abusos sexuales contra una niña desplazada de 13 años en el Parque Tercer Milenio de Bogotá cometidos en junio de 2009.

64. En 2011 se cumplirán 10 años de la visita a Colombia de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. La oficina en Colombia sugiere que el Gobierno extienda una invitación a la Relatora Especial y a la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia sexual en los conflictos, para valorar el cumplimiento

22 *"Tercer informe de seguimiento al Auto 092 de 2008" (junio de 2010). Véase www.dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=2&id_publicacion=816.*

de las recomendaciones hechas en 2001 y recibir otras nuevas que contribuyan a la satisfacción de los derechos humanos de las mujeres.

J. Discriminación

65. Las organizaciones de defensa de derechos de las personas con discapacidad no están recibiendo el adecuado eco en las autoridades competentes. Colombia no es aún Estado Parte de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, a pesar de que el Congreso completó el proceso legislativo el 31 de julio de 2009 y la Corte Constitucional emitió un dictamen positivo el 21 de abril de 2010. También sigue pendiente la ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención.

66. En noviembre, la Corte Constitucional se declaró inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo acerca de una demanda sobre el derecho de personas del mismo sexo a contraer matrimonio. La oficina en Colombia considera que consagrar este reconocimiento correspondería a un alto estándar de derechos humanos, según el cual todos los tipos de matrimonio y de familia merecen la protección del Estado en virtud de los principios de igualdad y no discriminación.

67. Organizaciones no gubernamentales (ONG) reportaron 50 homicidios y numerosas amenazas contra personas lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas. La impunidad en estos casos sigue siendo muy alta. Por ejemplo, de los 99 casos reportados entre 2006 y 2007, 29 están en investigación y en un solo caso ha habido sentencia condenatoria.[23]

68. La oficina en Colombia saluda el hecho de que el Congreso esté debatiendo un proyecto de ley que penaliza los actos de discriminación racial.

23 *Información proporcionada por Colombia Diversa.*

K. Pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas

69. Los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas continúan sufriendo de forma desproporcionada la violación de sus derechos en el marco del conflicto armado. En especial, sus vidas, derechos territoriales y culturales están amenazados por la presencia de actores armados en sus territorios.

70. Esto se traduce en asesinatos selectivos, desapariciones, confinamientos, desplazamientos forzados y ataques indiscriminados mediante el uso de minas antipersonal. Entre las víctimas se encuentran mujeres y niñas, que además sufrieron actos de violencia sexual.

71. Tales crímenes fueron atribuidos a las FARC-EP, ELN y a grupos post-desmovilización. Por ejemplo, se atribuyó a las FARC-EP el asesinato de dos jóvenes awás en Barbacoas (Nariño) en junio, y, a autores no identificados, el asesinato en abril de siete mineros afrocolombianos en Suárez (Cauca).

72. También se han registrado violaciones de derechos, incluyendo actos de violencia sexual, atribuidas a integrantes de la fuerza pública. La falta de medidas adecuadas de protección de la población civil en el desarrollo de operaciones militares pudo haber provocado desplazamientos forzados, como el de 300 indígenas eperara siapidara en enero en Olaya Herrera (Nariño).

73. La oficina en Colombia reconoce los esfuerzos realizados para esclarecer las violaciones que afectan a los pueblos indígenas, como fueron las condenas a los responsables de la muerte de Edwin Legarda y de la masacre de 12 indígenas awás ocurrida en agosto de 2009. Sin embargo, es necesario que el Estado refuerce las medidas de prevención para evitar que continúen estos asesinatos.[24]

24 *El Programa Presidencial de Derechos Humanos reportó 51 asesinatos de indígenas entre enero y octubre, lo que representa una disminución del 48% con respecto al mismo periodo en 2009. La Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) denunció 122 indígenas asesinados en 2010 (esta cifra incluye casos no denunciados ante las autoridades e indígenas enterrados como no identificados).*

74. Es urgente avanzar en la elaboración de los planes de salvaguardia para pueblos indígenas y afrodescendientes y en el cumplimiento estricto de los Autos 004 y 005 (2009) de la Corte Constitucional. A pesar de reiteradas recomendaciones de la oficina en Colombia, no se está implementando ningún plan de salvaguarda.

75. El Ministerio del Interior y de Justicia enfrenta retos enormes para asegurar el cumplimiento del derecho de las comunidades a ser consultadas para obtener su consentimiento previo, libre e informado. La legislación nacional actual no prevé adelantar el derecho a la consulta previa para la prospección y exploración minera, cuando se ha considerado a la minería como una de las "locomotoras" del desarrollo económico. En este sentido, es preocupante la persistente debilidad del Estado para proteger los derechos colectivos. Por ejemplo, en Buenaventura (Valle del Cauca), se tardó más de un año en ejecutar la sentencia que ordenaba el cese inmediato de actividades mineras ilegales que destruían el territorio del consejo comunitario de Zaragoza. En zonas de interés económico, en ocasiones no se tiene en cuenta la presencia de comunidades afrocolombianas o pueblos indígenas, o no se titula su territorio ancestral como colectivo o resguardo, para evitar el deber de consulta. En otras ocasiones, las consultas son realizadas con quienes no representan legítimamente a la comunidad afectada, o no se respetan los procesos internos de los pueblos y comunidades de toma de decisiones.

76. En este contexto, es necesario adoptar un marco legislativo adecuado y un procedimiento de implementación garantista, construidos participativamente con los pueblos y comunidades, para lo que la oficina en Colombia ofrece su apoyo y asesoría.

L. Derecho internacional humanitario

1. Grupos guerrilleros

77. La oficina en Colombia registró ataques sistemáticos contra la población y bienes civiles, tales como masacres, asesinatos selectivos, reclutamiento y utilización de menores y amenazas atribuidos a las FARC-EP y al ELN. En varios casos, estos grupos, especialmente las FARC-EP, dirigieron acciones directamente contra la población civil, empleando

armas prohibidas y minas antipersonal y atacando instalaciones y bienes civiles. La mayoría de las infracciones se registraron en zonas remotas de departamentos como Antioquia, Arauca, Caquetá, Cauca, Córdoba, Meta, Nariño, Norte de Santander y Putumayo.

78. En octubre, se atribuyó a Nicolás Rodríguez Bautista, alias "Gabino", comandante del ELN, un comunicado público en el que hace una declaración expresa de acatamiento al derecho internacional humanitario. Ésta es la primera vez que la oficina en Colombia registra una declaración de esta naturaleza por parte del ELN. No se ha conocido una declaración similar de las FARC-EP.

79. La oficina en Colombia observó con particular preocupación la infracción al principio de distinción en la conducción de hostilidades por los grupos guerrilleros, especialmente las FARC-EP, que resultó en numerosas personas civiles muertas y heridas. Por ejemplo, en Toribío (Cauca), los numerosos ataques atribuidos a las FARC-EP durante el año dejaron un saldo de tres civiles muertos y 20 heridos.

80. Los y las docentes fueron objeto de ataques y acciones violentas en 2010 por los grupos guerrilleros[25]. Por ejemplo, en un colegio en Caldas, personas que se identificaron como integrantes del ELN asesinaron al rector.

81. La siembra de minas antipersonal continúa causando grandes daños a la población civil. No obstante, el Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario registró una reducción del 51% en el número de incidentes y accidentes relacionados con minas antipersonal en comparación con 2009.[26]

82. Los grupos guerrilleros también llevaron a cabo ataques que supusieron sufrimientos excesivos para los combatientes. Por ejemplo, en el ataque de las FARC-EP a un camión de la Policía Nacional en El Doncello (Caquetá), se apreciaron evidencias de utilización de explosivos rellenos

25 *El Programa Presidencial de Derechos Humanos registró el asesinato de 24 docentes entre enero y octubre, lo que supone un aumento del 50% con respecto a 2009.*

26 *Un total de 758 incidentes y accidentes entre enero y noviembre, 1.556 en 2009.*

de clavos y metales y de que uno de los policías heridos habría sido rematado.

83. Tanto las FARC-EP como el ELN siguieron tomando rehenes. Por ejemplo, las FARC-EP mantuvieron como rehén de febrero a mayo al Secretario de Gobierno de Arauquita (Arauca) y el ELN fue responsable del secuestro de cuatro mujeres defensoras de derechos humanos en Teorama (Norte de Santander) durante dos semanas en julio.

84. Los niños, niñas y adolescentes siguen siendo víctimas de las acciones de los grupos guerrilleros de forma "generalizada, sistemática y habitual"[27]. Por ejemplo, en febrero las FARC-EP convocaron a una reunión general de la población en un municipio de Antioquia en la que censaron a los niños y las niñas con el fin de reclutar a los y las mayores de 8 años. En numerosas ocasiones, los niños y niñas utilizados resultaron muertos en enfrentamientos armados y otras acciones, como el caso de un niño de 12 años muerto en marzo al ser utilizado presuntamente por las FARC-EP para colocar una carga explosiva en El Charco (Nariño).

85. La oficina en Colombia recuerda que la línea entre el reclutamiento forzado y el voluntario de niños y niñas es legalmente irrelevante y que el concepto de "utilización" debe ser interpretado de la manera más amplia. Los grupos armados ilegales están obligados, en cualquier circunstancia, a no incorporar, ni aceptar la incorporación, de menores de 18 años en sus filas, ni utilizarlos en las hostilidades, ni en funciones de apoyo, como cocineros o mensajeros. El Estado debe considerar como víctimas a los menores reclutados o utilizados por los grupos armados ilegales.

2. Fuerza pública

86. La oficina en Colombia continuó observando la presencia de unidades militares en los alrededores o en el interior de bienes civiles, incluyendo casas y escuelas, en varios departamentos, como Meta y Valle del Cauca. En algunas ocasiones, civiles resultaron muertos o heridos en hostigamientos contra la fuerza pública estacionada dentro o cerca de bienes civiles, y en otras, los grupos guerrilleros minaron estas instalaciones después de la salida de los militares.

27 *Informe del Secretario General sobre los niños y los conflictos armados (A/64/742 – S/2010/181).*

87. Asimismo son motivo de preocupación las numerosas denuncias recibidas por la oficina en Colombia de comunidades que alegan abusos especialmente del Ejército. Por ejemplo, la realización de "censos" y registros fotográficos de personas civiles que acuden a reuniones pone en riesgo a la población civil. También se conocieron casos en los que miembros de la población civil fueron objeto de estigmatización y presiones para servir como informantes, así como sometidos a detenciones ilegales. En algunos de estos casos, las víctimas sufrieron tratos crueles o degradantes, e incluso torturas, y solo fueron liberadas tras ser obligadas a firmar un acta de "buen trato".
88. A pesar de las prohibiciones nacionales y de las recomendaciones internacionales, la oficina en Colombia continuó recibiendo información sobre utilización de niños y niñas para fines de inteligencia por miembros de la fuerza pública y sobre su participación en campañas cívico-militares.

89. La oficina en Colombia tomó nota de las denuncias sobre la existencia de una fosa común con 2.000 cadáveres en La Macarena (Meta). A pesar de no encontrar evidencias de una fosa común, la oficina en Colombia detectó al menos 446 personas no identificadas (N.N.) sepultadas en el cementerio entre 2002 y 2010 después de haber sido declaradas como "muertas en combate" por las Fuerzas Militares. Los deficientes controles judiciales podrían haber permitido el ocultamiento de posibles ejecuciones extrajudiciales y otras violaciones graves. Informaciones preliminares sugieren que situaciones similares podrían existir en otros cementerios. La oficina en Colombia urgió al Ministerio de Defensa a desarrollar un registro nacional de los "muertos en combate" y a la Fiscalía a expandir sus investigaciones a otros cementerios del país.[28]

90. Durante 2010, se observaron en los procesos de reclutamiento militar prácticas irregulares —y en algunos casos claramente ilegales— a las que se debe poner fin a la mayor brevedad. La oficina en Colombia alienta al rápido desarrollo de mecanismos que regulen la prestación del servicio militar, incluida la objeción de conciencia, con pleno respeto a los derechos humanos.

28 *Informe de la oficina en Colombia sobre el cementerio de La Macarena, Departamento de El Meta, 2010.*

M. Tortura

91. La oficina en Colombia continuó registrando casos de tortura por miembros de la fuerza pública, y observó con gran preocupación la repetida ocurrencia de esta violación en departamentos como Antioquia, Arauca, Caquetá, Meta, Valle del Cauca y Vichada. Preocupa en particular la situación en Medellín, donde varias personas, incluyendo presuntos delincuentes, habrían sido víctimas de tortura y malos tratos de forma reiterada. Varias personas bajo custodia policial sufrieron castigos físicos y psicológicos, en ocasiones acompañados de insultos racistas. Los maltratos consistieron, entre otros, en golpes en varias partes del cuerpo, mediante puñetazos y patadas o con armas de dotación, así como descargas eléctricas, quemaduras, aspersión con gas pimienta y asfixia con bolsas de plástico.

92. Los mecanismos disciplinarios existentes en la fuerza pública no parecen ser lo suficientemente eficaces para investigar y sancionar estas violaciones. Por su parte, la Procuraduría, cuando asume un caso, sólo en algunas ocasiones llega a concluir la investigación y sancionar a los responsables[29]. Se observa una deficiencia similar en la Fiscalía en cuanto a la investigación y la imputación de cargos. Entre agosto de 2009 y mayo de 2010, la Fiscalía había iniciado 32 investigaciones por tortura[30]. En el marco de la Ley 975, la Fiscalía reportó en noviembre que de un total de 51.616 hechos, se había iniciado la confesión de 543 actos de tortura y, a la fecha, nadie ha sido condenado por ello.

93. Con el fin de garantizar una mayor protección de los ciudadanos y prevenir la vulnerabilidad e indefensión de las víctimas, la oficina en Colombia alienta al Estado a calificar, investigar y sancionar la tortura con penas adecuadas. Además, insiste en la necesidad de ratificar el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

29 *La Procuraduría emitió 15 fallos relacionados con actos de tortura; en seis se destituyó a los servidores públicos.*

30 *2009-2010 Informe (nota 17 supra).*

N. Desplazamiento forzado

94. En 2010, la oficina en Colombia continuó registrando desplazamientos masivos e individuales ocasionados por todos los actores armados. Aunque el desplazamiento aumenta en menor medida que en épocas pasadas, preocupa el alto grado de subregistro, en ocasiones por resistencia de los funcionarios y funcionarias a registrar, como en Arauca.

95. La oficina en Colombia expresa una gran preocupación por el alto número de homicidios contra personas desplazadas. Según el Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada (SNAIPD)[31], entre 2007 y marzo de 2010 se presentaron 1.499 homicidios. Urge que el Estado diseñe e implemente mecanismos de prevención y protección de la vida e integridad personal de las personas desplazadas.

96. Aunque el desplazamiento forzado suele presentarse en mayor medida en zonas rurales con presencia de grupos armados ilegales, durante 2010 se observó un incremento en los desplazamientos interurbanos. Preocupa especialmente la situación en Medellín y Córdoba, donde se registraron varios desplazamientos masivos a raíz de disputas entre grupos post-desmovilización.

O. Pobreza y derechos económicos, sociales y culturales

97. A pesar del prolongado conflicto armado interno y los altos índices de desigualdad, Colombia ha logrado progresar en términos de desarrollo humano[32]. El *Informe de Desarrollo Humano 2010* ubica a Colombia como uno de los países latinoamericanos con desarrollo humano alto[33]. Esta clasificación es más baja cuando los índices se ajustan por la desigualdad, que en el país alcanza niveles de extrema preocupación. El coeficiente de Gini alcanzó en 2010 un valor de 0,585, lo que sitúa al país entre los siete más desiguales del planeta.

---

31 *"Informe del Gobierno a la Corte Constitucional en seguimiento a la Sentencia T-025 (2004)", julio de 2010.*

32 *Colombia alcanzó un índice alto (0,689) y ocupa el lugar 79 entre 169 Estados. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Informe de Desarrollo Humano 2010 (Nueva York, 2010).*

33 *Ibíd.*

98. El índice de extrema pobreza es del 16%, el más alto del grupo de países de desarrollo humano alto, y alcanza porcentajes superiores en algunos departamentos del país[34]. A pesar de los avances en la cobertura de los servicios de salud, el pleno disfrute de este derecho continúa siendo limitado. El 17,5% de la población colombiana padece al menos una carencia grave en salud[35] y persisten la inequidad y las restricciones en el acceso, disponibilidad y calidad de los servicios de salud para las personas en situación de pobreza. Entre éstas están las ubicadas en zonas rurales distantes de centros urbanos, las personas desplazadas y, particularmente, los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas.

99. Persiste un alto índice de informalidad en el empleo[36], lo que contribuye a una mayor precariedad en los ingresos y falta de acceso a derechos como la seguridad social[37]. Además, la Organización Internacional del Trabajo expresó preocupación por varias situaciones violatorias del derecho al trabajo, como la normativa que permite una brecha salarial entre hombres y mujeres, lo que viola el principio de igual remuneración por trabajo de igual valor, así como la discriminación en el acceso al empleo fundada en la raza, color y origen social.[38]

IV. Resumen de actividades de la oficina en Colombia

100. La oficina en Colombia continuó cumpliendo con su mandato de observación, asesoría, cooperación técnica y promoción. Se han recibido 800 quejas y se había dado seguimiento a 771. Se realizó un total de 196 misiones de observación que representaron 666 días en el terreno. Además, la oficina en Colombia intervino o participó en 2.983 reuniones: 1.499 con instituciones públicas, 878 con representantes de la sociedad

34 *Ibíd.*

35 *Ibíd.*

36 *La tasa de informalidad en 2009 superó el 57,7%. Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo y Escuela Nacional Sindical, 2009, Informe nacional de trabajo decente 2009 (Medellín, 2010).*

37 *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (E/C.12/COL/CO/5).*

38 *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, remitido a la 99.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2010.*

civil, 357 con organismos de las Naciones Unidas y 249 con la comunidad internacional.

101. También prestó especial atención a procesos judiciales, como el de la masacre de miembros del pueblo awá de agosto de 2009, los adelantados contra un ex director del DAS, el de las desapariciones forzadas durante los hechos del Palacio de Justicia en 1985 y algunos casos de ejecuciones extrajudiciales.

102. La oficina en Colombia prestó asesoramiento durante la discusión legislativa del proyecto de ley de víctimas y restitución de tierras, la "Ley de Homenaje" y en el proceso de ratificación de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. También acompañó la Mesa Nacional de Garantías para Defensores, colaboró en la estrategia para hacer operativo el PLANEDH y realizó una evaluación conjunta con la Defensoría del Pueblo de sus necesidades y prioridades. Asimismo, facilitó el intercambio internacional de experiencias sobre depuración de archivos y mecanismos de control democráticos en los servicios de inteligencia.

103. Se inició un proyecto con los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas para elaborar de forma participativa un instrumento sobre su derecho a la consulta y otro con el Ministerio de Defensa para el monitoreo de las medidas adoptadas para superar las ejecuciones extrajudiciales.

104. La oficina en Colombia participó en la conmemoración de los 25 años de los trágicos hechos del Palacio de Justicia en la que por primera vez todas las víctimas estuvieron representadas, y organizó otros importantes eventos para conmemorar el Día de los Derechos Humanos.

105. En 2010 se abrieron oficinas satélites en Pasto y Villavicencio.

106. La oficina en Colombia distribuyó 92.000 ejemplares de publicaciones, emitió 37 comunicados de prensa, comenzó una campaña a favor de los derechos de las víctimas a la vida y a la restitución de tierras con

un anuncio de radio emitido en más de 1.000 oportunidades, además de otras actividades para la promoción y difusión de los derechos humanos.

V. Recomendaciones

107. Para alcanzar una plena vigencia de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en Colombia, es imperioso que el Estado, los grupos armados ilegales y la sociedad civil presten prioridad, particularmente, a los derechos de las víctimas, y aumenten sus esfuerzos por encontrar vías de diálogo y negociación que permitan logar una paz sostenible y duradera.

108. La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos vuelve a reiterar sus recomendaciones previas que no han sido implementadas o lo han sido parcialmente, e insta al Gobierno a fortalecer la implementación de las recomendaciones internacionales de los mecanismos de protección universal, como el Examen Periódico Universal, procedimientos especiales y órganos de tratados. Asimismo, invita al Gobierno a establecer un mecanismo efectivo de seguimiento de todas estas recomendaciones.

109. Adicionalmente, la Alta Comisionada:
a) Reitera una vez más el llamado a todos los actores armados a aceptar y acatar plenamente el derecho internacional humanitario; y se mantiene firme en exigir a los grupos armados ilegales que de manera inmediata liberen sin condiciones a todas las personas secuestradas, cesen el reclutamiento y la utilización de niños y niñas, liberen a todos los niños y niñas que se encuentran en sus filas, y detengan la colocación de minas antipersonal;

b) Insta a todas las autoridades responsables a asegurar el avance rápido y el debido proceso de los procesos judiciales sobre supuestas ejecuciones extrajudiciales atribuidas a miembros de la fuerza pública:
i) La Fiscalía General de la Nación debe adoptar las medidas correspondientes y asegurar el personal necesario para esclarecer, en el menor tiempo posible, todas las denuncias presentadas;

ii) La Justicia Penal Militar debe transferir de manera inmediata a la justicia ordinaria los casos de presuntas ejecuciones extrajudiciales que están bajo su jurisdicción, así como establecer un mecanismo independiente para analizar y transferir casos que fueron conocidos y cerrados en el pasado por jueces penales militares sin una adecuada investigación;

iii) Las Fuerzas Militares y el Ministerio de Defensa deben adoptar programas de protección efectivos para sus miembros que colaboran con la justicia y emitir mensajes inequívocos de respaldo a favor de dichas personas;

c) Reitera al Ministerio de Defensa y las Fuerzas Militares la necesidad de impartir a sus miembros, a la mayor brevedad posible, instrucciones detalladas para asegurar actitudes y acciones apropiadas ante la violencia sexual en el sentido expresado en este informe; y llama a la Fiscalía General de la Nación a adoptar una política sistemática de investigación de casos de violencia sexual y a avanzar rápidamente en las investigaciones sobre las denuncias presentadas;

d) Insta al Gobierno, a la Procuraduría General de la Nación y al Congreso a establecer mecanismos democráticos robustos de control externo sobre los servicios de inteligencia, avanzar en el establecimiento de los centros de protección de datos con los más altos estándares de control interno y establecer un mecanismo de depuración de archivos; y enfatiza la necesidad de que las investigaciones judiciales avancen para establecer y condenar a los autores materiales e intelectuales de los crímenes supuestamente cometidos por miembros del servicio de inteligencia civil DAS (Departamento Administrativo de Seguridad);

e) Exhorta al Estado a tomar pasos firmes en la lucha contra la impunidad y a establecer e implementar reformas judiciales a través de discusiones participativas y transparentes que permitan contar con una justicia pronta, competente, independiente e imparcial;

f) Alienta a una revisión exhaustiva de las políticas y programas de protección, tanto gubernamentales como de otras entidades del Estado; e insta a la adopción de un programa de protección integral ligado al proceso de restitución de tierras que incluya: medidas de seguridad pública; apoyo político, técnico y financiero a las comunidades, campesinos y organizaciones de víctimas; evaluación conjunta de riesgos a nivel local con las organizaciones estatales y no estatales relevantes; y la búsqueda de una amplia movilización social para la defensa de este derecho;

g) Insta a mayores esfuerzos de lucha contra la corrupción y aquiescencia con grupos surgidos de la desmovilización de organizaciones paramilitares en todos los ámbitos del Estado, particularmente en la fuerza pública, autoridades locales, jueces y fiscales; y alienta a diseñar e implementar una estrategia integral de protección de la población de la violencia que ejercen estos grupos, que incluya una respuesta más efectiva a los informes de riesgo del Sistema de Alertas Tempranas de la Defensoría del Pueblo;

h) Exhorta a la Policía Nacional y a las autoridades judiciales, especialmente a la Fiscal General, a que aseguren los recursos humanos, materiales y financieros necesarios para avanzar en las investigaciones relacionadas con las muertes y amenazas contra defensores y defensoras de derechos humanos;

i) Reitera a las autoridades la importancia de elaborar e implementar, de manera rápida y consensuada, planes de protección de los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas, así como de desarrollar una legislación y un procedimiento garantista que asegure su derecho a la consulta para obtener un consentimiento previo, libre e informado sobre todos los asuntos que afecten de manera directa y diferenciada su vida, cultura y territorio;

j) Reitera al Gobierno la necesidad de reformar la Ley 975 de 2005 de manera consensuada, transparente y participativa; y alienta al Congreso a adoptar una legislación a favor de las víctimas acorde con la normativa internacional en la materia;

k) Urge al Gobierno a adoptar las medidas necesarias para disminuir las brechas y desigualdades entre territorios y colectivos sociales evidenciadas en el Informe de Desarrollo Humano 2010 y avanzar en la plena vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales.

Anexo

Casos ilustrativos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario

1. Como complemento al informe anual de la Alta Comisionada sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, a continuación se describen algunos casos ilustrativos conocidos por la oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ("la oficina en Colombia") ocurridos durante el período reportado en este informe, sobre violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario.

A. Defensores y defensoras de derechos humanos

2. Los casos que se enuncian a continuación ilustran homicidios, secuestros, amenazas, detenciones arbitrarias, injerencias arbitrarias en sedes de organizaciones y robos de información que sufrieron defensores y defensoras de derechos humanos. La responsabilidad por estos hechos ha sido atribuida a miembros de grupos armados ilegales surgidos de la desmovilización de organizaciones paramilitares, a integrantes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo (FARC-EP) y del Ejército de Liberación Nacional (ELN), y a agentes del Estado. Especialmente preocupantes han sido los asesinatos de líderes y lideresas, campesinos y desplazados que adelantaban procesos de restitución de tierras, particularmente en los departamentos de Antioquia, Cauca y Sucre.

a) En San Onofre (Sucre), el 18 de mayo fue asesinado Rogelio Martínez, quien pertenecía al Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado (MOVICE), capítulo Sucre, y lideraba el grupo de familias que en 2007 retornaron a la finca "La Alemania". Desde 2009 se había acogido al Programa de Protección del Ministerio del Interior y de Justicia por presentar "riesgo extraordinario", según la calificación de la Policía.

b) En Santander de Quilichao (Cauca), el 23 de mayo fue asesinado Alexander Quintero, quien participó en la defensa de los derechos de las víctimas de la masacre del Alto Naya de 2001 y lideró procesos para propiciar la convivencia y coordinación entre las comunidades afrodescendientes, indígenas y campesinas del Alto Naya.

c) En Buenaventura (Valle del Cauca), el 10 de agosto fue asesinado Jair Murillo, líder de la Fundación Integral del Pacífico Nariñense, organización de desplazados afrocolombianos de Buenaventura.

d) En Necoclí (Antioquia), el 19 de septiembre fue asesinado el campesino Hernando Pérez, quien junto con otros líderes actuaba como enlace entre los campesinos y la Asociación de Víctimas para la Restitución de Tierras y Bienes (ASOVIRESTIBI) de Urabá (Antioquia), para promover reclamaciones de tierras despojadas por grupos paramilitares.

e) En enero surgieron varias páginas apócrifas en Facebook que señalaban a varios miembros de ONGs y defensores de derechos humanos, así como a académicos de la Universidad de Antioquia, como simpatizantes de las FARC-EP.

f) En Itagüí (Antioquia), en septiembre un defensor de derechos humanos tuvo que desplazarse tras recibir amenazas de grupos de delincuencia común que se produjeron después de que la ONG en la que trabajaba denunció la ola de violencia desatada en esa ciudad por las disputas entre dichos grupos.

g) En Teorama (Norte de Santander), el 8 de julio cuatro defensoras de derechos humanos fueron secuestradas por miembros del ELN y liberadas pocos días después.

h) En Arauca, el 17 de junio fueron liberadas por falta de pruebas varias personas que habían sido detenidas el 15 de junio de 2008, acusadas de rebelión, terrorismo y concierto para delinquir.

i) En Sucre, un defensor de derechos humanos continúa privado de su libertad desde noviembre de 2008, acusado de concierto para delinquir con grupos paramilitares, a pesar de que fue él mismo quien denunció a dichos grupos.

B. Organismos de Inteligencia

3. Se registraron casos de interceptaciones de correos electrónicos, seguimientos, robos de información y hostigamientos que afectaron a integrantes de diversas organizaciones sociales y políticas, cuya responsabilidad se imputó en algunos casos a miembros de organismos de inteligencia del Estado. A esta convicción se llegó tras el análisis global de un conjunto de elementos, que vistos de manera individual no serían relevantes, tales como la calidad de las víctimas, la coincidencia entre las personas investigadas por los organismos de inteligencia y la Fiscalía, los nexos de las víctimas con determinadas organizaciones sociales o con casos ya documentados en el pasado, los modus operandi o la coincidencia en tiempo y lugar de determinados eventos.

a) Entre abril y mayo aparecieron panfletos con amenazas contra organizaciones de derechos humanos y otras organizaciones sociales en varios departamentos. La información recopilada sobre las víctimas y el modus operandi sugiere la participación de personal de inteligencia del Estado en estos hechos.

b) En Popayán (Cauca), el 4 de abril la Ruta Pacífica de Mujeres y la Corporación para el Ecodesarrollo Comunitario (COMUNITAR) fueron víctimas del robo de información contenida en computadores por parte de sujetos que ingresaron ilegalmente a sus oficinas.

c) En Medellín (Antioquia), el 19 de julio varios sujetos ingresaron al domicilio de una defensora de derechos humanos y robaron el disco duro de su computadora que contenía informes y fotografías de sus actividades. La víctima pertenece a una ONG que realiza trabajo social y de educación en la comuna 13 de Medellín.

d) En Villavicencio (Meta), el 10 de agosto personas desconocidas ingresaron a la oficina del Comité Cívico por los Derechos Humanos del Meta y sustrajeron información sobre sus actividades.

C. Ejecuciones extrajudiciales

4. En 2010 se confirmó la drástica disminución de la práctica de presentar como muertas en combate a personas que previamente estaban en poder del Ejército, conocida como "falsos positivos". La oficina en Colombia sin embargo recibió información sobre algunos casos que muestran la necesidad de continuar con el esfuerzo iniciado para lograr la eliminación total de esta práctica, así como de cualquier otra modalidad de ejecuciones extrajudiciales.

a) En Chaparral (Tolima), el 2 de febrero un soldado habría rematado a un presunto integrante de las FARC-EP que fue herido en un bombardeo. La víctima fue reportada como muerta en combate.

b) En Aipe (Huila), el 25 de marzo integrantes del Grupo de Acción Unificada por la Libertad Personal (GAULA), adscrito a la Novena Brigada del Ejército, habrían rematado a un presunto miembro de las FARC-EP, menor de edad, que al parecer había resultado herido en un enfrentamiento con el GAULA momentos antes.

c) En Medellín (Antioquia), el 7 de julio desaparecieron dos jóvenes que fueron encontrados muertos al día siguiente. De acuerdo con información recopilada por la oficina en Colombia, las víctimas habrían sido detenidas por agentes de la Policía Nacional la noche anterior y entregadas a un grupo de delincuencia común.

d) En Barbacoas (Nariño), el 12 de septiembre agentes de la Policía Nacional dieron muerte a una persona e hirieron a otras siete al disparar después de que éstas no acataran o no escucharan la orden de detenerse. Los agentes las habrían confundido con un grupo de delincuentes.

5. La oficina en Colombia ha seguido los procesos judiciales en varios casos de ejecuciones extrajudiciales, en los cuales es motivo de preocupación la seguridad de los familiares de las víctimas y de los testigos.

a) Estudios realizados por la Policía Nacional calificaron de "riesgo extraordinario" la situación en la que se encontraban al menos ocho de las madres cuyos hijos desaparecieron en la localidad de Soacha (Cundinamarca) y fueron reportados por el Ejército como muertos en combate en otros municipios del país en 2008.

b) En Antioquia, Bogotá y Valle del Cauca, entre otros lugares, se registraron intimidaciones y amenazas a testigos de la Fiscalía o a sus familiares, en casos de presuntas ejecuciones extrajudiciales imputadas a miembros del Ejército.

D. Grupos armados ilegales surgidos de la desmovilización de organizaciones paramilitares

6. Como se puede deducir de los casos que se presentan a continuación, la presencia de grupos armados ilegales surgidos de la desmovilización de organizaciones paramilitares es motivo de preocupación por su expansión y por la intensidad de los actos de violencia que han cometido contra la población.

a) En Puerto Liberador (Córdoba), el 21 de marzo siete personas, incluidos dos niños, fueron víctimas de una masacre. La causa sería la disputa entre los grupos Los Urabeños, Los Rastrojos y Los Paisas. Ese mismo día y en el mismo lugar se registró otra masacre en la que fueron asesinados tres lancheros, presuntamente por el grupo Águilas Negras.

b) En El Charco (Nariño), el 1 de octubre presuntos miembros de Los Rastrojos asesinaron a cinco miembros de una familia.

c) En Puerto Libertador (Córdoba), el 21 de marzo fue asesinada una niña de 17 años presuntamente por miembros de Los Urabeños, por haberse negado a tener relaciones sexuales con el jefe del grupo en la zona.

d) En Medellín (Antioquia), el 2 de abril un sicario asesinó a Diego Fernando Escobar Múnera, Juez Octavo Penal del Circuito de Medellín. Las autoridades atribuyeron el crimen a miembros de un grupo armado ilegal surgido de la desmovilización de organizaciones paramilitares.

e) En Montelibano (Córdoba), el 11 de abril fueron asesinados la gobernadora del cabildo indígena de La Esperanza, Yolanda Isabel Álvarez Ibáñez, y su esposo. Las autoridades atribuyeron este crimen a miembros de Los Paisas. En ese mismo municipio, el 23 de noviembre fue asesinado un niño de 14 años presuntamente por integrantes de Los Urabeños.

f) En Puerto Rico (Meta), el 12 de agosto se atribuyó a miembros del "Ejército Revolucionario Popular Antisubversivo de Colombia" (ERPAC) el asesinato de una menor de 15 años que recibió más de 40 puñaladas.

g) En Puerto Berrío (Antioquia), en abril, Los Rastrojos habrían reclutado cerca de 30 menores para las filas del ELN. En Caucasia (Antioquia), en febrero se conoció que al menos 13 menores habrían sido reclutados por Los Rastrojos, Los Paisas y Los Urabeños. En Granada (Meta), en agosto, por lo menos seis menores fueron reclutados por el ERPAC.

7. Así mismo, algunos miembros de la fuerza pública mostraron conductas de connivencia con algunos de estos grupos.

a) En Tarazá (Antioquia), en abril, fue capturado un sargento de la Policía Nacional cuando transportaba armas para Los Urabeños. El suboficial llevaba 23 años en la Policía y estaba a punto de retirarse.

b) En Montería (Córdoba), en noviembre, durante la realización del operativo "Nerón", fueron capturados dos oficiales y tres suboficiales de la Policía Nacional que colaboraban con Los Paisas.

E. Violencia sexual

8. Los siguientes casos ilustran como las niñas y las mujeres, y en ocasiones los hombres, son víctimas de la violencia sexual generada por todas las partes en el conflicto, así como por los grupos armados ilegales surgidos de la desmovilización de organizaciones paramilitares.

a) En Quibdó (Chocó), el 16 de marzo un soldado del Batallón Manosalva intentó violar a una indígena Embera.

b) En el Medio Baudó (Chocó), en mayo un suboficial de la Infantería de Marina abusó sexualmente de una niña de 13 años.

c) En Cumaribo (Vichada), el 29 de julio soldados del Ejército habrían torturado y violado durante toda una noche a una mujer y un hombre.

d) En Bello (Antioquia), en abril se registraron casos de violencia sexual contra varias niñas atribuidos a miembros de un grupo delincuencial con nexos con grupos armados ilegales surgidos de la desmovilización de organizaciones paramilitares que opera en ese municipio.

e) En El Bagre (Antioquia), el 15 de julio un hombre fue violado por varios guerrilleros de las FARC-EP cuando supieron que era homosexual.

F. Discriminación

9. Se han registrado casos de violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas (LGBT), como el ocurrido en Medellín (Antioquia), el 8 de mayo, cuando una persona travesti fue golpeada hasta perder el conocimiento por 8 agentes de la Policía en el Comando de Atención Inmediata (CAI) del Parque Bolívar.

G. Pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas

10. Los derechos de los miembros de pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas continúan siendo afectados de manera desproporcionada por el conflicto armado interno. En especial, sus vidas y sus derechos territoriales y culturales están amenazados por la presencia de actores armados en sus territorios.

a) En López de Micay (Cauca), el 21 de enero, miembros de las FARC-EP presuntamente asesinaron a dos líderes del Consejo Comunitario Los Manglares.

b) En Puerto Libertador (Córdoba), el 4 de enero fue asesinada una mujer indígena Zenú, presuntamente por miembros de Los Urabeños.

c) En Barbacoas (Nariño), el 27 de junio un indígena Awa fue muerto por presuntos miembros de las FARC-EP.

d) En la vereda Los Chorros, Caloto (Cauca), el 2 de mayo, una persona indígena murió al estallar un explosivo lanzado por las FARC-EP en un ataque indiscriminado; además, varias casas resultaron dañadas en el mismo ataque. Algunos soldados se habrían refugiado debajo de las casas civiles al iniciarse el ataque.

e) En enero varias comunidades indígenas emberas en el Bajo Baudó (Chocó) quedaron confinadas debido a combates entre el Ejército y el ELN. En abril se desplazaron las comunidades afrocolombianas de Juana Marcela y Carmelita en el Medio San Juan (Chocó) por amenazas de Los Rastrojos y Águilas Negras. En octubre las comunidades afrocolombianas de la cuenca del Río Berreberre en Medio Baudó (Chocó) quedaron confinadas por las acciones armadas del ELN y Los Rastrojos.

f) En marzo varios menores indígenas fueron reclutados por las FARC-EP en Florida (Valle del Cauca) y el 9 de abril en El Carmen de Atrató (Chocó) el ELN intentó reclutar a menores de la comunidad indígena de Abejero.

11. Así mismo, la oficina en Colombia conoció deficiencias en el cumplimiento del derecho de las comunidades a ser consultadas para obtener su consentimiento previo, libre e informado, con relación a varios proyectos que se adelantan, entre otros, en los departamentos de Cauca, Guajira, Norte de Santander y Tolima.

a) El consejo comunitario de La Toma, municipio de Suárez (Cauca), desde hace tres años está pidiendo la titulación de su territorio ancestral en el cual ha vivido y trabajado desde el siglo XVII. El Estado, desconociendo la presencia de estas comunidades afrocolombianas y sin ninguna consulta con ellas, otorgó títulos de propiedad y permisos de explotación minera a particulares no pertenecientes a la comunidad afrocolombiana.

b) En ocasiones, los planes de ordenamiento territorial fueron utilizados como un instrumento para ignorar la presencia de pueblos indígenas. En otras, por el contrario, se ha reconocido la necesidad de consultar

previamente los planes de ordenamiento territorial, como, por ejemplo, hizo el Concejo Territorial de Planeación del municipio de Tibú (Norte de Santander) con la población indígena Bari.

c) La Corte Constitucional, en el proyecto minero Mandé Norte, para la exploración y explotación de oro, cobre y otros minerales en Antioquia y Chocó, concluyó que: i) no se celebraron consultas con todos los grupos originarios del territorio afectado por el proyecto; ii) no se tuvieron en cuenta a las autoridades e instituciones representativas de las comunidades; iii) y la comunidad no conoció el contenido del proyecto Mandé Norte.

H. Derecho internacional humanitario

1. Grupos guerrilleros

12. La oficina en Colombia registró varias masacres y homicidios selectivos atribuidos por las autoridades a miembros de grupos guerrilleros.

a) Las autoridades atribuyeron a las FARC-EP el asesinato de cuatro personas, que habían sido previamente secuestradas, el 30 de marzo, en Andes (Antioquia).

b) En Tarazá (Antioquia), el 3 de mayo fueron asesinadas tres personas, entre ellas un niño, presuntamente por miembros de las FARC-EP.

c) En Argelia (Cauca), el 10 de enero un niño que había sido herido por miembros de las FARC-EP y era transportado en una ambulancia, fue rematado por ese mismo grupo guerrillero luego de interceptar y detener el vehículo.

d) En El Charco (Nariño), el 25 de marzo se atribuyó a miembros de las FARC-EP la muerte de un niño de 12 años que fue usado como "niño-bomba" para atentar contra la estación de Policía, resultando heridos otros nueve civiles y tres policías.

e) En Pradera (Valle del Cauca), el 1 de mayo miembros de las FARC-EP serían responsables del asesinato de un campesino a quien acusaron de colaborar con la fuerza pública.

13. Las FARC-EP persisten en mantener en cautiverio a personas civiles y miembros de la fuerza pública en condiciones crueles e inhumanas, en algunos casos desde hace más de 13 años, como el sargento del Ejército, Jose Libio Martínez, privado de su libertad por motivos relacionados con el conflicto desde el 21 de diciembre de 1997. Durante 2010, los grupos guerrilleros continuaron tomando rehenes.

a) El 6 de febrero, el Secretario de Gobierno de Arauquita (Arauca) fue tomado como rehén, por las FARC-EP.

b) En Tadó (Chocó), el 8 de junio, tres trabajadores de carreteras fueron tomados como rehenes por integrantes del ELN.

c)En Puerto Rico (Meta), el 1 de agosto se atribuyó a las FARC-EP la toma como rehén de un pescador que permanece desaparecido.

14. La oficina en Colombia también registró amenazas por los grupos guerrilleros.

a) El 11 de mayo las FARC-EP habrían amenazado a un líder indígena en Buenaventura (Valle del Cauca).

b) El 2 de julio varios funcionarios públicos de Ituango (Antioquia) fueron amenazados presuntamente por las FARC-EP.

15. El uso de minas antipersonal sigue siendo constante por parte de los grupos guerrilleros y el departamento de Antioquia es uno de los más afectados.

a) En mayo las FARC-EP habrían minado escuelas en Anorí (Antioquia).

b) El 4 de junio, en Sabanalarga (Antioquia), tres mujeres, entre ellas dos niñas, resultaron heridas por una mina antipersonal posiblemente colocada por las FARC-EP.

c) El 6 de julio, en Tame (Arauca), dos niños indígenas resultaron lesionados por una mina antipersonal presuntamente sembrada por un grupo guerrillero.

d) El 10 de septiembre, las autoridades denunciaron que las FARC-EP, tras atacar los puestos de policía en San Miguel (Putumayo), habían colocado explosivos en el cadáver de uno de los policías fallecidos.

16. La oficina en Colombia también recibió quejas de reclutamiento de niños y niñas por parte de grupos guerrilleros en varios departamentos, particularmente Antioquia, Cauca y Chocó.

a) En enero, en el Alto Baudó (Chocó), el ELN reclutó a tres menores, entre ellos dos niñas.

b) En febrero, en Jambaló (Cauca), 8 niños fueron reclutados presuntamente por las FARC-EP.

c) En febrero, las FARC-EP habrían intentado reclutar al menos 19 niños y niñas en Ituango (Antioquia).

17. La oficina en Colombia registró varios casos de terrorismo, cuya responsabilidad fue atribuida por las autoridades a las FARC-EP:

a) Los atentados en Pasto (Nariño) contra la sede del Partido de la U el 25 de mayo y frente a la oficina del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) el 8 de septiembre.

b) La explosión de un carro bomba en Bogotá el 12 de agosto, que provocó nueve heridos.

c) La explosión el 30 de noviembre de un carro bomba frente a la estación de policía en Vegalarga, municipio de Neiva (Huila), ocasionando la muerte de un civil y daños a numerosas viviendas.

d) Otros casos fueron atribuidos a miembros del ELN como la explosión, el 7 de enero, de un cilindro con explosivos cerca del colegio "Alejandro Humboldt" en Fortul (Arauca).

18. También se registraron ataques indiscriminados como el ocurrido el 30 de mayo en Sabanalarga (Antioquia), donde un cilindro bomba lanzado por las FARC-EP afectó una escuela, y el ataque por parte de las FARC-EP a un bus de pasajeros en Chigiorodó (Antioquia), el 15 de julio.

2. Fuerza pública

19. La oficina en Colombia siguió observando la práctica de ubicar unidades militares en centros poblados, muy cerca de casas de habitación y otros bienes protegidos, como escuelas.

a) En enero, soldados del Batallón de Infantería "Cacique Nutibara" ocuparon el colegio de la vereda Guaduas en Carmen de Atrato (Chocó).

b) En mayo, la oficina en Colombia obtuvo información según la cual la Infantería de Marina estuvo un mes ocupando la casa comunitaria de la vereda Silva, en Buenaventura (Valle del Cauca).

c) El 24 de agosto un grupo de soldados del Batallón "Vencedores" ocupó una escuela en Tuluá (Valle del Cauca).

d) En Puerto Alvira, Mapiripán (Meta), efectivos del Batallón Joaquín París del Ejército permanecieron acampados a poca distancia de la casa cural y de otras viviendas civiles.

20. La oficina en Colombia conoció casos de estigmatización y detenciones ilegales por parte de algunos miembros del Ejército contra la población civil.

a) El 13 de enero soldados de la Brigada XI habrían intimidado a la población de Naín, en Tierralta (Córdoba), acusándola de colaborar con la guerrilla.

b) En Puerto Rico (Meta), el 4 de agosto soldados del Ejército habrían detenido durante dos horas a un niño de 12 años, le acusaron de ser miembro de la guerrilla y le interrogaron sobre la presencia de dicho grupo en la zona.

21. La oficina en Colombia registró lesiones a la población civil provocadas por fuego cruzado en combates entre el Ejército y las FARC-EP en la zona rural del departamento de Cauca. Así ocurrió en abril y mayo en Caloto y Toribío, en donde una mujer falleció al recibir el impacto de una bala supuestamente disparada por un miembro de la guerrilla, y otra resultó herida por efecto de las esquirlas de un artefacto explosivo que habría sido lanzado por miembros del Ejército.

I. Tortura

22. Los datos existentes no parecen reflejar ni la magnitud ni el impacto real de esta violación. Los casos descritos a continuación ilustran esta violación.

a) El 13 de enero, dos agentes de Policía de la estación de Belén, en Medellín (Antioquia), habrían golpeado reiteradamente a dos jóvenes, así como a otros amigos y familiares, durante una requisa en la calle y posteriormente en la estación de Policía.

b) En Mapiripán (Meta), el 21 de febrero, en el marco de un operativo para capturar a miembros de un grupo armado ilegal surgido de la desmovilización de organizaciones paramilitares, efectivos de la Policía Nacional presuntamente detuvieron a una persona y la torturaron física y psicológicamente mientras insistían en que les diera información sobre otros miembros del grupo.

c) En Arauquita (Arauca), el 24 de mayo, dos jóvenes que estaban detenidos habrían sido golpeados por efectivos de la Policía destacados en dicha localidad.

d) La percepción de impunidad frente a las denuncias de tortura se evidencia en la respuesta de un agente de policía de Medellín cuando una víctima le expresó su intención de denunciarle por tortura, y le contestó que ya "tenía 48 demandas y que no le importaba tener una más".

e) El 28 de noviembre de 2003, un campesino fue torturado en Ituango (Antioquia). Siete años después, la Procuraduría destituyó por 15 años a cinco soldados profesionales.

J. Desplazamiento forzado

23. Durante 2010 se registraron casos de desplazamientos forzosos, individuales y colectivos. Fue motivo de preocupación el alto número de homicidios contra personas desplazadas.

a) En Valencia (Córdoba), se atribuyó a miembros de "Los Urabeños" el asesinato de Teófilo Vidal Vidal el 17 de febrero. La víctima había trabajado durante los últimos años a favor de la restitución de tierras a los desplazados a quienes les fueron despojadas por el Bloque Héroes de Tolová de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC).

b) En San Juan Nepomuceno (Bolívar), el 24 de noviembre fue asesinado Oscar Maussa, quien en 1997 fue desplazado forzosamente por un grupo paramilitar del corregimiento de Blanquicet, municipio de Turbo (Antioquia), junto con otras 11 familias pertenecientes a la Cooperativa de Trabajadores Agropecuarios de Blanquicet (COTRAGROBLAN). Desde septiembre de 2006 contaba con medidas cautelares de protección otorgadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

c) En Medio Baudó (Chocó), el 15 de agosto se atribuyó a miembros de Los Rastrojos la muerte de un líder de una comunidad y el desplazamiento forzoso de 50 familias.

d) En Santa Bárbara (Nariño), el 2 de octubre se registró el desplazamiento forzoso de 40 familias que habría sido ocasionado por Los Rastrojos.

Sentencia C-185/11

Referencia: expediente D- 8198

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 4 del artículo 50 de la Ley 1142 de 2007.

Demandante: Julián Arturo Polo Echeverry.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de marzo de dos mil once (2011).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Julián Arturo Polo Echeverry, interpuso acción pública de inconstitucionalidad en contra del numeral 4 del artículo 50 de la Ley 1142 de 2007.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición acusada y se subrayan los apartes demandados.

LEY 1142 DE 2007

(Junio 28)

Diario Oficial No. 46.673 de 28 de julio de 2007

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana.

ARTÍCULO 50. El Código Penal tendrá un artículo nuevo del siguiente tenor:

Artículo.- Sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión. El Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar la utilización de sistemas de vigilancia electrónica durante la ejecución de la pena, como sustitutivos de la prisión, siempre que concurran los siguientes presupuestos:

1. Que la pena impuesta en la sentencia no supere los ocho (8) años de prisión, excepto si se trata de delitos de genocidio, contra el Derecho Internacional Humanitario, desaparición forzada, secuestro extorsivo, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de migrantes, trata de personas, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, extorsión, concierto para delinquir agravado, lavado de activos, terrorismo, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes.

2. Que la persona no haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.

3. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del condenado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

4. Que se realice el pago total de la multa.

5. Que sean reparados los daños ocasionados con el delito dentro del término que fije el Juez.

6. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones, las cuales deberán constar en un acta de compromiso:

a) Observar buena conducta;

b) No incurrir en delito o contravención mientras dure la ejecución de la pena;

c) Cumplir con las restricciones a la libertad de locomoción que implique la medida;

d) Comparecer ante quien vigile el cumplimiento de la ejecución de la pena cuando fuere requerido para ello.

El incumplimiento de las obligaciones impuestas en el acta de compromiso dará lugar a la revocatoria de la medida sustitutiva por parte del Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

PARÁGRAFO. Los sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión se implementarán gradualmente, dentro de los límites de la respectiva apropiación presupuestal. La gradualidad en la implementación de los sistemas de vigilancia electrónica será establecida por el Ministerio del Interior y de Justicia.

III. LA DEMANDA

El demandante considera que la exigencia legal contenida en el artículo 38 de Código Penal, consistente en exigir el pago total de la multa como requisito para acceder a la utilización de sistemas de vigilancia electrónica durante la ejecución de la pena como sustitutivos de la prisión, vulnera el principio de igualdad contenido en el artículo 13 de la Constitución, por lo cual debe ser declarado inexequible. El fundamento general de la

acusación radica en que resultan injustificadamente perjudicados aquellos internos que cumpliendo con los demás requisitos para esta modalidad alternativa de cumplimiento de la pena privativa de la libertad, no cuentan con recursos económicos suficientes para realizar el pago en mención.

Agrega que la incidencia de lo anterior en el derecho a la igualdad real de algunos ciudadanos, viene dada porque existe de hecho una desigualdad en las condiciones económicas de quienes son condenados a pena privativa de libertad, lo cual necesariamente implica que aquellos condenados con solvencia económica tendrán preferencia para acceder al beneficio, por el sólo hecho de contar con recursos para ello. Y, teniendo en cuenta que se trata del acceso a alternativas de cumplimiento de penas, la consecuencia discriminatoria es de gran relevancia. Aduce que la evolución de la teoría de los derechos en materia del principio de igualdad, ha desarrollado razones jurídicas suficientes para concluir que las desigualdades de hecho pueden "*legítimamente traducirse en desigualdades en el tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia*".

El acceso al beneficio en mención tiene también consecuencias de marcada importancia -continua-, como son el despliegue efectivo de la vida familiar y la posibilidad de alcanzar fuentes de trabajo, entre otras, con la respectiva incidencia de ello en la oportunidad de reincorporarse "*a la vida en sociedad*". Esto cobra más importancia aún, pues "*no puede desconocerse que la posición económica de quienes se encuentran pagando una condena; esto es, recluidos esperando la concesión de un beneficio como el creado por la ley demandada, se encuentra en una posición de inferioridad económica*."

Afirma que la imposibilidad de pagar las multas genera hacinamiento en las cárceles, y que en casos como el de la libertad condicional, se ha venido utilizando la figura del amparo de pobreza, para que los reclusos puedan acceder a ello, pese a su precaria situación económica.

De otro lado, explica que la jurisprudencia de la Corte se ha pronunciado sobre un tema parecido pero no igual, cual es el de la exigencia del pago de la multa para acceder al beneficio de libertad condicional (C-194 de 2005), que encontró ajustada al principio de igualdad constitucional, porque la

misma legislación penal establecía facilidades de pago la *amortización a plazos* y la *amortización mediante trabajo* (art.39 Código Penal). Pero, añade, las facilidades en mención solo son aplicables a la clase de multa denominada "*unidad de multa*", y no al caso en el que la multa aparece como acompañante de la pena de prisión. Por lo que concluye que el precedente jurisprudencial referido no resulta aplicable al presente caso.

También aduce, que si se considera el beneficio de la Prisión Domiciliaria, se encuentra que para éste no se exige pago alguno de multa, y respecto de la reparación de los daños ocasionados a la víctima, la norma lo establece como obligación, salvo que se demuestre que el condenado está en incapacidad material de sufragarlo. De ahí, que la norma demandada en efecto, haya pasado por alto salvedades como la descrita que el legislador penal ha establecido con el claro fin de lograr igualdad material en el acceso a las alternativas al cumplimiento de penas privativas de libertad, fuera de las cárceles.

Por lo expuesto, solicita a la Corte que declare la inconstitucionalidad de numeral 4 del artículo 38 A del Código Penal.

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención de la Defensoría del Pueblo
Mediante escrito allegado a esta Corporación, el Defensor de Pueblo solicita la declaratoria de inexequibilidad de la norma demandada, numeral 4 del artículo 38A del Código Penal. Explica en primer término que la jurisprudencia se ha pronunciado en varias oportunidades sobre la constitucionalidad de la exigencia del requisito del pago de la multa para acceder a subrogados penales, y ha concluido en cada caso (C-194/05, C-239/05, C-665/05, C-783/05 y C-823/05) que resulta conforme al orden constitucional, principalmente porque (i) la finalidad de la multa es castigar al infractor de la ley penal, por lo cual no puede valorarse en principio desde el punto de vista del poder adquisitivo del multado, y por ello la libertad personal puede depender del cumplimiento de dicho castigo. Y (ii) pese a lo anterior es razón suficiente, el mismo artículo que regula las multas en materia penal (art 39 del Código Penal) dispone que la determinación de su monto se hará bajo la consideración de la situación económica del

condenado. En conclusión, la exigencia de su pago para ser beneficiario de subrogados penales no resulta inequitativo ni contrario al principio de igualdad.

La Defensoría afirma que a pesar de los pronunciamientos anteriores en el mismo sentido, la jurisprudencia no ha abordado el análisis en los términos propuestos por el actual demandante, lo cual pondría en duda la aplicación al presente caso de los criterios esbozados en los precedentes. El punto de partida es que se debe tener en cuenta –continúa- la existencia de dos clases de multa: la que se decreta como acompañante de una pena de prisión (es decir como pena accesoria), y la que se dispone como pena principal.

A partir de lo anterior surgen tres reparos a las razones esgrimidas por la jurisprudencia que permiten llegar a una conclusión distinta a la presentada. En primer lugar, la posibilidad de tasar el monto de la multa de acuerdo a la situación económica del condenado, sólo es posible para el caso de la multa como pena principal. Esto porque el numeral segundo del artículo 39 del Código Penal establece fórmulas para ello sólo en ese caso, que atienden al promedio de ingresos del condenado; pero, en el caso de la multa como pena accesoria las mismas normas que consagran la pena de prisión y la multa establecen el promedio según la falta y no según la capacidad económica del penado. Esto hace imposible que el juez atienda la situación adquisitiva del condenado para efectos de tasar el monto de la multa.

En segundo lugar, otras prerrogativas que procuran dar cuenta de la situación particular del ciudadano a la hora de imponerle una multa con base en la comisión de un delito, contenidas en el mismo artículo 39 del Código Penal, sólo son aplicables según el texto normativo en mención, a la multa como pena principal. Estas prerrogativas son la "amortización a plazos" y la "amortización mediante trabajo". Sobre la primera posibilidad (amortización a plazos) indica la Defensoría que a partir de una interpretación sistemática del artículo 39 en mención, junto con el artículo 41 del mismo Código Penal, se puede concluir la posibilidad de que el condenado pague a plazos la multa como pena accesoria. Esto porque el artículo 41 referido establece que cuando la multa concurra con una de

privativa de la libertad y el penado se sustrajere a su cancelación integral **o a plazos**, se dará traslado a los jueces de ejecuciones fiscales. Para el interviniente la alusión que se hace en este artículo a la posibilidad del pago a plazos permite derivar el alcance de dicha prorrogativa, también al pago de la multa como pena accesoria.

Sobre la prerrogativa consistente en amortizar el pago de la multa como pena accesoria mediante trabajo, se afirma en esta intervención que resulta aplicable únicamente al evento en que la multa obra como pena principal. Por lo cual habría un tratamiento legal desigual e injustificado pues los condenados a multa como pena accesoria no pueden hacer uso de dicha alternativa.

En tercer lugar, explica la Defensoría que en el caso del subrogado penal de Prisión Domiciliaria, regulado en el artículo 38 del Código Penal, no se exige el pago de la multa como requisito para su otorgamiento. Además de que para el acceso a la mencionada Prisión Domiciliaria se exige la reparación de los daños derivados de la comisión del delito, salvo que se demuestre la imposibilidad material del condenado para hacerlo.

Intervención de la Fiscalía General de la Nación
La Fiscalía General envió con destino del expediente respectivo y por intermedio de la Secretaría General, escrito de intervención en el que solicitó a la Corte Constitucional que declare exequible la disposición demandada.

Para la Fiscalía la demanda carece de argumentos que sustenten el presunto problema de igualdad propuesto. Explica que la afirmación del actor en el sentido de que al existir condenados con baja capacidad adquisitiva y al exigir el subrogado de la vigilancia electrónica el pago de la multa como requisito, se debe concluir entonces que se vulnera el principio de igualdad, resulta ser una conclusión que necesita exceder la descripción de una situación desigual. Asevera textualmente "*en la demanda deben exponerse los argumentos que expliquen por qué el tratamiento desigual resulta constitucionalmente injustificado, desproporcionado o irrazonable*."

Con base en lo explicado, la distinción encontrada por el actor, entre condenados que cuentan con los medios económicos para cumplir con el requisito exigido para acceder al subrogado de la vigilancia electrónica y aquellos que no, en sí misma no configura una inconstitucionalidad. "*El grado de protección que requieren grupos de personas comparables ha sido confiada al legislador democráticamente elegido. Por eso al analizar si un grupo está menos protegido que otro, no le corresponde al juez constitucional sustituir la apreciación del legislador ni imponer niveles de protección máximos o ideales.*"

A partir de estas reflexiones sobre el alcance del principio de igualdad y el amplio margen de discreción del legislador para establecer distinciones, encuentra el interviniente respecto del caso concreto, que "*las exigencias pecuniarias requeridas para acceder al mecanismo del brazalete electrónico, resultan proporcionadas constitucionalmente, dado que el juez de conocimiento goza de un margen estricto de discrecionalidad para imponer según sea el caso, y atendiendo la entidad del delito, las multas que considere convenientes. En tanto que, no a todas las personas condenadas por determinados delitos, es posible imponerles multas por cuanto su capacidad de pago es restringida.*"

Agrega por último que la ley ha previsto que el monto de la multa debe estar acorde con la capacidad de pago del individuo, tal como también lo ha hecho notar la jurisprudencia constitucional, lo cual impide afirmar que el Código Penal ha dispuesto un tratamiento igualitario para situaciones de hecho distintas, derivadas de la situación económica de cada condenado. Por lo que solicita la declaratoria de exequibilidad de la norma demandada.

Ministerio del Interior y de Justicia
A través de la Secretaría General de la Corte Constitucional, el Ministerio del Interior y de Justicia, allega al presente proceso escrito en el que solicita que declare exequible la norma acusada.

Para concluir lo anterior presenta dos razones principales. La primera consiste en que en sentencia C-194 de 2005, la Corte estudió un problema constitucional similar, alrededor de la exigencia del pago de la multa para acceder a los subrogados penales de la ejecución condicional de la pena y de la prisión domiciliaria. Explica el Ministerio que en la mencio-

nada sentencia se sostuvo que tal exigencia no vulneraba el principio de igualdad, en tanto todos los condenados podían acceder a los subrogados, mediante el cumplimiento del pago de la multa porque las normas al respecto regulaban formas de cancelarla tales como los pagos a plazos y la amortización mediante trabajo.

Considera el interviniente que la anterior argumentación resulta aplicable al caso objeto de análisis, por cuanto el cargo esgrimido por el actor, consiste en que la exigencia del pago de la multa discrimina a los condenados de bajos recursos económicos, luego les impide el acceso al subrogado de la vigilancia electrónica. Esto, porque la regulación sobre la imposición de la multa y sus modalidades de pago es la misma.

En segundo lugar, el Ministerio encuentra que el paralelo entre los subrogados de la prisión domiciliaria y la vigilancia electrónica, resulta impertinente, en tanto "*la prisión domiciliaria no es comparable con la posibilidad de libre circulación que se obtiene con el beneficio de la manilla electrónica, por lo cual no cabe en este caso un juicio de igualdad porque no se trata de situaciones iguales o similares*."

Intervenciones ciudadanas
El ciudadano Jefferson David Montoya García, en representación de la Sociedad Montoya y García Grupo Empresarial S.A.S allegó al despacho escrito de intervención en el que solicitó a esta Corte que declare la ineptitud sustantiva de la demanda por cuanto "*el cargo formulado por el accionante no ostenta relevancia constitucional; más bien constituye una inconformidad del actor ante la fijación que puede realizar el operador judicial sobre el monto de una multa para conceder un subrogado penal como es la vigilancia electrónica en un caso concreto*."

Además, con base en lo anterior trae a colación la sentencia C-854 de 2009, en la que la Corte se declaró inhibida para decidir sobre la constitucionalidad de la norma demandada en el presente caso, por ineptitud sustantiva de la demanda, y como en el caso actual la demanda tampoco contiene la carga argumentativa suficiente ni pertinente, entonces solicita que esta Corporación declare la configuración de Cosa Juzgada Constitucional.

De otro lado, explica que los argumentos sobre los que el demandante pretende sustentar un cargo de igualdad, son apreciaciones personales que no pueden ser tomadas como razones de inexequibilidad. Y por demás, dichas apreciaciones no controvierten lo sostenido por la Corte en sentencia C-194 de 2005, en la cual se explicó que la exigencia de la multa para el acceso al subrogado penal de la libertad condicional, encontraba razones constitucionales suficientes para estar vigente en Colombia, máxime cuando a su aplicación (la exigencia de la multa) debe mediar, según la regulación vigente, la consideración de la situación particular del condenado antes de fijar el monto o su forma de pago. En virtud de ello, el ciudadano Montoya García solita que se declare la exequibilidad de la disposición acusada, en caso de que la Sala Plena no considere viables la inhibición o la cosa juzgada como desenlace de la presente demanda.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

De conformidad con los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución, el Procurador General de la Nación rinde concepto de constitucionalidad número 5030, en el cual solicita a la Corte Constitucional que declare exequible la norma acusada.

El Procurador explica que en el proceso que culminó con la sentencia C-194 de 2005, rindió concepto y solicitó la exequibilidad de la norma que se estudiaba en aquel entonces, que exigía el pago de la multa para beneficiarse de los subrogados de la ejecución condicional de la pena y la libertad condicional; por lo cual en el presente caso reiterará dichos argumentos.

Para la Vista Fiscal resultó claro en aquél estudio de constitucionalidad que la exigencia del pago de la multa como requisito para acceder a subrogados penales, no vulnera el principio de igualdad, ni genera discriminación respecto de los condenados con escasas posibilidades económicas, en tanto la regulación de la multa y su cancelación en el Código Penal (Artículo 39) indica que su imposición se hará bajo la consideración de la situación económica particular del condenado, justamente con el fin de

que aquellos con menos posibilidades económicas accedan en igualdad de condiciones a los distintos subrogados.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia
1.- La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda en virtud del artículo 241 numeral 4 de la Carta.

Problema jurídico
2.- El actor demanda el numeral 4 del artículo 38A del Código Penal, que fue adicionado por el artículo 50 de la Ley 1127 de 2007, el cual dispone que para acceder al sistema de vigilancia electrónica como sustituto de prisión se requerirá además de otros requisitos, el pago total de la multa. Para el demandante el anterior contenido normativo vulnera el principio constitucional de igualdad, luego el artículo 13 de la Constitución, en dos sentidos: (i) discrimina injustificadamente a aquellos condenados que no cuentan con recursos económicos para cumplir con el requisito del pago de la multa, impidiéndoles acceder al sistema de vigilancia electrónica como sustitutivo de prisión. Y (ii) discrimina injustificadamente a quienes no cumplen con los requisitos para el subrogado de la prisión domiciliaria, que en esencia es lo mismo que el subrogado de la vigilancia electrónica, pues para acceder a la prisión domiciliaria no se exige el pago de la multa.

Algunos intervinientes, así como el Ministerio Público, consideran que la norma debe ser declarada exequible, porque el asunto relativo a si la exigencia del pago de la multa para acceder a subrogados penales resulta discriminatoria, ya ha sido estudiado por la Corte en sentencias C-194 de 2005, C-665 de 2005, C-783 de 2005 y C-823 de 2005. Y, ha sostenido la jurisprudencia constitucional al respecto, que el mencionado requisito no vulnera el principio de igualdad, pues a la imposición y pago de la multa debe mediar el análisis por parte de juez de la situación económica particular de quien la solicita, así como la posibilidad de amortizar su pago a plazos o mediante trabajo, según la regulación vigente. Por ello, se ha concluido que todos los reclusos, incluidos aquellos con menos posibilidades económicas, tienen opción real de acceder a los subrogados

penales que exigen el pago de multa, siempre que cumplan con los demás requisitos.

De otro lado, agregan que en materia penal la multa debe ser entendida como una sanción dispuesta por el legislador dentro de su amplio margen de configuración regulativo referente a las sanciones penales. Esto es, que el sentido de la imposición de una multa sustentada en una condena penal se refiere a la adjudicación de un castigo por lo cual su exigencia no puede entenderse como injusta o inequitativa, pues ella responde a la declaración de responsabilidad penal y no a la valoración del poder adquisitivo del condenado.

Así, proponen aplicar al presente caso estos criterios jurisprudenciales varias veces reiterados, pues se trata del mismo asunto de debate, sólo que a propósito de un subrogado diferente, el de la vigilancia electrónica.

Por su lado el Defensor del Pueblo, considera que la norma demandada es inconstitucional, por cuanto hace depender el acceso a un subrogado de la pena de prisión de un criterio meramente económico, frente al cual se ven discriminados los reclusos que no tienen recursos económicos. Sostiene que el demandante tiene razón cuando afirma que la jurisprudencia constitucional sobre los efectos discriminatorios de la exigencia del pago de la multa, no ha considerado que la sanción de multa frente a la cual proceden todas las alternativas de análisis de la situación particular del condenado antes de su imposición, se refiere al caso de la multa como pena principal y no como pena acompañante de la de prisión. Y, justamente, la multa como requisito para acceder a los subrogados penales de prisión, implica que ésta se ha impuesto como pena acompañante a la de privación de la libertad.

En este orden, la jurisprudencia constitucional no ha hecho un estudio de fondo sobre las implicaciones en el principio constitucional de igualdad de la exigencia del pago de la multa según la perspectiva anterior, por cual los referidos criterios constitucionales, no son en estricto sentido aplicables al presente caso.

3.- Así pues, corresponde a la Sala Plena determinar en general si la exigencia del pago de la multa para acceder al mecanismo sustitutivo de prisión de vigilancia electrónica, vulnera el principio constitucional de igualdad (art. 13 CN). Para resolver este interrogante, el asunto constitucionalmente relevante se concentra en las dos hipótesis puntuales presentadas por el demandante, las cuales son: (i) presunta discriminación injustificada de los condenados que no cuentan con recursos para cancelar la multa, pero cumplen con los demás requisitos exigidos en el artículo 38A del Código Penal; y (ii) presunta discriminación injustificada respecto de quienes cumplen con los requisitos para acceder a la prisión domiciliaria, porque a ellos no se les exige pago de multa, cuando en esencia tanto la prisión domiciliaria como la vigilancia electrónica implican el cumplimiento de la pena de privación de la libertad, por fuera del establecimiento carcelario.

Ahora bien, de acuerdo a los términos en que el demandante y los intervinientes han abordado la discusión constitucional objeto de la presente sentencia, antes de resolver los planteamientos de la acusación, la Corte hará: A) la descripción del funcionamiento de los sistemas de vigilancia electrónica; B) la comparación entre los subrogados de la vigilancia electrónica y la prisión domiciliaria; C) la reconstrucción de las líneas jurisprudenciales sobre el sentido y alcance de la multa como sanción penal y como requisito para los subrogados de la pena de prisión; D) la reconstrucción de las líneas jurisprudenciales sobre el principio constitucional de igualdad y E) análisis del cargo de inconstitucionalidad.

A.- Sistemas de vigilancia electrónica. Alcance, autoridades competentes, requisitos, modalidades y financiación.

Alcance

4.- Los sistemas de vigilancia electrónica han sido definidos por la Ley 1142 de 2007 con dos alcances: como mecanismo de control del cumplimiento de la pena sustitutiva consistente en prisión domiciliaria, y como sustituto de la pena de prisión. Esto es, como herramienta que ayuda al INPEC a verificar el cumplimiento de otro subrogado (prisión domici-

liaria) y como subrogado independiente cuyo otorgamiento corresponde a los jueces.

El primero, regulado en el artículo 31 de la ley 1142 de 2007 en mención, y que como se dijo corresponde a la consagración de los sistemas de vigilancia electrónica como mecanismos que sirven para verificar y vigilar el cumplimiento de la pena de quienes se encuentran bajo la medida sustitutiva de prisión domiciliaria.

> *ARTÍCULO 31. El inciso 2o del artículo 38 de la Ley 599 de 2000 quedará así:*
>
> *"El control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por el juez o tribunal que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia, con apoyo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, organismo que adoptará mecanismos de vigilancia electrónica o de visitas periódicas a la residencia del penado, entre otros, para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo".*
>
> *El segundo, regulado en el artículo 50 de la misma ley, indica que los sistemas de vigilancia electrónica son medidas independientes sustitutivas de la prisión que podrán ser ordenadas por el Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad en los eventos en que se verifiquen los requisitos previstos en la ley en cuestión (art. 38A C.Penal).*

Autoridades competentes

5.- Como puede verse, la Ley 1142 de 2007 dispuso un doble alcance a los sistemas de vigilancia electrónica, lo cual resulta determinante a la hora de definir cuál es la autoridad encargada de adoptar u otorgar el sistema de vigilancia electrónica, y cuáles las condiciones para su implementación. En un caso, cuando la vigilancia electrónica pretende ayudar a la verificación del cumplimiento de la pena de prisión domiciliaria, la autoridad competente para adoptarlo es el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), según el artículo 31 de la Ley 1142 transcrito más arriba, en el aparte en que se afirma: *"organismo {el INPEC} que adoptará mecanismos de vigilancia electrónica o de visitas periódicas a la residencia del*

penado, entre otros, para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo." Y según el artículo 1º de la Resolución 02642 del 26 de marzo de 2009[1]*, que establece en cabeza del INPEC la posibilidad de "Adoptar, según el caso, como medida adicional de control a la prisión domiciliaria, las modalidades de vigilancia electrónica normadas".*

En el segundo caso, cuando los sistemas de vigilancia electrónica pretenden otorgarse como medidas independientes sustitutivas de la prisión el artículo 50 de la Ley 1142 de 2007 estableció que es el Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad quien tiene la facultad de ordenar la utilización de sistemas de vigilancia electrónica durante la ejecución de la pena, como sustitutivos de la prisión.

Así mismo lo han establecido los Decretos 177 de 2008 y 1316 de 2009 que reglamentaron el artículo 50 referido, además de disponer también que será el mismo juez quien determine la necesidad de someter a los sistemas de vigilancia electrónica a la población condenada que se encuentre en modalidad distinta a la reclusión en centro penitenciario.[2]

De igual manera el artículo 2º del Decreto 177 de 2008, consagró la posibilidad de que el Juez de Control de Garantías dispusiera la utilización de los sistemas de vigilancia electrónica respecto de quienes encontrándose en detención preventiva en establecimiento carcelario, le haya sido sustituida ésta por la del lugar de residencia, previo cumplimiento de los presupuestos señalados en el artículo 314 de la Ley 906 de 2004.[3]

6.- En este orden, se debe también señalar que cuando la vigilancia electrónica se adopta por parte del INPEC como una medida de control y verificación del cumplimiento del de la prisión domiciliaria[4], entonces no

1 *Expedida por la Dirección del INPEC.*

2 *Artículo 1 del Decreto 1316 de 2009 (Por el cual se modificó el Parágrafo del artículo 1 del Decreto 177 de 2008)*

3 *El artículo 2 del Decreto 1316 de 2009 (Por el cual se modificó el Par. del artículo 2 del Decreto 177 de 2008) estableció que también podrán ser destinatarios de los sistemas de vigilancia electrónica quienes se encuentren en detención preventiva bajo la Ley 600 de 2000, previo cumplimiento de los supuestos establecidos en el artículo 314 de la Ley 906 de 2004.*

4 *La Corte no hace referencia a la posibilidad de utilizar el mecanismo de la vigilancia electrónica en el caso de la detención preventiva, hipótesis en la cual también está regulado según se ha visto, debido a que en estos casos no hay condena, luego los requisitos -incluida la multa- del artículo 38A del C.*

parece razonable que el Instituto Nacional Penitenciario exija los requisitos contenidos en el artículo 38A del Código Penal. Esto es, aquellos requisitos (incluido el pago de la multa) que se exigen para el caso en que se analiza el otorgamiento de la vigilancia electrónica como subrogado independiente por parte del Juez.

Se debe entender pues que en el primer caso se trata de una medida administrativa adoptada por el INPEC, amparada en las normas vigentes (inc. segundo num. 5 art. 38 C. Penal, y art. 1º Res 02642 del 26 de marzo de 2009), y que como se ha explicado consiste en monitorear mediante los sistemas de vigilancia electrónica a quienes ya gozan de subrogados penales que implican cumplir la pena de prisión fuera de la cárcel.

Esto significa que cuando el INPEC decide adoptar dicho mecanismo de verificación y control, previamente el Juez ha analizado el cumplimiento de los requisitos para otorgar el otro subrogado, distinto al de la vigilancia electrónica, por lo cual no resulta razonable – además de que no es de su competencia - que el INPEC exija los requisitos del artículo 38A referido, como si fuera a otorgar el subrogado de la vigilancia electrónica, cuando en realidad lo que sucede es que adopta una medida administrativa de control.

Requisitos (Derogatoria tácita del artículo 29B de la Ley 65 de 1993 - Código Nacional Penitenciario y Carcelario).
7.- De otro lado, la utilización de los sistemas de vigilancia electrónica se encuentra supeditada a que concurran ciertos presupuestos, especificados en los artículos 50 de la Ley 1142 de 2007 y 1º del Decreto 177 de 2009. Sobre esto es preciso advertir que antes de la expedición de la Ley 1142 de 2007, el sistema de seguridad electrónica como pena sustitutiva de prisión se encontraba regulada por el artículo 29B de la Ley 65 de 1993 (Código Nacional Penitenciario y Carcelario) el cual establecía requisitos distintos a los contemplados actualmente. Para ilustrar la distinción aludida la Sala presenta el siguiente cuadro:

Penal, de manera clara no resultan exigibles.

ARTÍCULO 29-B. LEY 65 DE 1993	ARTÍCULO 50. LEY 1142 DE 2007
SEGURIDAD ELECTRÓNICA COMO PENA SUSTITUTIVA DE PRISIÓN. Artículo adicionado por el artículo 9 del Decreto 2636 de 2004. El nuevo texto es el siguiente: En los delitos cuya pena impuesta no supere los cuatro años de prisión, respecto de los que no proceda la prisión domiciliaria; el juez de ejecución de penas, podrá sustituir la pena de prisión por la de vigilancia a través de mecanismos de seguridad electrónica, previa solicitud del condenado, si se cumplen adicionalmente los siguientes requisitos: 1. Que el condenado no tenga otros antecedentes penales, salvo que se trate de delitos culposos o con pena no privativa de la libertad. 2. Que el condenado suscriba un acta de compromiso, prestando una caución que garantice el cumplimiento de las restricciones a la libertad de locomoción que implique la medida. 3. Que el condenado repare los perjuicios ocasionados a la víctima de la conducta punible, cuando estos hayan sido tasados en la respectiva sentencia condenatoria, salvo que se demuestre la incapacidad material de hacerlo. 4. El incumplimiento de las obligaciones impuestas en el acta de compromiso dará lugar a la revocatoria de la medida por parte del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. PARÁGRAFO 1o. Cuando se trate de una conducta punible que admita la extinción de la acción penal por indemnización integral, conciliación o desistimiento y se repare integralmente el daño con posterioridad a la condena, no procederá el mecanismo de seguridad electrónica sino la libertad inmediata.	El Código Penal tendrá un artículo nuevo del siguiente tenor: Artículo 38A. Sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión. El Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar la utilización de sistemas de vigilancia electrónica durante la ejecución de la pena, como sustitutivos de la prisión, siempre que concurran los siguientes presupuestos: 1. Que la pena impuesta en la sentencia no supere los ocho (8) años de prisión, excepto si se trata de delitos de genocidio, contra el Derecho Internacional Humanitario, desaparición forzada, secuestro extorsivo, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de migrantes, trata de personas, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, extorsión, concierto para delinquir agravado, lavado de activos, terrorismo, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes. 2. Que la persona no haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores. 3. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del condenado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena. 4. Que se realice el pago total de la multa. 5. Que sean reparados los daños ocasionados con el delito dentro del término que fije el Juez. 6. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones, las cuales deberán constar en un acta de compromiso:

PARÁGRAFO 2o. La duración de la medida no podrá superar el término de la pena privativa de la libertad impuesto en la sentencia, o el que falte para su cumplimiento. Cuando el condenado no pueda sufragar el costo del mecanismo de seguridad electrónica que le sustituirá la pena privativa de la libertad, el Estado dentro de sus límites presupuestales lo hará. El mecanismo de seguridad electrónica se aplicará de manera gradual en los Distritos Judiciales conforme a lo dispuesto en el artículo 530 del Código de Procedimiento Penal dentro de los límites de las respectivas apropiaciones presupuestales. PARÁGRAFO 3o. El mecanismo de seguridad electrónica previsto en este artículo no se aplicará respecto de las conductas punibles que atenten contra la libertad, integridad y formación sexuales, eficaz y recta impartición de justicia y libertad individual.	a) Observar buena conducta; b) No incurrir en delito o contravención mientras dure la ejecución de la pena; El incumplimiento de las obligaciones impuestas en el acta de compromiso dará lugar a la revocatoria de la medida sustitutiva por parte del Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. PARÁGRAFO. Los sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión se implementarán gradualmente, dentro de los límites de la respectiva apropiación presupuestal. La gradualidad en la implementación de los sistemas de vigilancia electrónica será establecida por el Ministerio del Interior y de Justicia. Este artículo será reglamentado por el Gobierno Nacional para garantizar las apropiaciones del gasto que se requieran para la implementación del citado sistema de vigilancia electrónica dentro de los 60 días siguientes a su sanción.

De lo anterior se deriva que estas normas regulan la misma situación de manera distinta, por lo que se presenta una antinomia jurídica, cuya definición en el ámbito de la teoría jurídica puede describirse como aquella situación en la que en un sistema jurídico dos normas establecen consecuencias jurídicas distintas para el mismo supuesto de hecho.

8.- Entre los criterios que el derecho brinda para solucionar antinomias[5] , se cuestiona en primera instancia la vigencia temporal de las normas, estableciéndose que frente a una antinomia jurídica el operador del derecho debe aplicar el criterio denominado *lex posterior*, según el cual, la norma posterior en el tiempo tiene como efecto jurídico, que la norma

5 *Sentencia C-318 de 2007. "Dentro de los criterios para solucionar antinomias, los principios generales del derecho han establecido los análisis de: lex posterior, lex superior, lex especial, favorabilidad (principalmente en materia penal, laboral y en normas de orden público como las de familia, entre otras), aplicación de principios generales, entre otros."*

anterior que regulaba el mismo supuesto pierde vigencia. Quiere decir que se presenta el fenómeno de la derogación o derogatoria[6].

El fenómeno de la derogación de las normas lo ha definido la doctrina como la *"acción o efecto de la cesación de la vigencia de una norma por la aprobación y entrada en vigor de una norma posterior que elimina, en todo o en parte, su contenido, o lo modifica sustituyéndolo por otro adverso"*[7]. Dicho fenómeno está contemplado en nuestro ordenamiento, en el artículo 1° de la Constitución, cuyo contenido normativo destaca el principio democrático como elemento predominante del Estado colombiano. En ausencia de un principio constitucional cuyo sentido fuera la primacía de las decisiones de la mayoría (principio democrático), no se entendería que una ley nueva tuviera la *fuerza jurídica* de cesar la vigencia de la ley antigua. Justamente, la idea según la cual la voluntad que prevalece es la de la mayoría que ha sido producto del proceso de renovación constante de la democracia, es la que permite la modificación de los resultados de una mayoría que ya no funge como tal. Lo anterior es garantizado por el principio democrático, que a su vez sustenta la institución de la derogación de las leyes.

Al tenor de lo anterior, el artículo 71 del Código Civil colombiano contempla la mencionada institución, cuando establece que una ley nueva puede estipular la derogatoria de una antigua y que la imposibilidad de conciliar el contenido de una ley antigua con el de una ley nueva, implica que la primera pierde vigencia, esto es, es reemplazada por la segunda[8].

Así pues la derogación puede operar de diversos modos, de manera expresa (*cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.* Art 71 C.C) o tácita (*cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.* Art 71 C.C).

---

6 Sentencia C-318 de 2007.

7 SANTAMARÍA PASTOR Juan Alfonso. Fundamentos de Derecho Administrativo I. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.. Madrid 1991. Pág 415.

8 CÓDIGO CIVIL. Articulo 71. La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita.
Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.
Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.
La derogación de una ley puede ser total o parcial.

Con base en las razones anteriormente expuestas, debe concluirse que el artículo 29B del Código Nacional Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993) fue derogado tácitamente por el artículo 38A del Código Penal (Articulo 50 de la Ley 1142 de 2007) en aplicación del criterio denominado *lex posterior* y en razón a que es inconcebible pensar que ambas normas pueden estar vigentes en un mismo momento, dado que exigen requisitos distintos para acceder al sistema de vigilancia electrónica. De ahí que la Corte encuentre que los requisitos vigentes a este respecto son los del artículo 38A del Código Penal.

Modalidades y funcionamiento

9.- El legislador también se encargó de regular la forma en que debía funcionar la vigilancia electrónica, para lo cual desarrolló tres modalidades de vigilancia electrónica, las cuales deben ser asignadas por la autoridad judicial competente de acuerdo con la disponibilidad de las mismas y las fases previstas para ser implementadas.[9]

i. El seguimiento pasivo RF.

Es el sistema de vigilancia electrónica a través del cual se instala un dispositivo consistente en un brazalete o una tobillera en el cuerpo del *condenado, sindicado, imputado o acusado*, el cual trasmite a una unidad receptora, la que a su vez se encuentra conectada a una línea telefónica convencional.[10]

ii. El seguimiento activo – GPS.

Es el sistema de vigilancia electrónica a través del cual se instala un dispositivo consistente en un brazalete o tobillera en el cuerpo del *sindicado, imputado o acusado*, el cual llevará incorporada una unidad GPS (Sistema de posicionamiento global), la cual transmitirá la ubicación del beneficiario, indicando si ha llegado a zonas de exclusión. La norma establece que cuando el beneficiario del dispositivo llegue al lugar establecido para el cumplimiento de la medida de aseguramiento, la información que así lo indique será transmitida al centro de monitoreo vía telefónica o móvil,

9 *Artículo 7 del Decreto 177 de 2008.*

10 *Artículo 3 del Decreto 1316 de 2009 (Por el cual se modificó el artículo 4 del Decreto 177 de 2008).*

sin que durante el transcurso del día se haya perdido la transmisión inherente al sistema de vigilancia electrónica[11].

iii. El reconocimiento de voz.
Es el sistema de vigilancia electrónica a través del cual se lleva a cabo una llamada al lugar de residencia del condenado o sindicado, y autentica su identidad comparando su voz contra una impresión de voz previa tomada durante el proceso de registro.[12]

10.- Luego de verificarse los presupuestos exigidos por la normatividad, se deberá asignar – por la autoridad judicial competente – el sistema de vigilancia electrónica de acuerdo con la disponibilidad de los mismos y las fases previstas para su implementación.[13]

Posteriormente, una vez se apruebe por parte del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, la viabilidad jurídica del Sistema de Vigilancia Electrónica como sustitutivo de la pena de prisión o de la detención preventiva, el condenado o sindicado firmará un *acta de compromiso* donde constarán todas las obligaciones que debe cumplir en el término de la pena impuesta mediante sentencia judicial o de la providencia que impuso la detención preventiva, y aquellos compromisos inherentes a la modalidad del mecanismo de vigilancia electrónica que se le vaya a aplicar, dentro de los cuales se consignarán deberes de adecuada utilización y custodia del mecanismo de seguridad electrónica, advirtiéndose que la destrucción por cualquier medio del mecanismo de seguridad, además de las sanciones penales a que haya lugar, constituye un incumplimiento de los deberes del condenado o sindicado y será causal de revocatoria del beneficio otorgado.

Igualmente se previó, que se revocara la medida sustitutiva por parte del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad si ocurriera un incumplimiento de cualquiera de las obligaciones impuestas en el acta de compromiso.

---

11 Artículo 4 del Decreto 1316 de 2009 (Por el cual se modificó el artículo 5 del Decreto 177 de 2008)
12 Artículo 6 del Decreto 177 de 2008.
13 Artículo 7 del Decreto 177 de 2008.

Financiación

11.- De otra parte, en con relación la financiación de los sistemas de vigilancia electrónica, el legislador previó que el destinatario de los dispositivos podría asumir voluntariamente el costo de los mecanismos que le hayan sido otorgados y autorizados por la autoridad judicial competente[14].

Sin embargo, en norma posterior,[15] estableció que el dinero que ahorrara el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), por concepto de la atención integral y tratamiento penitenciario de los reclusos, tales como la alimentación, los servicios de salud y los desplazamientos – toda vez que desde el momento de la salida de la persona del establecimiento de reclusión, el Inpec no asume dichos costos – debería servir para coadyuvar la financiación de los sistemas de vigilancia electrónica.

La Ley 1142 de 2007 estableció que estos sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión se implementarán gradualmente, dentro de los límites de la respectiva apropiación presupuestal y que la gradualidad en su implementación deberá ser establecida por el Ministerio del Interior y de Justicia.[16] De igual forma, los Decretos reglamentarios han determinado que su implementación deberá hacerse en cuatro fases y con base en un plan piloto que se extendió hasta el 31 de diciembre de 2010.[17]

---

14 Artículo 11 del Decreto 177 de 2008.

15 Artículo 1 del Decreto 3336 de 2008.

16 Parágrafo, Articulo 50 de la Ley 1142 de 2007.

17 Artículo 9 del Decreto 177 de 2008

"Implementación. Los sistemas de vigilancia electrónica se implementarán gradualmente, de conformidad con las siguientes fases:

1. Primera Fase. Distritos Judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Iniciará su implementación a más tardar el día primero (1°) de julio de 2008.

2. Segunda Fase. Distritos Judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo y Tunja. Iniciará su implementación a más tardar el día primero (1°) de julio de 2009.

3. Tercera Fase. Distritos Judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio. Iniciará su implementación a más tardar el día primero (1°) de julio de 2010.

4. Cuarta Fase. Distritos Judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar, y aquellos que llegaren a crearse, entrarán a aplicar los sistemas de vigilancia electrónica a más tardar el día treinta y uno (31) de diciembre de 2010."

Artículo 9 del Decreto 3336 de 2008 "Implementación. Los sistemas de vigilancia electrónica se implementarán en el Distrito Judicial de Bogotá, iniciando con un plan piloto que se desarrollará entre el 1° de diciembre de 2008 y el 31 de diciembre de 2010.

El Ministerio del Interior y de Justicia evaluará los resultados del plan piloto y definirá la continuidad del sistema en los demás Distritos Judiciales, previa viabilidad técnica y presupuestal del Gobierno

B.- Comparación entre los subrogados de la vigilancia electrónica y la prisión domiciliaria.

12.- Para la Sala la relación entre los subrogados de la vigilancia electrónica y la prisión domiciliaria es evidente, además de relevante para el análisis del cargo de inconstitucionalidad objeto de la presente sentencia. Por un lado como se señaló más atrás, los sistemas de vigilancia electrónica funcionan en nuestro ordenamiento jurídico no sólo como subrogado de la pena de prisión, sino también como modo de verificación del cumplimiento del subrogado de prisión domiciliaria. Sin embargo tienen requisitos distintos, veamos:

ARTICULO 38. Código Penal	ARTÍCULO 38A. Código Penal
LA PRISION DOMICILIARIA COMO SUSTITUTIVA DE LA PRISION. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurran los siguientes presupuestos: 1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos. 2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.	SISTEMAS DE VIGILANCIA ELECTRÓNICA COMO SUSTITUTIVOS DE LA PRISIÓN. <Artículo adicionado por el artículo 50 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> El Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar la utilización de sistemas de vigilancia electrónica durante la ejecución de la pena, como sustitutivos de la prisión, siempre que concurran los siguientes presupuestos: 1. Que la pena impuesta en la sentencia no supere los ocho (8) años de prisión, excepto si se trata de delitos de genocidio, contra el Derecho Internacional Humanitario, desaparición forzada, secuestro extorsivo, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de migrantes, trata de personas, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales,

Nacional".

Artículo 6 del Decreto 1316 de 2009. (Por el cual se modificó el artículo 9 del Decreto 3336 de 2008) el cual quedará así: "Artículo 9 Implementación. Los sistemas de vigilancia electrónica se implementarán iniciando con un plan piloto que se desarrollará hasta el 31 de diciembre de 2010 en los Distritos Judiciales de Antioquia, Armenia, Bogotá, Buga, Cali, Cundinamarca, Manizales, Medellín, Pereira, Santa Rosa de Viterbo y Tunja."

Artículo 1 del Decreto 4940 de 2009. "A partir de la vigencia del presente decreto, los sistemas de vigilancia electrónica se implementarán en todos los Distritos Judiciales del país, dentro de los límites de la respectiva apropiación presupuestal."

3. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones: 1) Cuando sea del caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia. 2) Observar buena conducta. 3) Reparar los daños ocasionados con el delito, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo. 4) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello. 5) Permitir la entrada a la residencia a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y la reglamentación del INPEC. <Inciso modificado por el artículo 31 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> El control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por el juez o tribunal que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia, con apoyo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, organismo que adoptará mecanismos de vigilancia electrónica o de visitas periódicas a la residencia del penado, entre otros, para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo. Cuando se incumplan las obligaciones contraídas, se evada o incumpla la reclusión, o fundadamente aparezca que continúa desarrollando actividades delictivas, se hará efectiva la pena de prisión. Transcurrido el término privativo de la libertad contemplado en la sentencia, se declarará extinguida la sanción.	extorsión, concierto para delinquir agravado, lavado de activos, terrorismo, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes. 2. Que la persona no haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores. 3. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del condenado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena. 4. Que se realice el pago total de la multa. 5. Que sean reparados los daños ocasionados con el delito dentro del término que fije el Juez. 6. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones, las cuales deberán constar en un acta de compromiso: a) Observar buena conducta; b) No incurrir en delito o contravención mientras dure la ejecución de la pena; c) Cumplir con las restricciones a la libertad de locomoción que implique la medida; d) Comparecer ante quien vigile el cumplimiento de la ejecución de la pena cuando fuere requerido para ello. El incumplimiento de las obligaciones impuestas en el acta de compromiso dará lugar a la revocatoria de la medida sustitutiva por parte del Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. PARÁGRAFO. Los sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión se implementarán gradualmente, dentro de los límites de la respectiva apropiación presupuestal. La gradualidad en la implementación de los sistemas de vigilancia electrónica será establecida por el Ministerio del Interior y de Justicia. Este artículo será reglamentado por el Gobierno Nacional para garantizar las apropiaciones del gasto que se requieran para la implementación del citado sistema de vigilancia electrónica dentro de los 60 días siguientes a su sanción.

De la lectura comparada de las normas, puede concluirse lo siguiente:

PRISIÓN DOMICILIARIA	VIGILANCIA ELECTRÓNICA
En cuanto a la pena: Que la pena mínima de la conducta punible del caso sea de 5 años.	En cuando a la pena: Que la pena impuesta en la sentencia no supere los ocho 8 años de prisión, excepto si se trata de delitos de genocidio, contra el Derecho Internacional Humanitario, desaparición forzada, secuestro extorsivo, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de migrantes, trata de personas, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, extorsión, concierto para delinquir agravado, lavado de activos, terrorismo, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes.
En cuanto a la caución: Deberá prestar caución que respalde el cumplimiento de sus obligaciones (informar cambio de residencia, buena conducta y reparar los daños, comparecer ante la autoridad que lo vigila, permitir la entrada a su residencia de quienes vigilan,)	En cuanto a la caución: Deberá prestar caución que respalde el cumplimiento de sus obligaciones que constarán en acta de compromiso (buena conducta, no incurrir en delito o contravención, respetar restricciones de locomoción, comparecer ante la autoridad que lo vigila).
En cuanto a la conducta: Observar buen desempeño laboral, personal, familiar.	En cuanto a la conducta: Observar buen desempeño laboral, personal y familiar y no haber sido condenado(a) dentro de los 5 años anteriores.
En cuanto al incumplimiento de las obligaciones: De haber incumplimiento se hará efectiva la pena de prisión.	En cuanto al incumplimiento de las obligaciones: De haber incumplimiento se revocará la medida sustitutiva.
En cuanto al pago de la multa: No exige el pago de la multa para acceder al mecanismo.	En cuanto al pago de la multa: Exige que se realice el pago total de la multa.
En cuanto a quien adopta el mecanismo: El Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.	En cuanto a quien adopta el mecanismo: El Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

13.- A partir de lo anterior se puede afirmar entonces que son subrogados diferentes en la medida en que para uno y otro la ley estableció requisitos distintos. Si bien algunos requisitos son similares, no lo son en cuanto

al tipo de delito, años de condena y pago de la multa. Para el objeto de debate de la presente sentencia interesa determinar las consecuencias de dichas diferencias en relación, justamente, con la exigencia del pago de la multa. Éstas son:

• Existe un grupo de condenados[18] a quienes se les ha otorgado prisión domiciliaria, pueden cumplir la pena de prisión fuera del establecimiento penitenciario y no necesariamente están sometidos a la vigilancia electrónica. La adopción de dicho modo de monitoreo o vigilancia de la ejecución de la prisión domiciliaria dependerá del INPEC. Por supuesto este grupo debe cumplir con los requisitos del artículo 38 del Código Penal, es decir aquellos requisitos para acceder a la prisión domiciliaria, por lo cual no deben pagar multa pues la ley no lo exige. Cuando el INPEC decide controlar el cumplimiento de la prisión domiciliaria mediante monitoreo electrónico no exige los requisitos del artículo 38A del Código Penal, es decir aquellos requisitos para acceder al sistema de vigilancia electrónica, incluido el pago de la multa. Esto en razón a que un juez previamente ha analizado el cumplimiento de los requisitos para el otorgamiento de la presión domiciliaria, y el sistema de vigilancia electrónica funge como una medida administrativa para verificar el cumplimiento del subrogado de la casa por cárcel (prisión domiciliaria).

• Existe un grupo de condenados a quienes se les otorga el subrogado de la vigilancia electrónica, pueden cumplir la pena de prisión fuera del establecimiento penitenciario y están monitoreados por alguno de los sistemas de vigilancia. El otorgamiento de este subrogado depende del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. Por supuesto este grupo debe cumplir con los requisitos del artículo 38A del Código Penal, es decir aquellos requisitos para acceder al sistema de vigilancia electrónica, incluida la multa.

18 *En estas conclusiones la Corte considera que no debe incluir al grupo de sindicados a quienes se les da la posibilidad de estar por fuera del establecimiento penitenciario pese a ser sujetos de la medida de detención preventiva, quienes - según se vio- también pueden ser monitoreados mediante mecanismos de vigilancia electrónica. Y no se incluyen –se insiste- porque la Sala pretende concentrar estas conclusiones en los aspectos relativos a la exigencia de la multa, por lo que es claro que no existe condena de multa en los casos de los sindicados con medida de detención preventiva a quienes se les pretende monitorear mediante la vigilancia electrónica, pues el proceso está en curso.*

Conclusiones preliminares sobre la prisión domiciliaria y la vigilancia electrónica, en cuanto a la exigencia del pago de la multa.
14.- Para el caso objeto de análisis, de todo lo expuesto hasta ahora se debe concluir que la hipótesis que interesa Corte, es aquella en que un condenado pretende acceder al mecanismo de vigilancia electrónica como subrogado independiente, y no cumple con los requisitos de la prisión domiciliaria (art. 38 C. Penal), por lo cual se le exige el pago de la multa. Es en este caso en que la exigencia de la multa en cuestión resulta relacionada de manera directa con la posibilidad de acceso a la posibilidad de cumplimiento de la pena de prisión fuera del establecimiento carcelario.

Ahora bien, la hipótesis en que el condenado cumple con los requisitos para beneficiarse del subrogado de la prisión domiciliaria, y se le pretenda monitorear con los mecanismos de vigilancia electrónica, no resulta constitucionalmente relevante para el estudio del cargo de inconstitucionalidad, por cuanto como se vio en este caso no se exige el pago de la multa, y porque ello supone que el condenado ya goza del beneficio de la prisión domiciliaria, es decir se encuentra purgando la pena de prisión fuera de la cárcel.

En este orden, respecto de quienes pretenden acceder a la vigilancia electrónica como subrogado independiente, porque no cumplen con los requisitos de la prisión domiciliaria, sigue siendo relevante el planteamiento del cargo, porque es frente a ellos que se puede afirmar que la imposibilidad de purgar la pena de prisión fuera de la cárcel, puede depender en últimas de su condición económica. A partir de esta aclaración se desarrollarán las siguientes líneas jurisprudenciales.

C.- Líneas jurisprudenciales sobre el sentido y alcance de la multa como sanción penal y como requisito para los subrogados de la pena de prisión

15.- De la conclusión preliminar que se acaba de consignar, surge la necesidad de distinguir la función y alcance de la multa como sanción penal en sus distintas modalidades y ámbitos. En primer lugar, la naturaleza de la multa en materia penal se refiere a una sanción cuya materializa-

ción es en dinero, y cuya estructuración es que el Estado impone su pago al ciudadano cuando éste ha sido declarado penalmente responsable; por ello en principio esta sanción no atiende a la capacidad económica del condenado y tampoco puede ser interpretada como una deuda en términos de las obligaciones civiles en donde subyace la voluntad de las partes y la celebración de un negocio jurídico. En segundo lugar, del texto del artículo 39 del Código Penal se desprenden dos tipos de multa con alcances diferentes: la multa como acompañante de la pena de prisión y la multa como pena principal, descrita por la norma referida como aquella a la que hace mención el respectivo tipo penal y denominada como modalidad progresiva de unidad de multa. En tercer lugar, en cuanto al respeto del principio de igualdad constitucional (art. 13 C-N) cuando la multa obra como requisito para acceder a subrogados, la jurisprudencia constitucional sólo se ha pronunciado sobre algunos de los posibles alcances según las distintas modalidades de multa existentes.

A continuación se desarrollarán los tres puntos anteriores.

Sentido y alcance de la multa como sanción penal

16.- Sobre el primer aspecto, se ha sostenido que "*la multa es una manifestación de la potestad punitiva del Estado que refleja el monopolio del poder coercitivo y el reproche social de la conducta de quien quebranta el orden público.*"[19] La Corte ha dicho que la multa "*constituye, por regla general, una sanción pecuniaria impuesta al particular como consecuencia de una conducta punible o por el incumplimiento de un deber y, como toda sanción, sus elementos esenciales deben estar determinados en una ley previa a la comisión del hecho de que se trate, incluyendo la cuantía y el respectivo reajuste*"[20], por lo cual la competencia para definir sus elementos estructurales, las condiciones para su imposición y la cuantía es del Estado.

El sentido de su aplicación se da con el fin de "*forzar, ante la intimidación de su aplicación, al infractor a fin de que no vuelva a desobedecer las determinaciones legales*"[21]. Y, como su carácter es pecuniario, se convierte en un verdadero

19 *C-194 de 2005*

20 *C-390 de 2002*

21 *{Cita de la sentencia C-194 de 2005} Bandeira de Mello, Oswaldo A. Principios Gerais de Directo Administrativo, Vol II, Río 1974, P. 502*

crédito a favor del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia ha aclarado insistentemente que *"el origen de la multa es el comportamiento delictual del individuo, no su capacidad transaccional, y su finalidad no es el enriquecimiento del erario, sino la represión de la conducta socialmente reprochable."*[22] Tampoco tiene el alcance de una carga pecuniaria de naturaleza resarcitoria que persiga reparar el daño provocado por el delito.

Tan particular es la consagración de la multa como sanción penal que "*no es apta de modificarse o extinguirse por muchas de las formas en que lo hacen los créditos civiles, {luego} no es susceptible de conciliación, no puede compensarse y, mucho menos, puede extinguirse mediante el fenómeno de la confusión, {tampoco} está en poder del sujeto pasivo la transacción del monto de la misma o la posibilidad de negociar su imposición, así como no podría éste -pese a una eventual aquiescencia del Estado- ceder su crédito a un particular distinto, pues la finalidad de la multa es la de castigar al infractor de la ley.*"[23]

En conclusión, las multas en materia penal, tienen el único fin de constituirse como sanciones, y se originan en la configuración de una conducta penal; no responden a criterios transaccionales, ni obligacionales, ni contractuales, por lo cual su exigencia se despliega en el ámbito del cumplimiento de una pena. Incluso, en tan diferente la obligación consistente en pagar una multa como sanción penal de las obligaciones contractuales civiles y comerciales, que nuestra legislación permite en algunos casos convertir las multas penales en arresto, en casos de incumplimiento en su pago, sin que ello signifique la transgresión del principio constitucional que prohíbe arresto por deudas[24].

---

22 *C-194 de 2005*

23 *Ibídem.*

24 *Al respecto la sentencia C-194 de 2005: "Así lo reconoció, por ejemplo, en la Sentencia C-628 de 1996, cuando declaró exequible el artículo 49 del Código Penal de 1980 –Decreto Ley 100 de 1980- que consagraba la conversión de la multa en arresto cuando el condenado se hubiere abstenido de pagarla. Tal como se desprende de la cita que a continuación se transcribe, a juicio de la Corte, el no pago de la multa no constituye incumplimiento de una obligación contractual -o, se agregaría, de una obligación civil extracontractual-, por lo que dicha circunstancia no se considera cobijada por la prohibición del artículo 28 superior:*

<Al respecto es preciso advertir que cuando la Constitución prohíbe en el artículo 28 la detención, prisión o arresto por deudas, se refiere concreta y particularmente a aquellas originadas en relaciones de origen civil, sin que en estas medien situaciones o hechos punibles. En el caso del precepto acusado, se reitera, la multa se impone -y se convierte en arresto- no por el incumplimiento de obligaciones contractuales que es lo que prohíbe la norma superior, sino en razón del resarcimiento por la lesión que se haya

Clases de multa

17.- Sobre el segundo aspecto, se debe comenzar por afirmar que según el artículo 35 del Código Penal[25], la multa es una sanción de categoría principal que consiste en la imposición de una carga pecuniaria al responsable del delito. En otros términos, es la imposición de una erogación dineraria al responsable del delito, a favor del tesoro público. De otro lado, según el numeral 1º del artículo 39 del mismo Código Penal, la multa no sólo puede aparecer como única pena principal, sino como pena acompañante de la pena de prisión[26].

---

inferido al orden social al no cumplirse con la pena principal impuesta -la multa-.

Así mismo, el artículo 35 de la ley 599 de 2000 consagra la multa como pena principal, lo cual según ya se ha explicado a lo largo de estas consideraciones no contraría la Constitución, pues se encuentra dentro de la autonomía del legislador decidir la clase de sanción a imponer y el monto de la misma, salvo obviamente, que se trate de penas prohibidas por la Constitución. Adicionalmente, debe agregar la Corte que la sustitución de penas privativas de la libertad por multas, en lugar de infringir el ordenamiento supremo se adecua a él, pues es ésta una forma de garantizar caros principios constitucionales como el de la libertad e inmunidad personales (artículo 28 C.N.), así como de los derechos consagrados en el artículo 29 superior. (Sentencia C-628 de 1996 M.P. Hernando Herrera Vergara)>

Previamente, al revisar la exequibilidad del artículo 68 del Decreto 2737 de 1989, que consagraba la conversión de la multa en arresto en caso de incumplimiento de obligaciones paterno filiales, la Corte había sentado su posición al respecto y había dicho que la finalidad de dicha conversión era garantizar la efectiva imposición de la sanción por la conducta punible, conducta que podría quedar impune si el Estado no pudiera hacer efectivo el castigo contenido en la multa. Dijo a este respecto la Corte:

<27. La Constitución prohíbe el arresto por deudas (CP art. 28). La sanción pecuniaria que se convierte en arresto no tiene el carácter de deuda. La fuente de la sanción pecuniaria, convertible en arresto, se vincula al poder punitivo y correctivo del Estado, que persigue no el enriquecimiento del erario sino el control y regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y la preservación de intereses superiores que se consideran merecedores de tutela. La naturaleza de la sanción pecuniaria, de otra parte, es puramente represiva y, precisamente, esa finalidad es la que asume el arresto cuando se muestra incapaz de servir ese cometido.

28. Si la pena pecuniaria no se cancela y la misma no se muta en arresto, puede perder eficacia disuasiva la sanción. El juicio de reprochabilidad de una específica conducta, corre el riesgo de tornarse en pauta no obligatoria de conducta si a la conducta desviada y a la elusión de su respectiva sanción no sigue consecuencia adversa alguna. No merece glosa constitucional que el legislador busque asegurar, mediante el arresto sustitutivo, la efectividad de su propio mandato sancionatorio> (negrillas y subrayas fuera de texto). (Sentencia C-041 de 1994, MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)"

25 CÓDIGO PENAL. Artículo 35. PENAS PRINCIPALES. Son penas principales la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial.

26 CÓDIGO PENAL. Artículo 39. LA MULTA. La pena de multa se sujetará a las siguientes reglas.

1. Clases de multa. La multa puede aparecer como acompañante de la pena de prisión, y en tal caso, cada tipo penal consagrará su monto, que nunca será superior a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Igualmente puede aparecer en la modalidad progresiva de unidad multa, caso en el cual el respectivo tipo penal sólo hará mención a ella.

Esto quiere decir que existen dos clases de multas: aquella que se impone como acompañante a la pena de prisión, y aquella que se impone como única sanción principal al declararse la responsabilidad penal, y que el artículo 39 del Código Penal denomina modalidad progresiva de unidad de multa. Cuando la multa aparece como pena acompañante de la de prisión, cada tipo penal consagrará su monto que no podrá ser superior a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes[27].

---

27 CODIGO PENAL: ARTICULO 39. LA MULTA. La pena de multa se sujetará a las siguientes reglas.

1. Clases de multa. La multa puede aparecer como acompañante de la pena de prisión, y en tal caso, cada tipo penal consagrará su monto, que nunca será superior a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Igualmente puede aparecer en la modalidad progresiva de unidad multa, caso en el cual el respectivo tipo penal sólo hará mención a ella.

2. Unidad multa. La unidad multa será de:

1) Primer grado. Una unidad multa equivale a un (1) salario mínimo legal mensual. La multa oscilará entre una y diez (10) unidades multa.

En el primer grado estarán ubicados quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2) Segundo grado. Una unidad multa equivale a diez (10) salarios mínimos legales mensuales. La multa oscilará entre una y diez (10) unidades multa.

En el segundo grado estarán ubicados quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, superiores a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes y hasta cincuenta (50).

3) Tercer grado. Una unidad multa equivale a cien (100) salarios mínimos legales mensuales. La multa oscilará entre una y diez (10) unidades multa.

En el tercer grado estarán ubicados quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, superiores a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3. Determinación. La cuantía de la multa será fijada en forma motivada por el Juez teniendo en cuenta el daño causado con la infracción, la intensidad de la culpabilidad, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, la situación económica del condenado deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares, y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar.

4. Acumulación. En caso de concurso de conductas punibles o acumulación de penas, las multas correspondientes a cada una de las infracciones se sumarán, pero el total no podrá exceder del máximo fijado en este Artículo para cada clase de multa.

5. Pago. La unidad multa deberá pagarse de manera íntegra e inmediata una vez que la respectiva sentencia haya quedado en firme, a menos que se acuda a alguno de los mecanismos sustitutivos que a continuación se contemplan.

6. Amortización a plazos. Al imponer la multa, o posteriormente, podrá el Juez, previa demostración por parte del penado de su incapacidad material para sufragar la pena en un único e inmediato acto, señalar plazos para el pago, o autorizarlo por cuotas dentro de un término no superior a dos (2) años. La multa podrá fraccionarse en cuotas cuyo número no podrá exceder de veinticuatro (24), con períodos de pago no inferiores a un mes.

7. Amortización mediante trabajo. Acreditada la imposibilidad de pago podrá también el Juez autorizar, previa conformidad del penado, la amortización total o parcial de la multa mediante trabajos no remunerados en asunto de inequívoca naturaleza e interés estatal o social.

Una unidad multa equivale a quince (15) días de trabajo.

Los trabajos le obligan a prestar su contribución no remunerada en determinadas actividades de utilidad pública o social.

Ahora bien, cuando la multa aparece como única pena principal, el artículo 39 referido en su numeral segundo establece que la unidad de multa puede ser de primero a tercer grado, y se calcula –por salarios mínimos- según el promedio de ingresos percibidos en el último año por el condenado. De este modo, la unidad de multa de primer grado equivale a un salario mínimo legal mensual, va hasta los diez salarios mínimos legales mensuales y se impone a personas con ingreso promedio percibido en el último año inferior a diez salarios mínimos legales mensuales vigentes. De allí en adelante, las unidades de multa son mayores y se imponen –como es obvio- a individuos con ingresos superiores.

A su turno, el numeral 3º del mismo artículo 39 indica igualmente, sin hacer referencia a cuál de las dos clases de multa por lo cual habría de entenderse que se refiere a ambas, que la graduación de la multa se hará de manera motivada teniendo en cuenta "*el daño causado con la infracción, la intensidad de la culpabilidad, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, la situación económica del condenado deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares, y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar*".

En el numeral 5º (art. 39 Código Penal) se dispone que la multa, solo referida a la unidad de multa sea decir cuando ésta es la única pena principal, debe pagarse de manera íntegra e inmediata. Pero, las circunstancias personales del condenado pueden hacer que la Administración

---

Estos trabajos no podrán imponerse sin el consentimiento del penado y su ejecución se ceñirá a las siguientes condiciones:

1) Su duración diaria no podrá exceder de ocho (8) horas.

2) Se preservará en su ejecución la dignidad del penado.

3) Se podrán prestar a la Administración, a entidades públicas, o asociaciones de interés social. Para facilitar su prestación la Administración podrá establecer convenios con entidades que desarrollen objetivos de claro interés social o comunitario. Se preferirá el trabajo a realizar en establecimientos penitenciarios.

4) Su ejecución se desarrollará bajo el control del juez o tribunal sentenciador, o del juez de ejecución de penas en su caso, despachos que para el efecto podrán requerir informes sobre el desempeño del trabajo a la administración o a la entidad o asociación en que se presten los servicios.

5) Gozará de la protección dispensada a los sentenciados por la legislación penitenciaria en materia de seguridad social.

6) Su prestación no se podrá supeditar al logro de intereses económicos.

Las disposiciones de la Ley Penitenciaria se aplicarán supletoriamente en lo no previsto en este Código.

En los eventos donde se admita la amortización de la multa por los sistemas de plazos o trabajo, el condenado suscribirá acta de compromiso donde se detallen las condiciones impuestas por el Juez.

de Justicia permita la amortización del pago mediante los plazos señalados en el numeral 6º del artículo o mediante trabajo de *"inequívoca naturaleza e interés estatal o social"*.

18.- De conformidad con lo anterior podría concluirse preliminarmente que las dos clases de multa reguladas en nuestra legislación penal (multa como pena acompañante de la prisión y multa como única pena principal) son diferentes y tienen por ello alcances distintos. Veamos. La prerrogativa genérica del numeral 3º del artículo 39 del Código Penal según la cual la graduación de la multa se hará de manera motivada atendiendo la relación entre el daño causado y la infracción, la intensidad de la culpabilidad, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, la situación económica del condenado deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares, y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar, se aplica tanto a la fijación de la multa como pena acompañante de la prisión y cuando ésta obra como única pena principal.

Sin embargo, en el caso de las prerrogativas consistentes en utilizar la tabla del numeral 2º (art. 39 C. Penal) para calcular su monto de acuerdo a los ingresos del condenado, así como las posibilidades de amortizar su cancelación mediante pagos a plazos o mediante trabajo, la norma se refiere únicamente al caso de la multa como única pena principal, es decir a las unidades de multa, y no a la misma como pena acompañante de la de prisión.

Con todo, tal como lo hace notar el Defensor del Pueblo, a partir de una interpretación sistemática del artículo 39 citado (C. Penal) y el artículo 41 del mismo Código, se concluye que la amortización por pagos a plazos resulta aplicable también a la modalidad de multa como pena acompañante de la de prisión. Esto, en tanto dicho artículo 41 al disponer el traslado a los jueces de ejecuciones fiscales para efectos de desplegar el procedimiento de ejecución coactiva de la multa, utiliza la siguiente expresión: "*cuando la pena de multa concurra con una privativa de la libertad y el penado se sustrajere a su cancelación integral o a plazos*". Como quiera que el legislador sólo pudiera incluir la frase transcrita si creyera viable que en la modalidad de multa como pena acompañante de la de prisión también

es posible la amortización a plazos para su cancelación, entonces para la Corte no puede ser otra su interpretación. Mucho más, bajo la consideración del principio *pro homine*, que en el presente caso no es más que la aplicación de una facilidad de pago, cuyo sentido es atender situaciones especiales en las que los condenados carezcan de recursos económicos; tal como lo hace ver – se insiste- el Defensor del Pueblo.

19.- De otro lado, se debe concluir también que la prerrogativa genérica de graduar el monto de la multa en atención a la situación particular económica del condenado (núm. 2º art 39 C. Penal), si bien se debe entender aplicable a los dos tipos de multa (como pena acompañante de la de prisión y como única pena principal) en tanto la norma no hace distinción alguna, no es menos cierto que según se aplique a uno u otro tipo su alcance es distinto.

En efecto, cuando se trata de unidades de multa, es decir cuando la multa aparece como única pena principal, la consideración de la situación económica particular del condenado (núm. 3º art 39 C. Penal) para graduar su monto de acuerdo a la tabla de equivalencias de las unidades de multa (núm. 2º art 39 C. Penal) permite atender de mejor manera la condición individual del condenado. Esto en tanto el juez efectivamente tiene la competencia de imponer, como límite mínimo, una unidad de multa que equivale a un (1) salario mínimo legal mensual vigente. El cual a su vez, no sólo puede pagarse a plazos sino que además puede amortizarse mediante trabajo, en consideración a que el numeral 6º del artículo 39 del Código Penal dispone que "*una unidad de multa equivale a quince (15) días de trabajo*".

Mientras que en el caso de la multa como pena acompañante de la pena de prisión, el mínimo límite de la multa lo establece el respectivo tipo penal; además de que dichos mínimos oscilan mayormente entre 5 y 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes[28]. Ello quiere decir que en

28 *Para mayor ilustración, la Corte encontró al revisar el Libro II del Código Penal Colombiano, que pocos tipos penales contemplan una pena de multa como pena acompañante de la de prisión en un monto inferior a los cinco (5) S.M.L.M.V.; estos son: maltrato mediante restricción a la libertad física (art.230), malversación y dilapidación de bienes de familiares (art. 236), falsedad marcaria (art. 285), falsa denuncia (art.435), falsa denuncia contra persona determinada (art. 436) y falsa autoacusación (art. 437). Otros tipos penales contemplan como pena accesoria una multa de cinco*

estos casos el juez no tiene la misma posibilidad de atender realmente la situación particular del condenado pues la norma le impone un mínimo que debe respetar. Si un tipo penal establece que la multa acompañante de la pena privativa de la libertad se establece entre 15 y 100 salarios mínimos, el Juez se verá siempre compelido a imponer una multa equivalente a 15 o más salarios mínimos, así el análisis de la situación económica del condenado arroje como resultado que éste sólo podría pagar un (1) salario de multa.

Además, en principio, esta clase de multa no es amortizable mediante trabajo en todos los casos de manera razonable. Esto, según el texto mismo del artículo 39 del C. Penal, y según el diseño mismo de la multa cuando se cuenta en salarios mínimos (como pena acompañante de la de prisión); pues la legislación carece de las equivalencias respectivas. Contrario sensu, en el caso de la multa como unidades progresivas de multa (multa como única pena principal), la norma (núm. 6º art. 39 del Código Penal) establece, como se dijo, que una unidad de multa equivale según el grado a un número determinado de salarios mínimos y así, cada unidad de multa equivale a quince (15) días de trabajo[29].

(5) salarios S.M.L.M.V. como mínimo, estos son: incapacidad para trabajar o enfermedad derivada de lesiones personales (art. 112), perturbación de la posesión sobre inmueble (art. 264) y daño en bien ajeno (art.265). A su vez, se observa que el tipo de estafa (art.246) establece multa de hasta diez (10) S.M.L.M.V. De un monto de diez (10) S.M.M.L.V. como mínimo, se encuentran los tipos de alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado (art.243), deformidad derivada de lesiones personales (art.113) y perturbación funcional derivada de lesiones personales (art. 114). Con multas de veinte (20) o más SM.L.M.V., se hallan los tipos de deformidad derivada de las lesiones personales en presencia de algunos agravantes (art.113), perturbación funcional derivada de las lesiones personales en presencia de algunos agravantes (art. 114), la perturbación psíquica (art. 115), inasistencia alimentaria contra menor (art. 233) y homicidio culposo (art.109), entre otros.

29 *CÓDIGO PENAL. ARTÍCULO 39 (…)*

2. Unidad multa. La unidad multa será de:

1) Primer grado. Una unidad multa equivale a un (1) salario mínimo legal mensual. La multa oscilará entre una y diez (10) unidades multa.

En el primer grado estarán ubicados quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2) Segundo grado. Una unidad multa equivale a diez (10) salarios mínimos legales mensuales. La multa oscilará entre una y diez (10) unidades multa.

En el segundo grado estarán ubicados quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, superiores a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes y hasta cincuenta (50).

3) Tercer grado. Una unidad multa equivale a cien (100) salarios mínimos legales mensuales. La multa oscilará entre una y diez (10) unidades multa.

En el tercer grado estarán ubicados quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, superiores a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Conclusiones preliminares sobre las clases de multa y su alcance.

20.- De lo expuesto en este acápite se pueden extraer las siguientes premisas:

• Existen dos clases de multas que funcionan de manera distinta en los momentos de su graduación y de las prerrogativas para su cancelación:

o Si la multa aparece como única pena principal su graduación se hace de acuerdo a la tabla de unidades de multa que permite al juez que la impone, condenar al pago de mínimo un (1) salario mínimo es decir una unidad de multa, que además de poder pagarse a plazos puede amortizarse mediante trabajo, y una unidad de multa (que según el grado puede equivaler a varios salarios mínimos) equivale a quince (15) días de trabajo.

o Si la multa aparece como acompañante de la pena de prisión su graduación sólo permite al juez condenar al pago de un mínimo de salarios contemplado en la misma norma que describe el delito. Y estos mínimos oscilan entre 5 y 20 S.M.L.M.V los más bajos, luego el Juez no puede atender realmente la situación económica del condenado; y pese a que puede pagarse a plazos, la ley no regula la amortización por trabajo y no existen equivalencias determinadas por el legislador para convertir los salarios mínimos en días de trabajo.

• El tipo de multa que interesa en el presente caso es aquella que aparece como acompañante de la pena de prisión, pues el análisis se centra en la incidencia de su exigencia en el principio de igualdad (art 13 C.N), cuando obra como requisito para el acceso a subrogados del cumplimiento de la pena de prisión. Entonces las limitaciones tanto a la graduación del monto como a la aplicación de las prerrogativas para su pago son relevantes para el estudio de la acusación de discriminación planteada en el cargo de inconstitucionalidad.

Alcance de la jurisprudencia constitucional sobre la exigencia de la multa para acceder a subrogados penales.
21.- A partir de lo aclarado anteriormente, la Sala encuentra que la jurisprudencia de la Corte a este respecto, se ha referido de manera general a la regulación de la multa en materia penal, sin analizar la distinción que se acaba de presentar entre multa como pena acompañante de la pena de prisión y multa como única pena principal. Distinción que, como se demostró, sugiere alcances diferentes según se trate de una u otra clase de multa.

22.- En este orden, cuando la Corte Constitucional asumió el estudio de constitucionalidad del artículo 64 del Código Penal (en sentencia C-194 de 2005), en el aparte en que la disposición exige el pago de la multa como requisito para que un condenado acceda a la libertad condicional, utilizó dos argumentos principales para declarar su exequibilidad: (i) el carácter de multa es sancionatorio y se origina en la configuración de una conducta penal, luego no responde a criterios transaccionales, obligacionales, ni contractuales, por lo cual su exigencia debe entenderse en el ámbito del cumplimiento de una pena, y no con la vocación de discriminar a personas de bajos recursos económicos. Y (ii) la regulación legal de la multa en materia penal brinda alternativas para el cumplimiento de su pago, que pretenden atender la realidad social y económica de quienes se encuentran condenados penalmente, con lo cual no se encuentran discriminados los condenados de bajos recursos económicos. Sostuvo *in extenso* la Corte en la C-194 de 2005, lo siguiente:

> *"De la descripción de las normas citadas (arts. 39 y 40 C.P) es posible concluir, en primer lugar, que el Estado ha dispuesto mecanismos adecuados y pertinentes para calcular el monto de la multa de conformidad con la condición económica y personal del condenado. En segundo término, la Corte concluye que cuando la capacidad económica del condenado es mínima o inexistente, el sistema jurídico ofrece una alternativa económica, consistente en la posibilidad de prorrogar el pago mientras el obligado encuentra los medios para cancelarla, y una alternativa no económica, que consiste en la posibilidad de conmutar la obligación de dar por una obligación de hacer, consistente en el desarrollo de actividades de naturaleza e interés sociales.*

Lo anterior implica que la capacidad o incapacidad de pago del individuo no es irrelevante –por el contrario, es indispensable- para determinar el monto de la multa, así como su forma de pago e, incluso, la posibilidad de amortizarla mediante trabajo o, en casos extremos, de convertirla en arresto de fin de semana. Lo anterior también significa que el procedimiento de tasación de la multa no es irreflexivo, sino que, por el contrario, requiere de una justificación suficiente que explique las razones por las cuales, teniendo en cuenta las condiciones del procesado, se impone una suma determinada de dinero y no otra.

Es más, como garantía de los derechos del condenado y respeto por el principio de seguridad jurídica, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad no puede modificar la modalidad del pago de la multa ni tasar en suma distinta el monto que haya definido el juez de conocimiento. Ello permite asegurar que, incluso en la etapa siguiente al cumplimiento de la condena, el sancionado tiene la seguridad de que sólo está obligado a cumplir, en las condiciones en que se lo establece la sentencia condenatoria, la multa que le ha impuesto el juez de conocimiento.

De lo anterior, la Corte no encuentra que el establecimiento de un monto mínimo de la multa, señalado en un salario mínimo legal mensual vigente, sea discriminatorio, es decir, afecte el principio de igualdad del artículo 13 constitucional, de la misma forma que el monto mínimo de la caución prendaria lo hacía, según el artículo 369 de la ley 600 de 2000, y de acuerdo con la declaratoria de inexequibilidad de la Corte, adoptada mediante Sentencia C-316 de 2002.

En efecto, en la Sentencia C-316/02, la Corte Constitucional declaró inexequible el monto mínimo de la caución prendaria por considerar que el mismo desconocía la realidad socioeconómica del país, pues una amplia franja de la población colombiana carecía de recursos para sufragar un monto inferior a un salario mínimo legal mensual como requisito para suscribir la caución. En aquella ocasión, la Corte declaró inexequible la norma porque el sistema jurídico no ofrecía una alternativa no económica frente a la imposibilidad de pagar el monto mínimo de la caución prendaria.

<La pregunta obvia que sigue a esta reflexión es, entonces, ¿por qué si se consulta la capacidad económica de quienes pueden pagar desde uno a mil salarios mínimos legales mensuales, no se hace lo propio con quienes sólo pueden sufragar una cantidad menor? La forma en que ha sido planteado este interrogante deja al descubierto la desigualdad que subyace a la norma. A través suyo se llega a la paradoja de que para los más necesitados no se aplica el principio de la proporcionalidad y de que por esa vía, además, se desconoce también su derecho a la libertad personal, pues, como quedó establecido en la primera parte de la providencia, la ausencia de una alternativa no económica, como en el régimen anterior lo era la caución juratoria, hace imposible conservar en condiciones de igualdad los derechos procesales de los menos favorecidos.> (Sentencia C-316 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

No obstante, en el caso de la multa -que ahora estudia la Corte- el sistema jurídico sí ofrece alternativas no económicas para quienes no tienen la posibilidad de pagar el monto mínimo de la sanción, razón por la cual la Corte estima que las expresiones que condicionan la concesión de los subrogados penales al pago total de la multa no desconocen esa realidad económica social con fundamento en la cual se declaró inexequible el monto mínimo de la caución prendaria.

Así las cosas, acudiendo a las conclusiones previas, esta Sala responde los dos primeros cargos de la demanda. El demandante dice que se vulnera el principio constitucional de igualdad porque para conceder el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el legislador exige al condenado el pago total de la multa. Igualmente, dice que se desconoce dicho principio cuando se exige el pago total de la multa al condenado que solicita el reconocimiento de la libertad condicional.

La razón de ser de su oposición reside, no propiamente en que se exija el pago de la multa para acceder a dichos beneficios, sino que quienes no tienen capacidad económica para pagarla se encuentran en condiciones de inequidad frente a quienes sí pueden hacerlo y, por tanto, pueden disfrutar de los mencionados subrogados penales.

No obstante, el planteamiento del argumento del demandante demuestra a las claras que el actor desconoce el contenido de la normatividad que regula el método de imposición de la multa y los mecanismos dispuestos para facilitar el pago. En efecto, las previsiones citadas del Código Penal demuestran que la imposición de la multa, el monto de la misma y las alternativas ofrecidas al condenado para el pago hacen parte de un esquema de sanción proporcional que consulta la realidad fáctica del individuo e incluye, como factor determinante, su capacidad económica.

Por lo anterior, no resulta válido el argumento que presupone que quienes están en condiciones de solicitar el reconocimiento de un subrogado penal se encuentran en las mismas condiciones ante la imposición del pago de la multa, pues la ley ha previsto que el monto de la misma debe estar acorde con la capacidad de pago del individuo, lo cual descarta que exista un tratamiento igualitario para situaciones fácticas disímiles. Así entonces, el cargo por violación del artículo 13 constitucional, que el demandante formuló en contra del artículo 4º de la Ley 890 de 2004 y de la expresión "En todo caso su concesión estará supeditada al pago total de la multa" del artículo 5º de la misma ley, carece por completo de fundamento, pues la Ley sí dispensa un trato diferenciado para situaciones que realmente lo merecen, por lo que la norma no encarna discriminación alguna."

23.- Como se advirtió, los criterios jurisprudenciales anteriores no consideraron las limitaciones que tiene la graduación del monto de la multa y la aplicación de las prerrogativas para su pago, en el caso de la multa como pena acompañante de la privación de la libertad, pues no consideran los distintos alcances que estos aspectos presentan en este tipo de multa. Como quiera que en el análisis de la exigencia del pago de la multa como requisito para sustitutos de la pena de privación de la libertad, la clase de multa que aparece es justamente la que obra como acompañante de la pena de prisión, entonces lo desarrollado por la jurisprudencia en este aspecto resulta insuficiente y no es en estricto sentido aplicable al presente caso.

Con todo, podría afirmarse que el criterio (i) de la jurisprudencia constitucional a este respecto, aquel que considera que el carácter sancionatorio de la multa soporta su imposición en la configuración de responsabi-

lidad penal, luego no atiende en principio a criterios de capacidad económica del condenado, sí puede aplicarse al presente caso pues se basa en la comprensión de la naturaleza de la multa y no en la distinción entre clases de multa.

Lo anterior, a juicio de esta Sala, no es acertado al menos por tres razones: a) no es cierto que de la naturaleza sancionatoria de la multa, se deriva la obligación de hacer abstracción de la consideración de la situación económica particular del condenado en el evento de la exigencia de su cobro; pues la misma regulación legal de la multa en materia penal ha dispuesto que la graduación de su monto debe hacerse previo análisis de la condición subjetiva del condenado, en cuanto a su capacidad económica. b) El análisis se concentra en la exigencia del pago de la multa como requisito para acceder a un mecanismo sustituto de la prisión, y no en justificar la exención de su pago o la inconstitucionalidad de su imposición. Por supuesto el carácter de la multa en materia penal es sancionatorio y se representa en una obligación dineraria que no tiene nada ver con la forma en que los ciudadanos se obligan mediante la celebración de negocios jurídicos; y esto implica un entendimiento particular de su origen como obligación pecuniaria, en el sentido en el que no puede simplemente tacharse al juez penal que la imponga como un funcionario injusto o inequitativo. Pero, esto no se relaciona con el hecho de cuestionar su exigencia para acceder a un mecanismo sustituto de la pena privativa de la libertad; pues dicho cuestionamiento no implica encontrar razones para que no se impongan multas y mucho menos para que se dejen de cancelar, sino sólo para determinar la constitucionalidad de su exigencia para acceder a beneficios. c) La premisa que alude a la naturaleza de la multa como sanción penal, fue desarrollada por la jurisprudencia constitucional, en aras de demostrar principalmente que la multa no puede ser considerada una deuda, para poder concluir que si un condenado permanece privado de la libertad porque no la cancela, entonces ello no significa que se vulnera el principio constitucional de prohibición de imponer penas de cárcel por deudas (art. 28 C.N).

Se ratifica así la conclusión consignada anteriormente por la Sala, en el sentido que la jurisprudencia a este respecto desarrollada por esta Corte no resulta en estricto sentido aplicable al presente debate, en tanto resulta

insuficiente de conformidad con los elementos que sobre el tema de la multa en materia penal se han encontrado, y no fueron considerados en los precedentes.

24.- Ahora bien, el criterio jurisprudencial que se acaba de someter a escrutinio fue reiterado por la Corte en varias oportunidades. Mediante sentencia C-665 de 2005, se analizó bajo el mismo cargo (entre otros) de configurar una exigencia discriminatoria para los condenados penalmente de bajos recursos económicos, el requisito de pagar la multa para acceder a la libertad condicional y a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, dispuestos en los artículos 471 y 474 de la Ley 906 de 2004. Se aseveró en la sentencia C-665 de 2005:

> *"3.1. Es preciso señalar que esta Corporación se pronunció recientemente sobre unas disposiciones contenidas en el Código Penal que tienen el mismo contenido que el de las expresiones actualmente objeto de estudio. En efecto, en la sentencia C-194 de 2005 la Corte declaró la exequibilidad de las frases "Su concesión estará supeditada al pago total de la multa" y "En todo caso su concesión estará supeditada al pago total de la multa" contenidas en los artículos 4º y 5º de la Ley 890 de 2004. Dichas normas establecen que la concesión de los subrogados penales de suspensión condicional de ejecución de la pena y de libertad condicional está supeditada al pago de la multa.*
>
> *Las normas ahora demandadas, aunque incluidas en un cuerpo normativo diferente, el Código de Procedimiento Penal, y con una redacción distinta, son expresión del mismo contenido normativo. En efecto, mientras que en la sentencia C-194 de 2005 se demandaron las frases que supeditaban la concesión de los subrogados penales contenidas en la Ley 890 de 2004 que adicionó y modificó el Código Penal, en el presente proceso se demandaron unas expresiones similares pero contenidas en el Código de Procedimiento Penal. Confrontados los textos que han sido sometidos en el pasado al control constitucional y los que lo son ahora en la demanda de la referencia, la Sala Plena encuentra que regulan la misma situación jurídico-procesal, pues hacen referencia a la exigencia de pagar la pena accesoria de multa impuesta por el juez penal por la comisión de un delito como condición necesaria para el otorgamiento de los subrogados penales de libertad condicional y suspensión condicional de la ejecución de la pena.*

(…)

Destaca la Corte que el análisis sobre la constitucionalidad de los artículos 4º y 5º de la Ley 890 de 2004 anteriormente señalados se realizó bajo el marco del nuevo sistema penal acusatorio introducido en la Carta Política por el Acto Legislativo 03 de 2002, y que el examen de constitucionalidad que ahora debe hacer la Corte en relación con los artículos 471 y 474 de la Ley 906 de 2004 se desenvuelve en el mismo contexto constitucional, sin que, desde ese punto de vista, exista circunstancia alguna que dé lugar a una aproximación diferente a la expresada por la Corte en la Sentencia C-194 de 2005, razón por la cual se reiterará la posición jurídica allí contenida."

25.- También en sentencia C-823 de 2005 la Corte abordó, aunque desde una perspectiva distinta, el asunto relativo a la exigencia del pago de la multa para acceder a la libertad condicional como a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, establecida tanto en Código Penal como en el nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004). Allí se afirmó:

"Para los demandantes el Legislador incurre en una omisión legislativa por cuanto en las disposiciones acusadas no se establecen "las excepciones en que el incumplimiento del pago de la multa puede estar justificada, como son la absoluta insolvencia económica del condenado, la fuerza mayor o el caso fortuito". Hacen énfasis en que frente al pago de la multa las expresiones acusadas no establecen "ninguna causa que justifique el incumplimiento, imponiéndose una responsabilidad objetiva y además exigiéndole al condenado el cumplimiento de obligaciones frente a las cuales puede encontrarse absolutamente imposibilitado…".

(…)

En el presente caso frente a las expresiones acusadas por el cargo de omisión legislativa analizadas en este acápite de la sentencia[30], la Corte constata que si bien procede efectuar el análisis del cargo planteado contra ellas por cuanto

30 *{Cita del aparte transcrito} A saber, las expresiones "su concesión estará supeditada al pago total de la multa" contenidas artículo 63 del Código Penal tal como quedó modificado por el 4º de la Ley 890 de 2004; "En todo caso su concesión estará supeditada al pago total de la multa" contenidas en el*

lo que se predicaría de las mismas es la eventual configuración de una omisión relativa -en tanto lo que se reprocha al Legislador es "no haberse incluido un ingrediente o condición" en las normas acusadas al regular el tema de la multa como condición para la concesión de los subrogados penales de libertad condicional y ejecución condicional de la pena, -a saber, la hipótesis en la cual resulte imposible al condenado el pago de la multa aludida dada la absoluta insolvencia económica del mismo o el acaecimiento de situaciones de fuerza mayor o caso fortuito que le impidan efectuar el pago-, que de acuerdo con la interpretación que hacen los demandantes de la Constitución, resulta esencial para armonizar sus textos con los mandatos de la Carta-, es claro que el cargo planteado en este sentido no está llamado a prosperar pues como pasa a explicarse ningún deber expresamente señalado por el Constituyente fue desconocido por el Legislador en el presente caso, ni puede hablarse de que con la actuación del Legislador se genere un tratamiento discriminatorio que vulnere el principio de igualdad como claramente se desprende de las sentencias C-194 y C-665 de 2005."

26.- Tanto la sentencia C-665 de 2005 como la C-823 de 2005 reiteran los criterios jurisprudenciales presentados en la sentencia C-194 de 2005, en ausencia de valoración crítica alguna, por lo cual para esta Sala adolecen de las mismas deficiencias encontradas en el abordaje del debate desarrollado en la referida C-194 de 2005. Se insiste pues en que la línea jurisprudencial adelantada por la Corte Constitucional sobre los eventuales problemas en el respeto del principio constitucional de igualdad (art. 13 C.N), de la regulación que exige el pago de la multa como condición para acceder a sustitutos de la pena de prisión, es insuficiente para enfrentar la discusión constitucional en el presente caso, que además es distinto pues la vigilancia electrónica como subrogado implica la posibilidad de purgar la pena de prisión fuera del establecimiento penitenciario, mientras que la libertad condicional significa otorgar libertad, y la suspensión condicional significa suspender la ejecución de la pena. Ello indica que los criterios desarrollados por la jurisprudencia constitucional no nece-

artículo 64 del Código Penal tal como quedó modificado por el artículo 5º de la Ley 890 de 2004; "si se ha impuesto pena accesoria de multa, su pago es requisito imprescindible para poder otorgar la libertad condicional" contenidas en el segundo inciso del artículo 471 de la Ley 906 de 2004; y "Si se ha impuesto pena accesoria de multa, su pago es requisito imprescindible para poder otorgar la condena de ejecución condicional, salvo las excepciones de ley" contenidas en el segundo inciso del artículo 474 de la Ley 906 de 2004.

sariamente resultan aplicables a una modalidad de subrogado que no implica ni otorgar libertad ni suspender la ejecución de la pena.

D.- Líneas jurisprudenciales sobre el principio constitucional de igualdad. Igualdad formal e igualdad material. Reiteración de Jurisprudencia

27.- La Corte ha determinado que la protección jurídica de los intereses de las personas atiende a dos criterios principales. Uno de ellos es el principio general de igualdad de la Constitución Política (art. 13), según el cual en nuestro ordenamiento imperan, para su plena satisfacción, tres obligaciones claras[31]: la primera, de *trato igual frente a la ley*[32], que para el caso concreto es el deber de aplicar por igual la protección general que brinda la ley (obligación para la autoridad que aplica la ley). La segunda, consistente en la igualdad de trato[33] o igualdad en la ley[34], que para el

31 *En varios pronunciamientos esta Corporación ha resaltado que el principio de igualdad se estructura en tres dimensiones. Siguiendo lo establecido en la C-673 de 2001, en la C-507 de 2004 se dijo: "[s]e trata pues de tres dimensiones diferentes del principio de igualdad. La primera de ellas es la igualdad ante la ley, en virtud la cual la ley debe ser aplicada de la misma forma a todas las personas. Este derecho se desconoce cuando una ley se aplica de forma diferente a una o a varias personas con relación al resto de ellas. Esta dimensión del principio de igualdad garantiza que la ley se aplique por igual, pero no que la ley en sí misma trate igual a todas las personas. Para ello se requiere la segunda dimensión, la igualdad de trato. (...) Ahora bien, ni la igualdad ante la ley ni la igualdad de trato garantizan que ésta proteja por igual a todas las personas. Una ley, que no imponga diferen¬cias en el trato y se aplique por igual a todos, puede sin embargo proteger de forma diferente a las personas. (...) No basta con saber si el derecho se aplicó de forma diferente en dos casos en los que se ha debido aplicar igual o si el derecho en sí mismo establece diferencias no razonables, se requiere determinar si la protección brindada por las leyes es igual para quienes necesitan la misma protección.*

32 *Constitución Nacional, "artículo 13: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley…"*

33 *Ibíd. "Todas las personas (…), recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de las mismos derechos y oportunidades…". En la sentencia C-673 de 2001 esta Sala presentó la obligación de la igualdad de trato como en el derecho comparado se ha desarrollado. En algunos casos se ha establecido como "el principio de igualdad de trato". En dicha sentencia se recordó que: "[e]n efecto, en los Estados Unidos desde el año 1920 se menciona explícitamente el test leve aplicable al examen de una medida legislativa para determinar si vulnera el principio de igualdad de trato. (…) La Corte [Europea de Derechos Humanos] adoptó esta metodología por considerar que debía seguir los principios que pueden ser extraídos de la práctica jurídica de un amplio número de estados democráticos según la cual el principio de igualdad de trato es violado si la distinción carece de una justificación objetiva y razonable…" (énfasis fuera de texto). De esta evolución de la obligación de trato igual, como principio de igualdad de trato contenido en el principio general de igualdad, ha hecho parte también esta Corte. Entre otras, en la citada C-504 de 2004: "[en] la segunda dimensión, la igualdad de trato (...) se garantiza a todas las personas que la ley que se va a aplicar no regule de forma diferente la situación de personas que deberían ser tratadas igual, o lo contrario, que regule de forma igual la situación de perso¬nas que deben ser tratadas diferente. La ley desconoce esta dimensión cuando las diferencias de trato que establece no son razonables".*

34 *Parte de la doctrina ha definido la obligación de igualdad de trato contenida en el principio general de*

caso, es que la ley debe procurar una protección igualitaria (obligación para el legislador) y toda diferenciación que se haga en ella debe atender a fines razonables y constitucionales. Y la tercera es la prohibición constitucional de discriminación cuando el criterio diferenciador para adjudicar la protección sea sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (C.P., art. 13).

28.- Con todo, el segundo criterio consiste en proteger en mayor medida los intereses de ciertas personas. Su fundamento se da en razón a la interpretación que esta Corporación ha dado a los incisos segundo y tercero del artículo 13 constitucional[35], en el sentido de determinar que en ellos se establece, en primer lugar un deber especial del Estado de otorgar un trato preferente[36] a grupos discriminados o marginados[37] y en segundo

---

igualdad como uno de los subprincipios de éste. Lo ha denominado principio de igualdad en la ley en contraposición con el tradicional principio de igualdad ante la ley. Pues la consideración doctrinaria general es que al segundo (igualdad ante la ley) vino el primero (igualdad en la ley) en la evolución del Estado Social de Derecho. "Con la crisis del Estado Liberal de Derecho se produce una ruptura de la identificación entre igualdad y ley, y se va a ampliar el juicio de igualdad de la aplicación a la misma creación de la norma, esto es, a la razonabilidad de su contenido". (Rey Martínez Fernando. El Derecho Fundamental a no ser discriminado por razón de sexo. Ed. McGraw-Hill. Madrid. 1995. Pág 44).

35 *Artículo 13.- (...) El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará las medidas a favor de grupos discriminados o marginados.*

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentre en circunstancias de debilidad manifiesta (...). (Énfasis fuera de texto)

36 *Rey Martínez Fernando. Op. Cit. Pág. 64.*

37 *La Corte ha hecho manifiesta esta interpretación en numerosos pronunciamientos. Por ejemplo la Sala ha establecido la necesidad de variar el grado de intensidad del test de igualdad dependiendo de si la desigualdad objeto de estudio de constitucionalidad se refiere a estos grupos discriminados o marginados. Así, en sentencias como la C- 180 de 2005 que sigue lo estipulado en la C-091 de 2003, se dijo: "[c]uando se trata de medidas de promoción de los desfavorecidos la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se deben aplicar escrutinios intermedios de constitucionalidad. Se reconoce en consecuencia un margen relativamente amplio de configuración por parte del legislador para implementar los mecanismos que hagan efectiva la igualdad material en favor de los grupos marginados". (Énfasis fuera de texto). En otra ocasión, en la C-426 de 1997, la Corte estableció que en la asignación de bienes escasos en la sociedad colombiana a los ciudadanos, existía no sólo la permisión sino también el deber de las autoridades de privilegiar a los menos favorecidos, y ello se presentó como un criterio objetivo: "[p]or eso se ha considerado que la exigencia que se deriva del principio de igualdad para estos estados de cosas se restringe a que todas las personas interesadas tengan iguales posibilidades de acceder al proceso de selección de los beneficiarios y puedan tener la certeza de que la distribución de los bienes se hará acatando los procedimientos establecidos. Estos criterios de distribución no pueden ser generales, aplicables a todos los casos, sino que han de ser determinados de acuerdo con las características propias de los bienes o medios por repartir y de las necesidades o aspiraciones que éstos satisfacen."*

lugar un deber de protección especial a grupos determinados, en atención a específicos mandatos constitucionales que en conjunción con el mencionado artículo 13, así lo determinan. En lo que se refiere al presente análisis, habría que tener en cuenta que dentro de los mencionados grupos se ha incluido a las personas con condiciones económicas precarias, por lo que existe entonces frente a ellas el deber de trato preferente, en ciertas circunstancias, como expresión del principio de solidaridad.

Antes de abordar el estudio puntual del cargo de inconstitucionalidad, por razones de claridad en la exposición la Sala hará un recuento sintético de los criterios y conclusiones presentadas hasta el momento, con el fin de determinar claramente el contexto normativo, jurisprudencial y fáctico en el que procede el análisis del cargo en mención.

Recuento (Resumen)
29.- Según se ha expuesto hasta el momento, acceder al mecanismo sustituto de la pena de prisión consistente en la vigilancia electrónica, implica en esencia una modalidad de cumplimiento de la pena privativa de la libertad por fuera del establecimiento carcelario, tal como lo implica también la prisión domiciliaria. Se explicó por ello en su momento la relevancia de comparar estos dos sustitutos de la pena prisión y se llegó a la conclusión de que pese a ser distintos en la medida en que para beneficiarse de uno u otro la ley exige diferentes requisitos, resulta importante para efectos del presente análisis entender que como prerrogativas para los condenados en ciertas situaciones particulares, ofrecen lo mismo, esto es, la posibilidad de cumplir la pena fuera de la cárcel.

Esto fue corroborado por la Sala a partir del análisis de la regulación de la vigilancia electrónica, cuyo alcance es doble según nuestra legislación penal. Por un lado funge como sustituto independiente y por otro como mecanismo de control del cumplimiento del sustituto de prisión domiciliaria.

Así mismo se detectó que las similitudes y diferencias entre la prisión domiciliaria y la vigilancia electrónica, arrojan conclusiones importantes en relación con el cargo de inconstitucionalidad objeto del presente análisis. Así pues la Corte identificó dos grupos de condenados: (i) aque-

llos que cumplen con los requisitos para acceder a la prisión domiciliaria, y a quienes eventualmente, por decisión del INPEC, se les puede someter a vigilancia electrónica como forma de control de cumplimiento de la pena en la modalidad de casa por cárcel. Y (ii) aquellos que no cumplen con los requisitos para la prisión domiciliaria pero sí con los exigidos para la vigilancia electrónica.

A su vez, la identificación del grupo (ii), en cuanto a la exigencia del requisito de la multa para acceder a la vigilancia electrónica, significa que el alcance del cargo de inconstitucionalidad se configura bajo consideraciones precisas. En efecto, se plantea como presuntamente discriminatoria la situación en que un condenado que cumpla con los requisitos objetivos y subjetivos del mecanismo de la vigilancia electrónica, se vea imposibilitado a acceder a ella porque su situación económica no le permite cumplir con el pago de multa. Con la consideración adicional de que como no cumple con los requisitos para la prisión domiciliaria, no podrá entonces acceder a la posibilidad de salir del establecimiento penitenciario, que es en últimas lo valioso que ofrece este mecanismo sustituto de la prisión. Situación que no se valora de la misma manera en el caso de quienes gozando de la prisión domiciliaria, se les imponga vigilancia electrónica para verificar el cumplimiento del sustituto de la casa por cárcel. En esta última hipótesis no se le exige al condenado el pago de la multa porque se trata de una medida administrativa y previamente se ha valorado por parte del juez el cumplimiento de los requisitos para el subrogado de la prisión domiciliaria, además de que el condenado ya está fuera de la cárcel.

30.- De este modo el cargo quedó reconstruido en los siguientes términos: la presunta existencia de una situación discriminatoria cuando un condenado está recluido en un centro penitenciario y cumple con los requisitos para acceder al subrogado de la vigilancia electrónica, pero carece de recursos para pagar la multa, por lo cual sólo aquellos reclusos que tienen capacidad económica podrían acceder al mencionado subrogado.

En este punto, es importante aclarar que la comparación realizada por la corte entre los subrogados de la prisión domiciliaria y de la vigilancia electrónica, resultó necesaria para concentrar la acusación en la hipó-

tesis de la imposición de la mencionada vigilancia a quienes no gozaban de prisión domiciliaria. Sin embargo el cargo de igualdad se configura, como se acaba de afirmar, a partir de la consideración de los condenados recluidos que cumplen los requisitos para la vigilancia electrónica y carecen de recursos económicos, respecto de los condenados recluidos que cumplen los requisitos para la vigilancia electrónica que cuentan con recursos económicos.

En este contexto, la Corte estableció luego la insuficiencia de los criterios jurisprudenciales desarrollados en los precedentes que han abordado la discusión, sobre si la exigencia de la multa para el otorgamiento de la libertad condicional y la suspensión condicional de la ejecución de la pena, resulta o no discriminatoria respecto de los condenados que no cuentan con recursos económicos para ello. Así pues, se explicó en detalle que las sentencias C-194, C-665 y C-823 de 2005, al abordar el análisis relativo a lo anterior, afirmaron que no existía vulneración del principio constitucional de igualdad porque el carácter sancionatorio de la multa impedía entender la obligación de su pago en términos de inequidad respecto de la capacidad económica de los condenados, y porque pese a esto la misma regulación penal establecía facilidades tales como el deber del juez de considerar la situación económica particular del condenado para tasar su monto y la amortización del pago a plazos o mediante trabajo.

A lo anterior se opusieron, por parte de esta Sala, en el acápite pertinente de esta sentencia, los siguientes argumentos: el carácter sancionatorio de la multa permite concluir que ésta no es una deuda, que como obligación dineraria se origina en la configuración de responsabilidad penal y en dicho sentido es un castigo cuyo cumplimiento tiene que darse, tal como el cumplimiento de cualquier condena penal. Pero, ello no tiene nada que ver con el hecho de que su exigencia también se haga para acceder a subrogados penales, pues no se trata de justificar ni la improcedencia de las multas ni exenciones para su pago, sino de determinar la constitucionalidad de su exigencia para acceder a beneficios.

Y de otro lado, las facilidades que dispone la legislación penal para su cancelación, son aplicables en toda su extensión y posibilidades a la multa que aparece como única pena principal, y no a la multa como pena acom-

pañante de la prisión, que es la pertinente en la hipótesis del cargo. En efecto cuando la multa es una pena acompañante de la prisión, el mismo tipo penal consagra el mínimo de su monto por lo cual el juez penal no podría en estricto sentido atender la situación subjetiva del condenado, pues no puede condenar al pago de una multa inferior al mínimo establecido. Además, sobre esta clase de multa la legislación penal no ha regulado las equivalencias respectivas para amortizar su pago mediante trabajo.

31.- El estudio realizado en esta oportunidad por la Corte, concluyó que las deficiencias en el análisis del alcance de la multa en esta materia realizado en los precedentes citados, se debió a que los argumentos enderezados por el juez constitucional en aquellas ocasiones tenían por fin principal, no tanto demostrar la inexistencia de discriminación alguna, sino sobre todo demostrar que la multa como pena no podía ser considerada como una deuda, luego su exigencia como condición para salir de un centro penitenciario (sustentado en la libertad condicional o la suspensión condicional de la ejecución de la pena) no podía considerarse vulneratoria de la prohibición constitucional de arresto por deudas. Y de otro lado, la imprecisión de los precedentes aludidos en el argumento de las facilidades de pago y la consideración de la situación subjetiva del condenado para tasar su monto, no tuvo en cuenta las dos clases de multa existentes (como pena acompañante de la de prisión y como única pena principal) ni que dicha distinción sugería alcances jurídicos disímiles.

Con base en lo expuesto hasta este momento la Corte analizará el cargo de inconstitucionalidad objeto de estudio.

E.- Análisis del cargo de inconstitucionalidad.

32.- De conformidad con todo lo explicado el punto de debate se ha concentrado en el asunto de si resulta contraria al principio constitucional de igualdad (art 13 C.N) la situación en la que un condenado que cumple con los requisitos para acceder a la vigilancia electrónica, se le exija además de los requerimientos objetivos y subjetivos del artículo 38A del Código Penal (los del acceso a la vigilancia electrónica) el pago de la multa. La respuesta de la Corte es afirmativa, pues resulta discrimina-

torio, luego contrario al principio constitucional de igualdad (art. 13 C.N) que un condenado que cumpla con los requisitos objetivos y subjetivos para acceder al mecanismo de la vigilancia electrónica, no pueda salir del establecimiento carcelario por no contar con los recursos económicos para ello.

Las razones que sustentan esta conclusión son las siguientes: (i) la pena privativa de la libertad en una cárcel es el castigo más gravoso en materia penal, por lo cual las alternativas de su cumplimiento fuera del establecimiento carcelario cobran gran importancia en el contexto de la garantía de una gran variedad de derechos que se restringen por el hecho de estar en una cárcel. (ii) Por lo anterior la consagración legal de la posibilidad de salir de la cárcel y cumplir la pena privativa de libertad fuera de ella, debe brindarse en igualdad de condiciones, y no puede depender de exigencias ajenas a las que interesan de manera especial a la legislación penal. (iii) Por ello, cuando el acceso a la mencionada posibilidad depende de los medios económicos del condenado, las desigualdades de hecho se convierten en desigualdades jurídicas, y sin justificación constitucional alguna sólo quienes tienen recursos económicos ostentan realmente la alternativa. (iv) Las mencionadas desigualdades, no resultan matizadas en el caso concreto por los criterios desarrollados por la Corte en los casos de la exigencia de la multa para acceder a la libertad condicional y a la suspensión condicional de la ejecución de la pena. (v) Además de que la exigencia de la multa en el caso de la vigilancia electrónica no encuentra sustento alguno en la consecución de un fin constitucionalmente relevante, como para afirmar que su exigencia busca garantizar un valor constitucional superior al contenido en el principio de igualdad. A continuación se desarrollarán los puntos descritos.

(i) La pena privativa de la libertad en cárceles como castigo penal extremo

33.- La pena de prisión configura la sanción más significativa en los países que no contemplan en su legislación la pena de muerte. Esta consiste en "*la restricción al mínimo de la libertad ambulatoria del penado, mediante su internamiento en un centro penitenciario, donde está sometido al régimen penitenciario (…)*[38]" En razón de lo anterior, la jurisprudencia constitucional reiterada-

38 *Lopera Mesa Gloria Patricia. "Principio de Proporcionalidad y la Ley Penal". Ed Centro de Estudios*

mente ha señalado que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material) y que es obligatorio respetar el principio de tipicidad: "*nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa*". De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca; justamente porque la mayoría de ellos dispone como consecuencia jurídica la pena privativa de la libertad.

34.- También se ha afirmado que purgar una pena privativa de la libertad en una cárcel excede el mero hecho del encierro. La dogmática penal moderna ha reconocido "que la cárcel ha sido siempre, en oposición a su modelo teórico y normati*vo, mucho más que la <privación de un tiempo abstracto de libertad>. Inevitablemente ha conservado muchos elementos de la aflicción física, que se manifiestan en las formas de vida y de tratamiento, y que difieren de las antiguas penas corporales solo porque no están concentradas en el tiempo, sino que se dilatan a lo largo de la duración e la pena. Además, a la aflicción corporal la pena carcelaria añade la aflicción psicológica: la soledad el aislamiento, la sujeción disciplinaria, la perdida de sociabilidad y de afectividad y por consiguiente, de identidad, además de la aflicción específica que va unida a la pretensión reeducativa y en general a cualquier tratamiento dirigido a plegar y a transformar a la persona del preso.*"[39]

De ahí que deba reconocerse también la afectación, restricción, e incluso en algunos casos la eliminación colateral de derechos constitucionales por el hecho de estar recluido en una institución penitenciaria. Entre los derechos afectados por el régimen jurídico de ejecución de la pena de prisión cabe destacar: a) *la libertad de locomoción* (art. 24 CP), que se ve imposibilitada durante el tiempo de permanencia en la cárcel; b) *el libre desarrollo de la personalidad* (art. 16 CP), en su manifestación como facultad para disponer del propio tiempo durante la estancia en prisión, es sustraída al interno, quien está obligado a cumplir con los horarios y la distribución del tiempo programados en cada establecimiento; c) *la intimidad personal y familiar* (art. 15 CP), sustancialmente limitada por la autorización para la práctica rutinaria de cacheos a los internos, incluido

Constitucionales. Madrid 2006. Pág. 300, 301

39 *Ferrajoli Luigi. "Derecho y Razón". Ed. Trotta. Madrid 1995. Pág. 412*

el desnudo integral, así como de registros a sus pertenencias, por la obligación de compartir celda con otros reclusos cuando sea necesario, al igual que por las limitaciones impuestas a la comunicación con sus familiares y allegados en cuanto a la frecuencia, duración y circunstancias en que se lleva a cabo, y la autorización para su eventual suspensión e intervención; d) *la inviolabilidad de la correspondencia privada* (art. 15 CP), cuyo envío y recepción se somete a especiales condiciones, autorizándose su intervención sin previa orden judicial por parte de las autoridades penitenciarias; e) *el derecho a la información* (art. 20 CP), debido a la posibilidad de restringir la circulación y disposición de libros, revistas, periódicos y aparatos de radio y televisión; f) *el derecho de propiedad* (art. 58 CP), que comprende el derecho a usar las propias pertinencias, cuya limitación se autoriza cuando se trata de dinero, alhajas y otros objetos de valor no autorizados, o que se consideren peligrosos o de ilícita procedencia; g) *los derechos de reunión y asociación* (art. 38 CP), así como la *libertad de expresión* (art. 20 CP), son sometidos a duras restricciones como consecuencia del régimen disciplinario de la prisión.[40]

(ii) La posibilidad legal de salir de la cárcel y cumplir la pena privativa de libertad fuera de ella debe brindarse en igualdad de condiciones.
35.- A su turno, las implicaciones negativas en una cantidad importante de derechos de quien purga una pena en un establecimiento carcelario, si bien no resultan argumento suficiente para eliminar completamente y de inmediato la pena de prisión en los sistemas penales contemporáneos, sí sugiere varias consideraciones constitucionalmente relevantes. Dentro de ellas está justamente la garantía de que las alternativas ofrecidas por el legislador a la estadía en la cárcel de quienes deben cumplir una condena de privación de la libertad, se regulen en atención a la cláusula constitucional de igualdad. De manera que todos los condenados tengan la potencialidad de acceder a la alternativa de cumplir con la pena privativa de libertad fuera de la prisión en los términos de la política criminal adoptada por el respectivo sistema penal. Es decir, si objetivamente así lo permite el tipo de delito, el número de años a que corresponde la condena, la reparación que exija el tipo penal, la consideración de antecedentes o reincidencia, el cumplimiento de una parte de la condena, y cualquier

40 *Esta idea de análisis está contenida en: Lopera Mesa Gloria Patricia. "Principio de Proporcionalidad… Ob. Cit Pág. 303*

otro elemento propio de la implementación de la política criminal. Y si subjetivamente así se dispone, porque para dicha política es importante respecto de la condición personal del condenado, el comportamiento, el compromiso de no reincidencia, la situación familiar, las actividades re-socializadoras y demás aspectos relativos a la valoración de la persona del recluso.

Para la determinación de estos criterios objetivos y subjetivos concurren comúnmente otros también de índole político o de política criminal, como son por ejemplo la decisión de reprimir fuertemente alguna conducta delictiva, por lo cual el legislador excluye dicho delito de la alternativa de que las condenas privativas de libertad amparadas en él, puedan cumplirse fuera de los establecimientos penitenciarios. De igual manera se pueden esgrimir razones para regular dichas alternativas, referidas a disminuir la población carcelaria o a otorgar opciones laborales extramuros a reclusos, entre otros.

36.- Como se ve, el sustento de estas regulaciones en el escenario político es bastante amplio, y el legislador, tal como todas las autoridades sobre las que recae el diseño de una política criminal y penitenciaria, cuentan con un alto grado de libertad para tomar medidas a este respecto y brindar alternativas al cumplimiento de penas privativas de la libertad, bajo las condiciones que sean coherentes con dicha política. También, de lo anterior se desprende que los criterios que dan lugar a la adopción de estas medidas son típicos de política criminal y penitenciaria, por lo cual no sería aceptable que la posibilidad de salir de la cárcel para cumplir la pena privativa fuera de ella, dependiera no del comportamiento y compromiso del recluso, y del tipo de condena que purga, por ejemplo, sino de su raza, su religión, o como es el caso que nos ocupa de su condición económica.

Este tipo de criterios no encuentran una relación directa con la implementación de una política criminal y penitenciaria, y ni siquiera con la evaluación de aspectos subjetivos de la persona del recluso. Por ello para la Corte Constitucional es claro que las exigencias objetivas y subjetivas para acceder a los mecanismos sustitutos de prisión, son necesarios y suficientes para que en igualdad de condiciones y de acuerdo al sentido

de la política criminal y penitenciaria correspondiente, todos los reclusos tengan potencialmente la posibilidad de acceder al alternativas para lograr purgar una pena privativa de la libertad fuera del establecimiento carcelario. Frente al cumplimiento de unos y otros requerimientos, resulta discriminatorio hacer depender el otorgamiento de la prerrogativa de un requisito que implica necesariamente una condición personal económica, derivada de factores que están por fuera del dominio del condenado. Pues, no depende del recluso carecer de recursos para sufragar una multa, y en últimas, está muy por fuera de su alcance modificar su posición social mientras está recluido.

(iii) Cuando la posibilidad de purgar la pena privativa de la libertad fuera de la cárcel depende de los medios económicos del condenado, las desigualdades de hecho se convierten en desigualdades jurídicas.
37.- En este orden de ideas, si un condenado satisface los requerimientos objetivos y subjetivos de la política criminal y penitenciaria, pero su condición económica le impide acceder a una prerrogativa, que implica ser beneficiario de una condición sumamente valiosa como ciudadano titular de derechos fundamentales, como lo es estar fuera del establecimiento penitenciario cumpliendo la pena de prisión; significa que la legislación penal ha desviado su atención del sentido de la mencionada política criminal y penitenciaria, para concentrarse en derivar consecuencias negativas o positivas para el recluso originadas en sus posibilidades económicas.

Lo que conlleva a juicio de esta Sala, un efecto perverso consistente en que no sólo hace falta llenar los requerimientos objetivos y subjetivos que exige la prerrogativa, los cuales –se insiste- responden al proceso racional de las autoridades que diseñan la política criminal y carcelaria, sino que además hace falta ostentar cierta solvencia o posición económica. Luego, sólo quienes ostenten dicha posición tendrán la opción real de acceder a la prerrogativa en mención.

Para la Corte no existen razones constitucionales que justifiquen que ello pueda ser así. Nuestra cláusula constitucional de igualdad lleva a la conclusión contraria, pues las personas con menos opciones económicas, no deben ver restringidas sus posibilidades por dicha razón. Aún menos

en casos como el del otorgamiento de una prorrogativa penal en materia de libertad personal, a la cual concurren otro tipo de requisitos, inspirados en la lógica propia de los sistemas penales.

iv) La discriminación encontrada no resulta justificada ni matizada por los precedentes de la Corte[41]

38.- Tal como se ha explicado en varias oportunidades a lo largo de la presente sentencia, los precedentes en materia de control de constitucionalidad en los que esta Corte se ocupó de la determinación de si exigir el pago de la multa como condición para acceder a la libertad condicional y a la suspensión condicional de la ejecución de la pena era o no discriminatorio, no resultan en estricto sentido aplicables al presente caso.

Al respecto se reitera pues, que en las sentencias C-194, C-665 y C-823 de 2005, se concluyó que no existía vulneración del principio constitucional de igualdad porque el carácter sancionatorio de la multa impedía entender la obligación de su pago en términos de inequidad respecto de la capacidad económica de los condenados, y porque pese a esto la misma regulación penal establecía facilidades tales como el deber del juez de considerar la situación económica particular del condenado para tasar su monto y la amortización del pago a plazos o mediante trabajo.

Sobre estos criterios insiste la Sala que el carácter sancionatorio de la multa permite concluir que ésta no es una deuda, que como obligación dineraria se origina en la configuración de responsabilidad penal y en dicho sentido es un castigo cuyo cumplimiento tiene que darse, tal como el cumplimiento de cualquier condena penal. Pero, ello no tiene nada que ver con el hecho de que su exigencia también se haga para acceder a subrogados penales, pues no se trata de justificar ni la improcedencia de las multas ni exenciones para su pago, sino de determinar la constitucionalidad de su exigencia para acceder a beneficios. Y sobre las facilidades que dispone la legislación penal para su cancelación, se recuerda que son aplicables en toda su extensión y posibilidades a la multa que aparece como única pena principal, y no a la multa como pena acompañante de la de prisión, que es la pertinente en el presente estudio. Precisamente, cuando la multa es una pena acompañante, el mismo tipo penal consagra

41 C-194, C-665 y C-823 de 2005

el mínimo de su monto por lo cual el juez penal no podría en estricto sentido atender la situación subjetiva del condenado, pues no puede condenar al pago de una multa inferior al mínimo establecido. Además de que respecto de esta clase de multa la legislación penal no ha regulado las equivalencias respectivas para amortizar su pago mediante trabajo.

39.- Adicionalmente, sobre la alternativa del pago a plazos habría que agregar que nada permite pensar que un condenado que carezca de recursos para pagar el monto integral de la multa, sí los tenga para pagar la misma en cuotas. Por el contrario, el hecho mismo de la reclusión hace pensar que la verdadera alternativa no es diferir el pago en cuotas, sino que el recluso acceda a alguna posibilidad laboral. Lo cual a su vez parece ser en extremo complicado en el entretanto de su condición de interno.

Tampoco puede pensarse que como la multa es un castigo penal, la condición económica del condenado es irrelevante para exigirle su cancelación. Esto es tan cierto, que la misma legislación penal contempla mecanismos para que la fijación del monto considere la mencionada situación particular. Sin embargo, esto es importante para la exigencia del cumplimiento del pago en general, pero no lo es necesariamente para exigir también su pago en casos de acceso a mecanismos sustitutos de la prisión. Son dos situaciones distintas. Una cosa es encontrar razonable y coherente con el sentido de la penas en materia penal, que la multa se deba pagar, tal como resulta ineludible cumplir con cualquier pena impuesta por el juez panal. Y otra cosa es que no sea igualmente razonable y coherente hacer dicha exigencia cuando se trata de acceder a una prerrogativa que implica la salida del centro penitenciario, para cumplir la privación de libertad en condiciones alternativas a la cárcel. Tan distintas son las dos hipótesis que en el caso de la prisión domiciliaria, la legislación no establece, ni permite concluir, que cuando ésta se otorga el condenado ya no debe pagar la multa impuesta como parte de su pena, si es que la tiene. Por el contrario, se entiende que la debe pagar.

40.- Así, aquello en lo que radica la discriminación, es en el hecho de que pese a las facilidades que ofrece la legislación penal en este tema, ante el cumplimiento de los requisitos objetivos y subjetivos del mecanismo sustituto, el otorgamiento del sustituto de la vigilancia electrónica

sigue dependiendo de la condición económica del condenado. Y, como se dijo más arriba, ni siquiera la obligación de que el juez penal valore la condición económica del recluso matiza la discriminación hallada, pues la multa como pena accesoria ya viene fijada en su mínimo por la norma que describe el tipo penal.

Para mayor ilustración, se reproducirá *in extenso* la nota al pie número 28 de esta sentencia. La Corte encontró al revisar el Libro II del Código Penal Colombiano, que pocos tipos penales contemplan una pena de multa como pena acompañante de la de prisión en un monto inferior a los cinco (5) S.M.L.M.V.; estos son: *maltrato mediante restricción a la libertad física (art.230), malversación y dilapidación de bienes de familiares (art. 236), falsedad marcaria (art. 285), falsa denuncia (art.435), falsa denuncia contra persona determinada (art. 436) y falsa autoacusación (art. 437).*

Otros tipos penales contemplan como pena accesoria una multa de cinco (5) salarios S.M.L.M.V. como mínimo, estos son: *incapacidad para trabajar o enfermedad derivada de lesiones personales* (art. 112), *perturbación de la posesión sobre inmueble* (art. 264) y *daño en bien ajeno* (art.265). A su vez, se observa que el tipo de *estafa* (art. 246) establece multa de hasta diez (10) S.M.L.M.V.

De un monto de diez (10) S.M.M.L.V. como mínimo, se encuentran los tipos de *alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado* (art.243), *deformidad derivada de lesiones personales* (art.113) y *perturbación funcional derivada de lesiones personales* (art. 114).

Con multas de veinte (20) o más SM.L.M.V., se hallan los tipos de deformidad derivada de las lesiones personales en presencia de algunos agravantes (art.113), perturbación funcional derivada de las lesiones personales en presencia de algunos agravantes (art. 114), la perturbación psíquica (art. 115), inasistencia alimentaria contra menor (art. 233) y el homicidio culposo (art.109), entre otros.

Como se puede concluir, muy pocos delitos contemplan multas como pena accesoria en un monto inferior a diez (10) salarios SMLMV. De hecho sólo diez de las conductas típicas consagradas en nuestra legisla-

ción penal consagran como mínimo un monto inferior a diez (10) salarios SMLMV, sin consideración de los agravantes que en la mayoría de los casos aumentan el mínimo al que debe ceñirse el juez.

(v) La exigencia de la multa en el caso de la vigilancia electrónica no encuentra sustento alguno en la consecución de un fin constitucionalmente relevante.

41.- Como se señaló en un aparte anterior, la configuración de los requisitos para otorgar alternativas a la pena privativa en las cárceles, e incluso la consagración misma de estas alternativas responde a criterios de política criminal y penitenciaria, propios de la lógica del diseño de un sistema penal. A partir de esto se concluyó también más arriba que los criterios objetivos y subjetivos de este tipo de normas penales (las que regulan mecanismos sustitutos de prisión) son suficientes y necesarios para responder de manera directa al sentido de la política en mención. En este orden, la exigencia del pago de la multa como condición para ello traslada el interés del derecho penal en aquellos fines constitucionales que pretende conseguir con este tipo de prerrogativas. Pues, la exigencia del pago de la multa en aras de otorgar el beneficio, supone que es la capacidad económica del condenado la que determina en últimas el logro de la opción.

Esto sin duda se desvía de la consecución de valor constitucional alguno; entre otras cosas porque no se trata del cuestionamiento de la imposición de la pena de multa, que puede en efecto perseguir el logro de los fines tradicionalmente perseguidos por los castigos penales en general, sino porque se refiere a la restricción de una prerrogativa por el sólo hecho de las posibilidades económicas de los ciudadanos.

Tampoco, como se vio en el acápite pertinente, la exigencia del pago de la multa está relacionada con aspectos relativos a la sostenibilidad financiera del sistema de monitoreo que lo soporta. El legislador previó que el destinatario de los dispositivos podría asumir voluntariamente el costo de los mecanismos.[42] Y de otro lado se estableció que el dinero que ahorrara el INPEC por concepto de la atención integral y tratamiento penitenciario de los reclusos en establecimientos carcelarios, ayudaría a

42 *Artículo 11 del Decreto 177 de 2008.*

la financiación de los sistemas de vigilancia electrónica[43]. Y por último la Ley 1142 de 2007 estableció que estos sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión se implementarán gradualmente, dentro de los límites de la respectiva apropiación presupuestal.

De igual manera conviene agregar que tampoco resulta de recibo el argumento según el cual la exigencia de la multa en este caso puede pretender legítimamente el cumplimiento efectivo de su pago; pues para ello existe una jurisdicción coactiva conformada por jueces de ejecuciones fiscales, regulada en el artículo 41 del Código Penal[44]. Si no fuera así significaría que el otorgamiento de beneficios que redundan en la garantía adecuada de derechos fundamentales, pueden ser negados en aras de conseguir el cumplimiento de una pena de carácter pecuniario, cuando existen otros mecanismos, más efectivos incluso, como la referida jurisdicción coactiva. Por lo cual la exigencia de su pago con dicho fin no resultaría necesaria, pues lo buscado con ella se consigue de manera efectiva y sin el sacrificio de derecho constitucional alguno, mediante la posibilidad de cobro coactivo.

De lo que se concluye que la multa en estos casos no tiene la vocación de sostener o ayudar a sostener el funcionamiento del sistema, ni tampoco resulta necesario como mecanismo de cobro. Está claro entonces que el sacrificio del derecho de igualdad de los reclusos que no cuentan con recursos económicos, no tiene contrapeso alguno en el logro de otro principio constitucionalmente relevante.

42.- En conclusión, resulta contrario a la Constitución la situación de un condenado que cumple con los requisitos objetivos y subjetivos exigidos para acceder a la vigilancia electrónica, y se le niega el otorgamiento del subrogado en cuestión porque no cuenta con los recursos económicos para pagar la multa; y por ello será declarado de esa manera en la parte resolutiva de la presente sentencia.

---

43 *Artículo 1 del Decreto 3336 de 2008.*

44 *Código Penal: "ARTICULO 41. EJECUCION COACTIVA. Cuando la pena de multa concurra con una privativa de la libertad y el penado se sustrajere a su cancelación integral o a plazos, se dará traslado del asunto a los Jueces de Ejecuciones Fiscales para efectos de que desarrollen el procedimiento de ejecución coactiva de la multa. Igual procedimiento se seguirá cuando en una misma sentencia se impongan las diferentes modalidades de multa."*

Fórmula de reparación para la discriminación hallada por la Corte.
43.- Tal como se ha explicado hasta el momento, la discriminación explicada se refiere a la hipótesis concreta en que un recluso cumple con los requisitos objetivos y subjetivos del artículo 38A del Código Penal, pero carece de recursos para pagar la multa, por lo cual no puede acceder al subrogado de la vigilancia electrónica, luego no logra purgar la pena de prisión fuera del establecimiento carcelario por dicha razón. Esto, con la consideración adicional de que no cumple con los requisitos para acceder a la figura de prisión domiciliaria (art 38 C. Penal), por medio de la cual podría también ser objeto del monitoreo electrónico como medida administrativa. Así, la Sala explicó que dadas las condiciones precisas descritas se configuraría una situación en la que aquello valioso que ofrece el subrogado de la vigilancia electrónica sería accesible únicamente para aquellos reclusos que cuenten con recursos económicos para pago la multa, por lo cual los demás condenados no contarían con la posibilidad real para ello.

Ahora bien, la conclusión lógica derivada de lo anterior es que inconstitucionalidad a este respecto se circunscribe a la circunstancia específica en la que el condenado no cuente con los recursos económicos para cancelar la multa como pena acompañante y por ello se le niegue la concesión del subrogado en mención.

44.- En este orden, a juicio de esta Sala la formula de reparación de la discriminación hallada no es la declaratoria de inexequibilidad del contenido normativo acusado, sino la exclusión de la hipótesis concreta descrita. Para lo cual resulta adecuado declarar la exequibilidad condicionada a la ocurrencia de aquello en lo que se configura la desigualdad; es decir, el evento en que un recluso logra demostrar al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad su insolvencia económica[45], junto con el cumplimiento de los demás requisitos.

---

45 *Esta fórmula fue utilizada por la Corte en un análisis semejante, en sentencia C-823 de 2005, en cuyo numeral Octavo de la parte resolutiva se declaró EXEQUIBLE la expresión "y de la reparación a la víctima" contenidas en el primer inciso del artículo 64 del Código Penal, en el entendido que en caso de demostrarse ante el juez de ejecución de penas -previa posibilidad de contradicción por la víctima y el Ministerio Público- la insolvencia actual del condenado, el no pago previo de la reparación a la víctima no impedirá la concesión excepcional del subrogado de libertad condicional.*

45.- De este modo, la Corte Constitucional adopta una media de control de constitucionalidad coherente con el estudio llevado a cabo en el presente caso y declara exequible la norma demandada, salvo en la hipótesis referida; esto bajo la consideración explicada más arriba, según la cual la exigencia del pago de la multa en general, producto de una condena de un juez penal, puede obedecer legítimamente a la búsqueda de los fines que constitucionalmente persiguen las penas en materia penal. Tarea para la cual, como se explicó también anteriormente, el legislador y las autoridades que comúnmente concurren al diseño de la política criminal y penitenciaria, cuentan con amplio margen de configuración regulativa. Más aún, en un contexto evolutivo de los sistemas penales modernos, en el que se realza el carácter de los castigos penales pecuniarios, como reemplazo sucesivo de aquellos castigos que afectan de manera directa la integridad de la persona. Y en este sentido la multa como castigo penal cobra significación real y no simbólica.

Esto ratifica la posición jurisprudencial tantas veces reiterada por esta Corporación, en el sentido que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración legislativa en materia penal, cuyo límite se establece en la incidencia negativa de la regulación en cuestión, en los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por lo cual, el objeto de control de constitucionalidad en estos casos debe concentrarse en la evaluación de dicha incidencia.

46.- Por último conviene recordar brevemente tres puntos, para aclarar el alcance de la presente sentencia. En primer lugar, el hecho de que la Corte haya encontrado inconstitucional la exigencia de la multa para acceder a la vigilancia electrónica cuando el recluso no está gozando del beneficio de la prisión domiciliaria, no tiene nada que ver con el hecho de que la multa se deba pagar por parte del condenado. De hecho, es una obligación pagarla, pues la inconstitucionalidad fue circunscrita al evento de su exigencia como condición para el mecanismo sustituto en cuestión.

En segundo lugar, la presente sentencia no sugiere necesariamente un cambio de jurisprudencia, pues la exigencia de la multa para acceder a la libertad condicional y a la ejecución condicional de la pena, se refiere a casos distintos. La libertad condicional, es justamente eso, otorgar la

libertad (art. 64 C. Penal); y la suspensión condicional de la ejecución de la pena, es también eso precisamente, la suspensión de la pena (art. 63 C. Penal). Mientras que la vigilancia electrónica es el cumplimiento de la pena privativa de libertad fuera de la cárcel pero con monitoreo electrónico del INPEC. Siendo sustitutos distintos, los criterios para evaluar su conformidad constitucional, aunque podrían ser los mismos teniendo en cuanta que las razones presentadas en el caso presente podrían ser aplicables al análisis de la exigencia del pago de la multa para acceder a otros subrogados, no necesariamente deben serlo, pues si el juez de control de constitucionalidad logra establecer una diferencia razonable, tal como se demostró, la perspectiva de análisis no tiene por qué coincidir en el estudio de constitucionalidad de todos los subrogados.

Y en tercer lugar, la presente sentencia tampoco implica nada en relación con el valor jurisprudencial de lo decido en sentencias C-194, C-665 y C-823 de 2005, en el sentido que la presente providencia no altera, por supuesto, la configuración de la Cosa Juzgada derivada de lo decidido en ellas, pues siendo sustitutos distintos regulados en normas distintas y estudiados en su constitucionalidad en momentos distintos, los aspectos constitucionales desprendidos de su alcance a este respecto son distintos.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar **EXEQUIBLE** el numeral 4 del artículo 50 de la Ley 1142 de 2007 (que adiciona el artículo 38A del Código Penal), en el entendido que en caso de demostrarse ante el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad la insolvencia actual del condenado, el no pago previo de la multa no impedirá la concesión del subrogado de vigilancia electrónica.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Presidente
Ausente en comisión

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada
Con aclaración de voto

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado
Impedimento aceptado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado
Con aclaración de voto

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

Sentencia C-873/03

CONGRESO DE LA REPUBLICA - Ejercicio de función constituyente / **NUEVO SISTEMA DE INVESTIGACION Y JUZGAMIENTO EN MATERIA PENAL** - Categorías jurídicas utilizadas por el Congreso para instaurarlo.

TEORIA JURIDICA - Existencia, validez y eficacia social / **TEORIA REALISTA** - Existencia de la norma / **NORMA** - Condiciones básicas de existencia

En primer lugar, la cuestión de la "existencia" de las normas dentro de un determinado sistema jurídico a menudo es equiparada por los juristas a la noción de "validez" o a la de "eficacia social", dependiendo de la corriente teórica a la cual se adscriban. Mientras que los representantes de la tradición positivista, entre ellos Hans Kelsen, sostienen que la existencia de las normas se asimila a su validez, esto es, a su expedición por la autoridad competente a través de los procedimientos indicados por el ordenamiento, los pensadores de la tradición realista consideran que la existencia de las normas depende de su eficacia social, es decir, de su efectiva aplicación por parte de los funcionarios competentes –en especial los jueces- y por los miembros de la comunidad. Hay quienes asumen una posición intermedia, tales como G. H. von Wright, quien señala que la existencia de una norma requiere dos condiciones básicas: (1) haber sido dictada por una autoridad normativa con competencia para ello, - es decir, ser válida-, y (2) haber sido recibida cognoscitivamente por su destinatario, quien debe estar en condiciones de cumplir con lo que allí se le ordena - es decir, la norma debe tener la potencialidad de ser socialmente eficaz -. Otros teóricos consideran que la noción de "existencia" debe ser separada conceptualmente tanto de la idea de "validez" como de la noción de "eficacia", puesto que (a) la asimilación de existencia y validez conduce a un regreso al infinito, ya que para ser válida/existente, cada norma dependería de la preexistencia de otra norma válida con cuyos requisitos habría de cumplir, y (b) la asimilación de existencia y eficacia conduce al absurdo de que para quienes conocen y cumplen la norma ésta existe, mientras que para quienes no la conocen o no la cumplen, resulta inexistente.

ESCUELA POSITIVISTA - Concepto de validez, existencia y fuerza vinculante

ESCUELA REALISTA - Noción de validez

CORRIENTE DEL PENSAMIENTO JURIDICO CONTEMPORANEO - Elementos constitutivos del concepto de derecho

TEORIA GENERAL DEL DERECHO - Validez como existencia específica de las normas jurídicas

TEORIA JURIDICA - Delimitación de conceptos de existencia, validez, eficacia, vigencia, aplicación e implementación de la norma

NORMA - Existencia

La "existencia" de una norma hace relación a su introducción al ordenamiento jurídico, es decir, a su ingreso normativo al sistema, una vez se han cumplido las condiciones y requisitos establecidos por el mismo ordenamiento para ello. Así, se predica la existencia de una ley ordinaria cuando el proyecto correspondiente, después de haber sido publicado oficialmente en tanto tal, ha sido aprobado en cuatro debates por el Congreso y ha recibido la sanción presidencial; a su vez, se afirma que un acto legislativo existe cuando ha surtido los ocho debates de rigor en las dos cámaras legislativas.

NORMA - Validez

La "validez" de una norma se refiere a su conformidad, tanto en los aspectos formales como en los sustanciales, con las normas superiores que rigen dentro del ordenamiento, sean éstas anteriores o posteriores a la norma en cuestión. Desde el punto de vista formal, algunos de los requisitos de validez de las normas se identifican con los requisitos necesarios para su existencia –por ejemplo, en el caso de las leyes ordinarias, el hecho de haber sido aprobadas en cuatro debates por el Congreso y haber recibido la sanción presidencial -; pero por regla general, las disposiciones que regulan la validez formal de las normas –legales u otras- establecen condiciones mucho más detalladas que éstas deben cumplir, relativas a la competencia del órgano que las dicta, y al procedimiento específico que se debe seguir para su expedición. Así, por ejemplo, la validez de las leyes ordinarias presupone que se hayan cumplido requisitos tales como la iniciación de su trámite en una determinada cámara legislativa, el transcurso de un determinado lapso de tiempo entre debates, su aprobación en menos de dos legislaturas, el

cumplimiento de las normas sobre iniciativa legislativa o el respeto por la regla de unidad de materia. Adicionalmente, como se dijo, la validez hace relación al cumplimiento de ciertos requisitos sustanciales o de fondo impuestos por el ordenamiento; así, por ejemplo, una ley determinada no podrá desconocer los derechos fundamentales de las personas.

NORMA - Eficacia

La "eficacia" de las normas puede ser entendida tanto en un sentido jurídico como en un sentido sociológico; es el primero el que resulta relevante para efectos del asunto bajo revisión. El sentido jurídico de "eficacia" hace relación a la producción de efectos en el ordenamiento jurídico por la norma en cuestión; es decir, a la aptitud que tiene dicha norma de generar consecuencias en derecho en tanto ordena, permite o prohíbe algo. Por su parte, el sentido sociológico de "eficacia" se refiere a la forma y el grado en que la norma es cumplida en la realidad, en tanto hecho socialmente observable; así, se dirá que una norma es eficaz en este sentido cuando es cumplida por los obligados a respetarla, esto es, cuando modifica u orienta su comportamiento o las decisiones por ellos adoptadas.

NORMA - Vigencia

La "vigencia" se halla íntimamente ligada a la noción de "eficacia jurídica", en tanto se refiere, desde una perspectiva temporal o cronológica, a la generación de efectos jurídicos obligatorios por parte de la norma de la cual se predica; es decir, a su entrada en vigor. Así, se hace referencia al período de vigencia de una norma determinada para referirse al lapso de tiempo durante el cual ésta habrá de surtir efectos jurídicos. La regla general en nuestro ordenamiento es que las normas comienzan a surtir efectos jurídicos con posterioridad a su promulgación, según lo determinen ellas mismas, o de conformidad con las normas generales sobre el particular. El verbo "regir" es utilizado por las normas para hacer referencia a su vigencia, entendida en este sentido.

NORMA - Aplicación

La "aplicación" de las normas es el proceso a través del cual sus disposiciones son interpretadas y particularizadas frente a situaciones fácticas concretas por parte de los funcionarios competentes para ello, sean administrativos o judiciales. Así, se "aplica" una determinada norma cuando se le hace surtir efectos frente a una situación específica, desarrollando el contenido de sus mandatos en forma tal que produzca efectos jurídicos respecto de dicha situación en particular, determinando

la resolución de un problema jurídico dado, o el desenlace de un determinado conflicto.

NORMA - Implementación
La "implementación" de una norma hace referencia al proceso por medio del cual la política que dicha norma articula jurídicamente es puesta en ejecución; se trata de una serie ordenada de pasos, tanto jurídicos como fácticos, predeterminados por la misma norma –o por aquellas que la desarrollen -, encaminados a lograr la materialización, en un determinado período de tiempo, de una política pública que la norma refleja. Por lo mismo, la noción de "implementación" tiene una dimensión jurídica, una dimensión material o fáctica y una dimensión temporal, cuyo contenido habrá de ser determinado por el Legislador. Analíticamente, una política pública primero es diseñada y luego es implementada. La articulación jurídica del diseño de la política conlleva que la implementación futura de ésta no sea sólo política sino también judicial.

POLITICA CRIMINAL - Concepto amplio

POLITICA PÚBLICA EN MATERIA CRIMINAL - Diseño

POLITICA CRIMINAL - Medidas normativas que forman parte del concepto / **NORMAS DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL** - Elementos constitutivos de la política criminal

Entre las distintas medidas normativas que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, forman parte del concepto de "política criminal", se encuentran: (a) las que definen los bienes jurídicos que se busca proteger por medio de las normas penales, a través de la tipificación de conductas delictivas, (b) las que establecen los regímenes sancionatorios y los procedimientos necesarios para proteger tales bienes jurídicos, (c) las que señalan criterios para aumentar la eficiencia de la administración de justicia, (d) las que consagran los mecanismos para la protección de las personas que intervienen en los procesos penales, (e) las que regulan la detención preventiva, o (f) las que señalan los términos de prescripción de la acción penal.

POLITICA CRIMINAL - Implementación

Una vez diseñada, la política criminal es implementada. Esta fase de la política pública comprende diferentes etapas, según las características y la jerarquía del instrumento jurídico en el que se haya articulado la política pública. Así, una política criminal plasmada en sus rasgos generales en una reforma constitucional es implementada mediante leyes de desarrollo, capacitación de funcionarios responsables de su ejecución, provisión de la infraestructura física y técnica para ponerla en práctica, apropiación de recursos públicos para financiar todo lo anterior, en fin.

ACTO LEGISLATIVO - Parte integrante del proceso de diseño y adopción de políticas públicas en materia criminal

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO*-Exposición de motivos sobre el fortalecimiento de la función legislativa de la Fiscalía General de la Nación*

SISTEMA ACUSATORIO*-Reforma constitucional*

ACTO LEGISLATIVO*-Administración de justicia por particulares como jurados en causas criminales*

FISCALIA GENERAL DE LA NACION*-Ejercicio de la acción penal/* ***FISCALIA GENERAL DE LA NACION****-Funciones*

ACTO LEGISLATIVO*-Modificación de las funciones propias de la Fiscalía General de la Nación/****ACTO LEGISLATIVO****-Categorías jurídicas de las funciones de la Fiscalía General de la Nación*

FISCALIA GENERAL DE LA NACION*-Solicitud de medidas de aseguramiento al juez que ejerza funciones de control de las garantías para asegurar comparecencia de los imputados al proceso*

FISCALIA GENERAL DE LA NACION*-Excepcionalmente podrá imponer medida restrictiva de la libertad*

FISCALIA GENERAL DE LA NACION*-Imposición medidas de aseguramiento*

FISCALIA GENERAL DE LA NACION*-Aseguramiento de elementos materiales probatorios*

FISCALIA GENERAL DE LA NACION*-Acusación de presuntos infractores del ordenamiento penal*

JUEZ PENAL DE CONOCIMIENTO*-Función de decidir sobre preclusión de la investigación*

JUEZ PENAL DE CONOCIMIENTO*-Función de adoptar medidas para el restablecimiento del derecho e indemnización de perjuicios ocasionados por el delito*

PROCESO PENAL*-Contexto jurídico de las relaciones jurídico sociales*

PROCESO PENAL*-Fuentes de derecho aplicable*

PROCESO PENAL*-Principios fundamentales que lo rigen*

PROCESO PENAL*-Status de órganos estatales que intervienen*

PROCESO PENAL*-Intervinientes en la relación jurídica*

ACTO LEGISLATIVO*-Modificación rasgos estructurales del procedimiento penal*

PROCESO PENAL*-Etapas del procedimiento*

PROCESO PENAL*-Poderes atribuidos a intervinientes*

PROCESO PENAL*-Poder de señalamiento de posible comisión de infracción/****PROCESO PENAL****-Poder de investigación*

PROCESO PENAL*-Poder de prueba/****PROCESO PENAL****-Poder de acusación/****PROCESO PENAL****-Poder de contradicción/****PROCESO PENAL-****Poder de coerción*

***PROCESO PENAL**-Poder de disposición del proceso/**PROCESO PENAL**-Poder de decisión*

***SISTEMA ACUSATORIO**-Concepto/**SISTEMA ACUSATORIO**-Parte integrante de acto legislativo/**ACTO LEGISLATIVO**-Etapas de materialización del nuevo sistema acusatorio*

***ACTO LEGISLATIVO DE SISTEMA ACUSATORIO**-Vigencia*

***ACTO LEGISLATIVO DE SISTEMA ACUSATORIO**-Viabilidad para interpretar y aplicar normas constitucionales expedidas con anterioridad*

***FISCALIA GENERAL DE LA NACION**-Integración/**FISCAL GENERAL DE LA NACION**-Calidades para ser elegido/**FISCALIA GENERAL DE LA NACION**-Forma parte de la rama judicial y goza de autonomía administrativa y presupuestal*

***FISCALIA GENERAL DE LA NACION**-Determinación legal de estructura, composición y esquema de funcionamiento*

Es precisamente la ley la que está llamada a determinar la estructura, la composición y el esquema de funcionamiento de la Fiscalía, determinando cuáles funcionarios de dicha entidad ejercen funciones judiciales y cuáles ejercen funciones administrativas, siempre y cuando con ello no lesione los dictados del Constituyente. Esta habilitación constitucional para que el Legislador establezca el diseño y el esquema de funcionamiento de la Fiscalía resulta confirmada por lo dispuesto en el artículo 253 de la Carta, de conformidad con el cual "la ley determinará lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, al ingreso por carrera y al retiro del servicio, a las inhabilidades e incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración, prestaciones sociales y régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de su dependencia".

FISCALIA GENERAL DE LA NACION**-*Potestad del legislador para establecer estructura y funciones a desarrollar/NORMA ACUSADA**-*Interpretación que no consulta su tenor literal

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Competencia del Fiscal General de la Nación y sus delegados en todo el territorio nacional no contraría la Constitución

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Indeterminación en ejercicio de funciones jurisdiccionales y administrativas/LEGISLADOR-Creación legal de cargos en la Fiscalía General de la Nación

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Juzgamiento de funcionarios

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Ejercicio de funciones jurisdiccionales/**FISCALIA GENERAL DE LA NACION**-Le son aplicables los principios que rigen la administración de justicia

ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Deber de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional

PRINCIPIO DE AUTONOMIA FUNCIONAL DEL JUEZ-Busca evitar que las decisiones judiciales sean resultado de mandatos o presiones

DEBIDO PROCESO E IGUALDAD DEL INVESTIGADO-Imparcialidad del Fiscal competente para preservar el derecho de defensa

FISCAL GENERAL DE LA NACION-Poder general de dirección y orientación de actividades de la investigación penal

SISTEMA ACUSATORIO-Connotaciones especiales del principio de jerarquía

FISCALES DELEGADOS ESPECIALES-Determinación de funciones por el legislador

DIRECTOR NACIONAL DE FISCALIAS Y DIRECTOR SECCIONAL DE FISCALIAS-Ejercicio de funciones judiciales específicas/**DIRECTOR NACIONAL DE FISCALIAS Y DIRECTOR**

SECCIONAL DE FISCALIAS-Determinación de funciones por el legislador

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Designación de Fiscales delegados especiales no implica modificación de competencias sino de funcionarios

FISCALES DELEGADOS ESPECIALES-No conlleva la legitimación legal de jueces Ad hoc o ex post facto/**FISCALES DELEGADOS ESPECIALES**-Desarrollo independiente, autónomo e imparcial de la investigación/**FISCALES DELEGADOS ESPECIALES**-Designación que conlleve el desplazamiento de otro fiscal debe ser motivado

FISCAL GENERAL DE LA NACION-Reasignación de investigaciones y asunción personal de procesos

FISCALES DELEGADOS ESPECIALES-No son delegatarios/ **FISCALES DELEGADOS ESPECIALES**-Designación por el Fiscal General de la Nación

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Libertad de configuración legislativa para establecer estructura y esquema de funcionamiento

FISCAL GENERAL DE LA NACION-Asunción personal del conocimiento de determinada investigación

PRINCIPIO DE JERARQUIA EN FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Aplicación no debe afectar autonomía en decisiones de fiscales delegados especiales

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Función de dirigir y coordinar las funciones de la policía judicial/**PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA Y AUTONOMIA**-Ejercicio de funciones jurisdiccionales por el Fiscal en el desarrollo de los proceso a su cargo

FISCAL GENERAL DE LA NACION-Seguimiento y evaluación de resultados de investigaciones penales

FISCAL GENERAL DE LA NACION-Reasignación de procesos

POLITICA CRIMINAL DEL ESTADO-Atribuciones del Fiscal General de la Nación y directores de Fiscalía en desarrollo de la función investigativa

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Decreto de pruebas solicitadas por los sujetos procesales/**DERECHO DE PETICION ANTE FISCALIA GENERAL DE LA NACION**-Deber de resolverlo respecto de la práctica de pruebas

FISCAL GENERAL DE LA NACION-Facultad para desarrollar y reglamentar la estructura orgánica de la Fiscalía/**FISCALIA GENERAL DE LA NACION**-Determinación legal de estructura y funcionamiento

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Regulación ordinaria de estructura y funcionamiento

FISCAL GENERAL DE LA NACION-Fundamento constitucional de la facultad de reglamentación

FISCAL GENERAL DE LA NACION-Funciones indelegables

FISCAL GENERAL DE LA NACION-Delegación en relación con funciones especiales

ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Distribución de competencias entre autoridades

LEGISLADOR-Facultad de determinar competencias de las distintas autoridades en primera y segunda instancia

DIRECCION NACIONAL DE FISCALIAS-Doble instancia en actuaciones jurisdiccionales surtidas ante la Fiscalía General de la Nación

Referencia: expediente D-4504

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º (parcial), 2º (parcial), 3º (parcial), 5º (parcial), 6º (parcial), 10, 11 (parcial), 12 (parcial), 17 (parcial), 18 (parcial), 22, 30 (parcial), 31 (parcial), 32 (parcial), 39 (parcial) y 42 (parcial) del Decreto Ley 261 de 2000, "por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones", y 75 (parcial), 112 (parcial), 115 (parcial) y 116 de la Ley 600 de 2000, "por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal".

Actor: Edgar Saavedra Rojas

Magistrado ponente:
Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil tres (2003).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Edgar Saavedra Rojas presentó demanda contra los artículos 1º (parcial), 2º (parcial), 3º (parcial), 5º (parcial), 6º (parcial), 10, 11 (parcial), 12 (parcial), 17 (parcial), 18 (parcial), 22, 30 (parcial), 31 (parcial), 32 (parcial), 39 (parcial) y 42 (parcial) del Decreto Ley 261 de 2000, "por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones", y 75 (parcial), 112 (parcial), 115 (parcial) y 116 de la Ley 600 de 2000, "por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal".

Mediante auto del día diecinueve (19) de marzo de dos mil tres (2003), el Magistrado Sustanciado– rechazó la demanda contra el artículo 39 del Decreto Ley 261 de 2000, ya que éste fue declarado inexequible por medio de la sentencia C-1374 de 200, la cual había hecho tránsito a cosa juzgada constitucional; la demanda contra las demás disposiciones acusadas fue admitida.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS, CARGOS FORMULADOS POR EL ACTOR, Y ARGUMENTOS DE LOS INTERVINIENTES.

A continuación se transcribe el texto de las disposiciones demandadas, de conformidad con su publicación en los Diarios Oficiales Nos. 43.903 del 22 de febrero de 2000 –para el Decreto 261 de 2000, "*por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones*"-, y 44.097 del 24 de julio de 2000 –para la Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal -, subrayando las expresiones acusadas, y señalando a continuación los cargos formulados por el actor en contra de cada una de ellas. Los argumentos de los ciudadanos y autoridades intervinientes, por no referirse específicamente a cada una de las normas demandadas, se reseñarán en un acápite separado.

1. Artículo 1º del Decreto Ley 261 de 2000

1.1. Norma acusada

"ARTICULO 1º. INTEGRACION Y COMPETENCIA. La Fiscalía General de la Nación hace parte de la Rama Judicial y tiene autonomía administrativa y presupuestal, sin perjuicio del control fiscal ejercido por la Contraloría General de la República. Está integrada por el Fiscal General de la Nación quien la dirige, el Vicefiscal General de la Nación, los Fiscales Delegados y empleados de la Fiscalía. El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio Nacional.

Son delegados del Fiscal General de la Nación:
El Vicefiscal General de la Nación
El Director Nacional de Fiscalías
Los Directores Seccionales de Fiscalías
Los Fiscales de las Unidades de Fiscalías
Los Fiscales Delegados Especiales"

1.2. Cargos formulados por el actor
El demandante señala que el artículo 1º del Decreto Ley 261 de 2000 está mal redactado, porque mezcla en una sola norma los funcionarios judiciales y los administrativos de la Fiscalía: "*Como demostración fehaciente de lo que se afirma, basta comprobar el primer artículo de la ley que arranca anunciando que la Fiscalía hace parte de la rama judicial, pero de manera inmediata establece que tiene autonomía administrativa y presupuestal, sin perjuicio del control ejercido por la Contraloría. Allí se confunden en un solo párrafo la estructura judicial con la administrativa*".

Afirma, acto seguido, que la inclusión del Vicefiscal dentro del artículo acusado es inconstitucional: "…se incluye un cargo inexistente: el de Vicefiscal, mismo que no puede existir desde el punto de vista jurisdiccional, esto es, si a un funcionario administrativo o a un funcionario que cumpla funciones de asesoría se lo denomina Vicefiscal, ello en principio no generaría problema, pero si se trata de un funcionario que cumple funciones jurisdiccionales la creación no puede dejarse a la liberalidad del ejecutivo o del Fiscal General de la Nación, pues para ello debe existir un expreso referente constitucional que lo permita, y en nuestra Carta Política no existe".

Continúa explicando que, de conformidad con el artículo 249 de la Carta, la Fiscalía tiene un "sector" judicial y uno administrativo; el judicial lo integran el Fiscal General y los fiscales delegados, y el administrativo los demás funcionarios que determine la ley. "*Es claro que el sector judicial queda explícitamente creado por la Constitución cuando alude a los fiscales delegados, quedándole a la ley simplemente la determinación de cuáles deben ser esos fiscales delegados, dependiendo ello de los diversos niveles y grados de la estructura judicial. La determinación de la estructura administrativa queda deferida a la voluntad del legislador, pero es claro que desde la perspectiva constitucional es*

imposible que la ley pudiera crear cargos administrativos a los que se les señalasen funciones judiciales, porque de tal manera se estaría descomponiendo la estructura constitucional tripartita que nuestro constituyente determinó en la Carta Política del 91… Se observa entonces como una constante en el equivocado o intencional propósito de sumar naranjas con manzanas, sumatoria que desde los iniciales bancos escolares nos enseñaron no era posible, pero que al concretarse en éste engendro legislativo, crea pasajes oscuros y equívocos que propician la concreción de un poder descomunal para la Fiscalía y para el Fiscal General de la Nación." Así, de acuerdo con el artículo 249 de la Constitución, los únicos delegados del Fiscal General son los fiscales en sus distintas categorías; pero "en la norma que ahora se demanda de manera confusamente intencional se precisa que el fiscal General y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional, para luego determinar como sus delegados a funcionarios administrativos como lo son el director nacional y los directores seccionales de fiscalías, y un delegado inexistente, el vicefiscal general de la nación".

En cuanto a la parte del artículo que establece competencia en todo el territorio nacional para el Fiscal General y sus delegados, efectúa el siguiente razonamiento el actor: "*Es una norma engañosa y tramposamente redactada, porque de inmediato trae a la memoria el texto constitucional llevando al intérprete al convencimiento que no se trata más que de una repetición de aquel texto superior. Y es cierto que en uno de los incisos finales del artículo 250 de la Carta se dice: 'El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional'. Pero se trata de un texto que necesariamente hay que concordar con el artículo 249 que al determinar la integración de la Fiscalía establece que la conforman el Fiscal General y los fiscales delegados y se deja al imperio de la ley que establezca cuáles otros funcionarios la integran (los del sector administrativo)*". De conformidad con la Constitución, explica, los únicos delegados del Fiscal General son los Fiscales en los distintos órdenes de jerarquía. Pero en la norma se incluye entre los delegados del Fiscal General a funcionarios administrativos: el director nacional de fiscalías y los directores seccionales. Por lo tanto, "*…surge de manera necesaria éste interrogante: ¿para qué quieren tener competencia nacional tales funcionarios? Será posible que el director seccional de fiscalías de un determinado departamento pueda pretender tener competencia nacional?* Es entendible que siendo el director nacional de fiscalías y los seccionales, funcionarios fundamentalmente administrativos puedan tener competencia nacional?" De

acuerdo con su interpretación de la Constitución, cuando ésta regula lo relacionado con la rama judicial "*no puede aludir a otra competencia que a la penal, y es por eso que cuando alude al juez natural, se lo menciona como juez competente (art. 29); cuando regula lo relacionado con la Fiscalía General de la Nación en el capítulo 6 del título VIII, solo puede estar aludiendo a sus funciones judiciales y es por ello que en el artículo 249 se la integra con el Fiscal General y los Fiscales Delegados y en concordancia con las normas precedentes es que en el artículo 250 se determina que el Fiscal General y Delegados tienen competencia en todo el territorio nacional; esa competencia nacional solo puede ser en materia penal y judicial y sólo es predicable del Fiscal General y de sus fiscales delegados, porque a tales funcionarios el artículo 249 circunscribe la potestad jurisdiccional de la Fiscalía.*" *Por lo mismo, solicita que se profiera un fallo de constitucionalidad condicionada, "porque la misma en cuanto hace relación con los fiscales delegados la norma es acorde con el texto de la Carta; pero la norma cuando alude a funcionarios administrativos, la misma es claramente contraria a la Ley Fundamental*".

Por otra parte, resalta el actor que también entre los delegados del Fiscal General el artículo menciona a los "fiscales delegados especiales"; pero éstos no existen en la Constitución. En el art. 17-3 del Decreto Ley, también demandado, se dice que el Fiscal puede designar al vicefiscal, al director nacional de fiscalías, a los directores seccionales y a los fiscales en general, como fiscales delegados especiales cuando la necesidad del servicio lo exija o la gravedad o complejidad del asunto lo requieran. "*Mírese las graves consecuencias de sumar naranjas con manzanas, siendo que la Carta Política sólo determina como delegados del Fiscal General a los fiscales en sus diversas jerarquías, aquí se consagra la grave posibilidad de que funcionarios administrativos como lo son el Director Nacional de fiscalías, los directores seccionales y un cargo inexistente desde la perspectiva constitucional, que puedan ser designados como fiscales especiales*".

En este mismo orden de ideas, indica que según la jurisprudencia constitucional, la autonomía administrativa y presupuestal otorgada a la Fiscalía General de la Nación no cobija ciertas materias que tienen reserva de ley, y por tanto no pueden ser reglamentadas mediante actos administrativos; entre ellas, tiene reserva de ley la regulación de competencias judiciales. En las otras normas demandadas se citan varios casos en que el Fiscal General o el Director nacional de Fiscalías mediante resoluciones

administrativas desconocen la competencia establecida en la ley procesal y les asignan a fiscales especiales incompetentes el conocimiento de determinados procesos. Así, *"la existencia de fiscales especiales constituye una clara vulneración del principio del juez previamente determinado por la ley, que nos lleva de manera necesaria al juez ad hoc o al juez ex post facto, que por las directrices o insinuaciones que pueden acompañar la designación implica fatídicamente un seguro desconocimiento de trascendentales principios integradores del juez natural: su independencia y su imparcialidad".* Por lo mismo, se violan los artículos 4, 113, 189, 235, 249, 29, 228 y 230 de la Constitución, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

"Con fundamento en las motivaciones precedentes –concluye- solicitamos que se declare la inconstitucionalidad de los apartes destacados, pudiendo ser una constitucionalidad condicionada en relación con la competencia nacional del Fiscal General y de sus fiscales delegados, porque por ninguna circunstancia, gravedad o complejidad de la misma, dicha competencia puede comprender a los funcionarios administrativos como lo son el director nacional de fiscalías y los directores seccionales, ni cargos inexistentes como lo es el de vicefiscal general".

2. Artículo 2 del Decreto Ley 261 de 2000

2.1. Norma demandada
"ARTICULO 2º. EJERCICIO DE LA FUNCION JURISDICCIONAL. El Fiscal General de la Nación, el Vicefiscal General de la Nación y los Fiscales Delegados ante las distintas jerarquías del orden penal, ejercen las funciones jurisdiccionales que determine la ley."

2.2. Cargos formulados por el actor
El actor considera que el aparte demandado del artículo 2º del Decreto Ley 261 de 2000 viola la Constitución, por las razones señaladas en el acápite anterior, a saber, el hecho de que el Vicefiscal General de la Nación no fue previsto en la Carta Política como uno de los funcionarios de la Fiscalía que administran justicia.

3. Artículo 3º del Decreto Ley 261 de 2000

3.1. Norma demandada

"ARTICULO 3º. FUNCION BASICA. Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio, mediante denuncia o querella, por petición del Procurador General de la Nación, del Defensor del Pueblo o por informe de servidor público, investigar los delitos, declarar precluídas las investigaciones realizadas, calificar mediante acusación o preclusión y sustentar la acusación de los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes, excepto los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En cumplimiento de esta función, corresponde a la Fiscalía General de la Nación:
1. Asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento.
2. Si fuere del caso, tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito.
3. Dirigir y coordinar las funciones de Policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional, demás organismos previstos en la ley y los restantes entes públicos a los cuales de manera transitoria el Fiscal les haya atribuido tales funciones.
4. Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso.
5. Cumplir las demás funciones que le establezca la ley.
PARAGRAFO. La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asistan. En consecuencia, no podrá negarse a responder sus alegatos y peticiones ni a decretar aquellas pruebas que solicite para su defensa, salvo en los casos previstos en la ley."

3.2. Cargos formulados por el actor

Para el actor, el aparte demandado, al introducir una excepción al deber de los fiscales y jueces de responder a los argumentos que presenten los sujetos procesales, en particular a los formulados por la defensa, y a decretar las pruebas que éstos soliciten cuando éstas sean pertinentes y conducentes, viola el derecho de defensa protegido por la Constitución, estableciendo salvedades que ésta no consagra. "*Por ser los derechos*

de defensa, de probar y de contradicción probatoria, de rango constitucional no puede deferirse a la ley la posibilidad para que los limite o coarte…". Por ello, la disposición acusada vulnera los tratados internacionales que consagran el derecho de defensa, el derecho de probar y el de contradicción probatoria. "*Esta desconcertante norma vendría a legalizar y entronizar desde el punto de vista positivo, una lamentable e ilegal costumbre de los funcionarios judiciales de no dar respuesta a los alegatos de las partes…Es entonces una conclusión incontrovertible que el derecho de contradicción no puede tener restricciones en el ámbito del proceso penal y toda prueba aportada, allegada o practicada en su interior regular, oportuna y legalmente debe ser valorada so pena de conculcación de este constitucional derecho; de la misma manera que toda prueba que solicitada o aportada siendo pertinente y conducente no puede negarse su práctica, so pena de vulnerar los derechos constitucionales de contradicción probatoria, defensa y debido proceso*" Así mismo, señala que con la norma acusada se viola la obligación constitucional de motivar las sentencias judiciales, así como el derecho de acceso a la justicia.

4. Artículo 5º del Decreto Ley 261 de 2000 y Artículo 116 de la Ley 600 de 2000.

4.1. Normas demandadas

Decreto Ley 261 de 2000, Artículo 5º: *"Para el cumplimiento de las funciones constitucionales y legales, la Fiscalía General de la Nación tiene la siguiente estructura:*

1. Estructura Interna
1.1. Despacho del Fiscal General
1.1.1. Dirección de Asuntos Internacionales
1.1.2. Oficina de Planeación
1.1.3. Oficina Jurídica
1.2. Despacho del Vicefiscal General
1.2.1. Oficina de Protección y Asistencia
1.2.2. Centro de Información sobre Actividades Delictivas, CISAD
1.2.3. Oficina de Divulgación y Prensa
1.3. Despacho del Secretario General
1.3.1. Oficina de Control Interno
1.3.2. Oficina de Personal
1.3.3. Oficina de Veeduría, Quejas y Reclamos

1.4. Dirección Nacional de Fiscalías
1.4.1. Direcciones Seccionales de Fiscalías
1.4.2. Unidades Delegadas de Fiscalías
1.5. Dirección Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación
1.5.1. Direcciones Seccionales del Cuerpo Técnico de Investigación
1.5.2. Escuela de Investigación Criminal y de Ciencias Forenses
1.6. Dirección Nacional Administrativa y Financiera
1.6.1. Direcciones Seccionales Administrativas y Financieras.
2. Entidades Adscritas.
2.1. Establecimiento Público
2.1.1. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.
PARAGRAFO. La estructura podrá ser desarrollada por el Fiscal General de la Nación, para lograr un equilibrio racional de los recursos humanos, técnicos, financieros y logísticos en las diferentes áreas. Para ello se tendrá en cuenta entre otros principios, el de racionalización del gasto, eficiencia y fortalecimiento de la gestión administrativa y judicial y el mejoramiento en la prestación del servicio."

Ley 600 de 2000, Artículo 116: *"VICEFISCAL GENERAL DE LA NACION. Corresponde al Vicefiscal General de la Nación:*
1. Reemplazar al Fiscal General de la Nación en casos de impedimento procesal o de recusación aceptada y en sus ausencias temporales o definitivas, en este último caso hasta cuando la autoridad nominadora efectúe la designación correspondiente.
2. Coordinar bajo la dirección del Fiscal General de la Nación, el intercambio de información y de pruebas sobre nacionales o extranjeros implicados en delitos cometidos en el exterior.
3. Actuar como fiscal delegado especial en aquellos procesos y trámites que directamente le asigne el Fiscal General de la Nación.
4. Las demás que el Fiscal General de la Nación le asigne."

4.2. Cargos formulados por el actor
El actor considera que la regulación legal del Despacho del Vicefiscal General es inconstitucional por las razones señaladas en los acápites precedentes, a saber, el hecho de que el artículo 249 de la Constitución no enumera expresamente a este funcionario entre los integrantes de la Fiscalía que pueden cumplir funciones judiciales.

5. Artículo 6 del Decreto Ley 261 de 2000 y artículos 112 y 115-2 de la Ley 600 de 2000.

5.1. Normas demandadas
Decreto Ley 261 de 2000, Artículo 6º: *"Las funciones de la Fiscalía General se realizan a través de las Unidades Delegadas de Fiscalías, a nivel nacional, seccional y local, salvo que el Fiscal General o los Directores de Fiscalías destaquen un fiscal especial para casos particulares."*

Ley 600 de 2000, Artículo 112: *"FISCALIA GENERAL DE LA NACION. Componen la Fiscalía General de la Nación el Fiscal General de la Nación, el Vicefiscal General de la Nación, los fiscales delegados que éste designe para casos especiales y los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia, los tribunales superiores de distrito, los juzgados de circuito y los juzgados municipales."*

Ley 600 de 2000, Artículo 115: *"FISCAL GENERAL DE LA NACION. Corresponde al Fiscal General de la Nación:*

(…) 2. Cuando lo considere necesario, y en los casos excepcionales que requieran su atención directa, investigar, calificar y acusar, desplazando a cualquier fiscal delegado. Contra las decisiones que tome en desarrollo de la instrucción sólo procede el recurso de reposición."

5.2. Cargos formulados por el actor
Señala el actor que las normas reseñadas, al admitir la posibilidad de que el Fiscal, los Directores de Fiscalía o el Vicefiscal General de la Nación puedan designar fiscales para casos particulares o desplazarlos del conocimiento de un proceso para asignárselo a otro, "*vulneran el concepto constitucional del juez natural, particularmente los elementos de independencia, imparcialidad y juez previamente predeterminado por la ley*".

Explica que las normas aluden indistintamente, entre los diversos funcionarios de la Fiscalía autorizados para cambiar la asignación de procesos, a funcionarios jurisdiccionales y administrativos; para el actor, estos últimos "*no tienen capacidad ni competencia para tener ninguna ingerencia en la labor jurisdiccional que realizan los fiscales y mucho menos en la orientación que pueden dar a los procesos a ellos encargados o respecto a las decisiones que*

deben tomar". Por ejemplo, el artículo 6º del Decreto Ley 261 de 2000 otorga al Fiscal General y a los Directores de Fiscalía la facultad de reasignar procesos, "*y es bien sabido que estos últimos al ser funcionarios administrativos no pueden tener capacidad para reasignar los procesos que por reparto le hayan correspondido a un fiscal, porque ello supondría de manera necesaria que los mismos tuvieran conocimiento del proceso, que no estuviesen de acuerdo con la orientación que el fiscal respectivo le da al proceso, o que no esté de acuerdo con la decisión que vaya a tomar, porque aceptar tal situación es reconocer que los funcionarios administrativos de la Fiscalía en virtud de su alta jerarquía tienen competencia jurisdiccional para determinar el rumbo o la orientación de los procesos, por encima incluso de los fiscales responsables de los procesos…*".

En cualquier caso, señala que incluso la concesión de la facultad en cuestión al Fiscal General de la Nación constituye una violación de la garantía de legalidad del juez natural y de principio del juez predeterminado por la ley, que preservan la independencia e imparcialidad judicial, así como el principio de igualdad, ya que con éstos se busca evitar la posibilidad de jueces ad hoc o ex post facto, "*que por ser designados cuando los hechos han sucedido y cuando se conocen no solo los hechos y sus circunstancias, sino también las víctimas o perjudicados y fundamentalmente los sindicados, es claro que ésta designación a posteriori se presta para todo tipo de componendas, arbitrariedades y fundamentalmente para nombrar a un juez de bolsillo, porque con previas indicaciones sabe de antemano qué orientación debe darle al proceso o cómo debe resolverlo*". Explica que la posibilidad de que existan jueces ad hoc o ex post facto constituye un instrumento para que la Fiscalía se convierta en un medio de persecución de cualquier ciudadano.

En el mismo sentido, considera el demandante que con la facultad otorgada por el artículo 115-2 del Decreto Ley 261 de 2000 al Fiscal, en el sentido de que puede asumir el conocimiento, la instrucción y la acusación de procesos penales cuando lo considere conveniente, se viola principio de igualdad y se desconocen normas del debido proceso –tales como el principio del juez natural, es decir, el juez competente previamente determinado en la ley, independiente e imparcial -, y por lo mismo, los artículos 13, 29, 228 y 230 de la Constitución.

6. Artículo 10 del Decreto Ley 261 de 2000

6.1. Norma demandada

"ARTICULO 10. Los Fiscales Delegados actuarán siempre en representación de la Fiscalía General de la Nación bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General, sin perjuicio de la autonomía en sus decisiones judiciales."

6.2. Cargos formulados por el actor

El actor señala que la Fiscalía fue estructurada en forma jerárquica por la Constitución de 1991, y que el Fiscal General es su máxima autoridad; pero que con ello no se puede desconocer la distinción entre el ejercicio de funciones administrativas por los funcionarios de la Fiscalía –ámbito limitado únicamente por la legalidad y la racionalidad de las órdenes impartidas -, y el ejercicio de funciones jurisdiccionales por los mismos –en relación con el cual se aplica el principio de autonomía e independencia de la administración de justicia -. Así, explica que en este último ámbito "*a pesar de existir la misma jerarquía, los fiscales como jueces de la República que son, tienen entre sus características la independencia y por tanto en el ejercicio de sus funciones, bien en la actividad investigativa, bien en el momento de la toma de decisiones, son totalmente autónomos y en esas actuaciones ni siquiera el Fiscal General de la Nación tiene jerarquía constitucional ni legal para ordenarles en qué sentido deben orientar las investigaciones o cuáles las decisiones que deben tomar*". Por lo mismo, solicita que se declare la constitucionalidad condicionada del artículo, en el sentido de que la expresión según la cual los fiscales actuarán en representación de la Fiscalía y bajo la dependencia jerárquica de sus superiores, únicamente cobija a los superiores jerárquicos en el ámbito judicial cuando esté de por medio la decisión de un recurso interpuesto.

7. Artículo 11 del Decreto Ley 261 de 2000

7.1. Norma demandada

"ARTICULO 11. Para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, corresponde al Fiscal General de la Nación, los Directores de Fiscalías y los Fiscales a quienes se les asigne la función de Jefes o Coordinadores de Unidad: 1. Dirimir los conflictos de competencia entre las Unidades de Fiscalías bajo su autoridad y las de sus inferiores jerárquicos en el ámbito de su competencia.

2. Dirimir los conflictos de competencia que se presenten entre el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación y los demás organismos que desempeñen funciones de Policía Judicial. El Fiscal Jefe o Coordinador de cada Unidad dirimirá de plano los conflictos que se presenten al respecto entre las diversas Unidades Investigativas de Policía Judicial.
3. Efectuar el seguimiento y evaluar los resultados de las investigaciones adelantadas por las distintas Unidades de Fiscalías y Fiscales y cambiar su asignación cuando lo estime necesario, en orden a una pronta y cumplida administración de justicia. Los Jefes o Coordinadores de Unidad sólo podrán cambiar la asignación previa delegación efectuada por el Fiscal General de la nación o los Directores de Fiscalías, respectivamente.
4. Ejercer la facultad disciplinaria en los términos establecidos en la ley."

7.2. Cargos formulados por el actor
Explica el actor que, por la mezcla que se hace en la norma acusada de funcionarios administrativos y judiciales, se da lugar a que funcionarios puramente administrativos adquieran relevancia jerárquica sobre los funcionarios judiciales y por lo tanto puedan manipular la orientación de las investigaciones o las decisiones que en ellas se puedan tomar: "*Se les asignan funciones jurisdiccionales porque es evidente que al darles competencia para hacer el seguimiento a los procesos y evaluar los resultados de las investigaciones adelantadas por los fiscales, tienen que tener conocimiento del proceso y entrar a calificar no sólo la orientación, eficiencia y validez de la investigación sino las decisiones que en ellos hubieran tomado o deban tomar los fiscales en cada proceso*". Con ello, no sólo se les confieren poderes jurisdiccionales sino que se les otorga jerarquía sobre los funcionarios jurisdiccionales, lo cual afecta la independencia, imparcialidad y competencia de los fiscales.

Asimismo, explica que la facultad de reasignación de procesos que confiere la norma lleva a la designación de jueces *ad hoc y ex post facto.*

8. Artículo 12 del Decreto Ley 261 de 2000

8.1. Norma demandada
"ARTICULO 12. Corresponde al Fiscal General de la Nación, a los Directores de Fiscalías, a los Fiscales a quienes se les asigne la función de Jefes o Coordinadores de Unidad y demás Fiscales Delegados, dirigir y coordinar las investigaciones

adelantadas por el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General, por otros cuerpos de Policía Judicial, establecidos por la Constitución o las leyes y por aquellos facultados temporalmente para el ejercicio de estas funciones."

8.2. Cargos formulados por el actor
Para el actor, en la norma acusada se asignan funciones jurisdiccionales a los Directores de Fiscalía al confiárseles la dirección y coordinación de las investigaciones adelantadas por el CTI, con lo cual se configura una ingerencia indebida de funcionarios administrativos en la función de impartir justicia.

En cualquier caso, señala que esta atribución no se puede asignar ni siquiera al Fiscal General de la Nación ni a ningún superior jerárquico de los fiscales que conocen del proceso; la norma le confiere a quien dirija la Fiscalía un poder excesivo. "*…no sólo es inconstitucional la dirección y coordinación de las investigaciones del CTI por parte de los directores de fiscalía, sino que como ya se adelantó, igualmente lo serían las actividades que en el mismo sentido ejercieran el Fiscal General de la Nación y los jefes o coordinadores de unidad, ya que éstos en su calidad de tales, sólo pueden realizar ciertas funciones administrativas relacionadas con el funcionamiento de la respectiva unidad, pero es claro que no podrían tener ingerencia en las investigaciones adelantadas por los Fiscales adscritos a las mismas, puesto que de esta manera se estaría vulnerando la independencia judicial…*"

9. Artículo 17 del Decreto Ley 261 de 2000

9.1. Norma acusada
"ARTICULO 17. FUNCIONES. El Fiscal General de la Nación tiene la representación de la entidad frente a las autoridades de poder público así como frente a los particulares y además de las funciones especiales otorgadas por la Constitución Política, tiene las siguientes funciones generales:
1. Expedir reglamentos, órdenes, circulares y los manuales de organización y procedimientos conducentes a la organización administrativa y al eficaz desempeño de las funciones de la Fiscalía General de la Nación.
2. Nombrar, remover y definir las situaciones administrativas de los servidores de la entidad.

3. Designar al Vicefiscal, al Director Nacional de Fiscalías, a los Directores Seccionales de Fiscalías y a los Fiscales de las Unidades como Fiscales Delegados Especiales cuando la necesidad del servicio lo exija o la gravedad o complejidad del asunto lo requiera.
4. Dirigir, coordinar y controlar el desarrollo de la función investigativa y acusatoria contra los presuntos infractores de la ley penal, directamente o a través de sus delegados.
5. Ser vocero y responsable por las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación ante los demás estamentos del Estado y de la sociedad.
6. Asumir las investigaciones y acusaciones que ordena la Constitución y aquellas que en razón de su naturaleza, ameriten su atención personal.
7. Dirigir el intercambio de la información y pruebas sobre nacionales o extranjeros implicados en delitos cometidos en el exterior.
8. Expedir los manuales de procedimientos administrativos y de normas técnicas a que se deben someter los funcionarios de la Fiscalía General y de quienes cumplen funciones de Policía Judicial.
9. Reglamentar la recopilación de antecedentes penales al interior de la entidad.
10. Asignar la planta de personal a cada una de las dependencias de la Fiscalía, y modificarla cuando lo considere necesario.
11. Desarrollar y reglamentar en lo no previsto la estructura orgánica de la Fiscalía, con sujeción a los principios y reglas generales del presente decreto.
12. Diseñar e implementar un sistema de control interno que permita conocer y evaluar oportunamente la gestión de la Fiscalía General de la Nación y de sus servidores.
13. Comisionar a servidores de la Fiscalía General de la Nación en otras entidades oficiales, en desarrollo de las investigaciones que así lo ameriten.
14. Representar a la Nación - Fiscalía General, en los procesos judiciales, para lo cual podrá constituir apoderados especiales.
15. Suscribir, como representante legal de la Fiscalía General, los actos y contratos requeridos para el buen funcionamiento de la misma.
16. Otorgar atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir funciones de Policía Judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación.
17. Aprobar el anteproyecto del plan de desarrollo de la Fiscalía y enviarlo al Consejo Superior de la Judicatura para que sea consolidado con el plan de la Rama Judicial.

18. Aprobar el anteproyecto de presupuesto y enviarlo al Consejo Superior de la Judicatura para que sea consolidado con el presupuesto de la Rama Judicial.
19. Efectuar los traslados presupuestales dentro de las unidades ejecutoras de la Fiscalía General y solicitar al Gobierno las adiciones que considere pertinentes de conformidad con las normas generales del Presupuesto.
20. Trasladar cargos en la Fiscalía General de la Nación de acuerdo con la nomenclatura de empleos y la escala de salarios establecida.
En ejercicio de estas atribuciones, el Fiscal General no podrá crear con cargo al Tesoro, obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales.
21. Establecer el Manual de requisitos y funciones de cada uno de los empleos de la Fiscalía.
22. Formar parte o presidir los Consejos, Comisiones, Comités, Juntas y Estamentos Directivos que le señale la ley.
23. Nombrar, remover y definir las situaciones administrativas del Director del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.
24. Ejercer control de tutela sobre los establecimientos públicos adscritos a la Fiscalía General de la Nación y designar sus directores.
25. Determinar la representación de la Fiscalía General de la Nación en la Junta de Inteligencia Nacional, JIN, cuando sea requerida su participación en calidad de invitado.
26. Hacer las propuestas de evaluación de recompensas, de méritos y las menciones honoríficas que procedan.
27. Las demás funciones que le señale el presente estatuto y la ley."

9.2. Cargos formulados por el actor

Expone que el numeral 3 del artículo 17 del Decreto desconoce el principio de la organización tripartita del poder público al disponer que el Fiscal General puede designar como Fiscales Delegados Especiales a funcionarios administrativos, como son el Director Nacional de Fiscalías y los Directores Seccionales de Fiscalías. Agrega que el artículo 112 de la Ley 600 señala quiénes son los funcionarios judiciales de la Fiscalía General de la Nación y que los demás son funcionarios administrativos que no pueden ejercer funciones judiciales.

Sostiene que al estatuir el numeral 4 del artículo 17 del Decreto que es función del Fiscal General dirigir, coordinar y controlar el desarrollo de la función investigativa y acusatoria de manera directa o por medio de sus delegados, crea una total dependencia de los fiscales respecto de aquel, en cuanto el mismo puede indicar cómo deben orientarse y calificarse las investigaciones, lo cual es contrario al principio del juez natural, es decir, competente, independiente e imparcial, conforme a lo dispuesto en los artículos 13, 29, 228 y 230 superiores y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Universal de los Derechos Humanos.

Señala que al establecer el numeral 6 del artículo 17 del decreto que el Fiscal General tiene la función de asumir las investigaciones y acusaciones que en razón de su naturaleza ameriten su atención personal viola los principios del juez competente previamente determinado por la ley y el principio de igualdad ante la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades.

Alega que al prever el numeral 11 del artículo 17 del decreto que el Fiscal General tiene la función de desarrollar y reglamentar en lo no previsto la estructura orgánica de la Fiscalía, con sujeción a los principios y reglas generales del mismo decreto, confiere a aquel una facultad reglamentadora que es competencia exclusiva del Presidente de la República y desconoce los artículos 13, 29, 113, 189-11, 228 y 230 superiores.

10. Artículo 18 del Decreto Ley 261 de 2000

10.1. Norma acusada
"ARTICULO 18. DELEGACION. El Fiscal General de la Nación podrá delegar en los servidores de la Fiscalía las funciones que convengan al mejor cumplimiento de los objetivos de la entidad. Vigilará el desarrollo de la delegación y reasumirá las facultades delegadas cuando lo considere necesario.

Las funciones previstas en el numeral segundo del artículo 251 de la Constitución Política podrá delegarlas en los Directores Nacionales y Seccionales de la Fiscalía.

PARAGRAFO. En su condición de nominador el Fiscal General de la Nación podrá delegar la facultad de expedir y suscribir los actos administrativos relacionados con la aceptación de renuncias; la vacancia por abandono del cargo; el retiro por pensión de jubilación o invalidez absoluta, muerte o retiro forzoso motivado por la edad. Así mismo podrá delegar el conferir las situaciones administrativas, los movimientos de personal y la ejecución de las sanciones disciplinarias impuestas a servidores de la Fiscalía por autoridad competente."

10.2. Cargos formulados por el actor

Considera que el inciso 1º de artículo 18 del Decreto, que contempla la delegación de funciones por parte del Fiscal General, es contrario al artículo 251 de la Constitución, que establece las funciones especiales del Fiscal General de la Nación, pues las atribuciones señaladas en éste deben ser ejercidas directamente por aquél y son indelegables, y quebranta también el artículo 243 ibídem porque la Corte Constitucional mediante sentencia C-472 de 1994, declaró inexequible un aparte del artículo 17 de la Ley 81 de 1993, que modificó el artículo 121 del anterior Código de Procedimiento Penal, el cual atribuía al Fiscal General la función de investigar, calificar y acusar, si a ello hubiere lugar, directamente o por conducto de sus delegados de la Unidad de Fiscalía ante la Corte suprema de Justicia, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional con las excepciones previstas en la Constitución.

11. Artículo 22 del Decreto Ley 261 de 2000

11.1. Norma acusada

"ARTICULO 22. FUNCIONES. <u>El Vicefiscal General de la Nación tiene las siguientes funciones:</u>

<u>1. Representar al Fiscal General de la Nación en todas las actuaciones en las que haya sido delegado por él.</u>

<u>2. Reemplazar al Fiscal General en sus ausencias temporales o definitivas, en este último caso hasta cuando la autoridad nominadora efectúe la designación correspondiente.</u>

<u>3. Reemplazar al Fiscal General en caso de impedimento procesal.</u>

<u>4. Coordinar bajo la dirección del Fiscal General de la Nación, la asistencia judicial, el intercambio de información y de pruebas sobre nacionales o extranjeros implicados en delitos cometidos en el exterior.</u>

5. Actuar como Fiscal Delegado especial, en aquellos procesos o actuaciones judiciales que directamente le asigne el Fiscal General de la Nación.
6. Asesorar al Fiscal General en la formulación de las políticas de la entidad.
7. Coordinar la cooperación técnica internacional con los distintos gobiernos y agencias internacionales interesadas en el desarrollo de los programas que adelanta la Fiscalía General de la Nación.
8. Dirigir y controlar el funcionamiento de las dependencias que conforman su Despacho.
9. Las demás que le sean asignadas por la ley, o delegadas por el Fiscal General de la Nación y que guarden relación con la naturaleza de su cargo."

11.2. Cargos formulados por el actor
Manifiesta que el artículo 22 del decreto, que contempla las funciones del Vicefiscal General de la Nación, asigna funciones a un cargo que no ha sido creado ni por la Constitución ni por la ley.

Afirma que el numeral 2 de dicho artículo establece que el Vicefiscal puede reemplazar al Fiscal General en sus ausencias temporales o definitivas, con lo cual el primero puede llegar a ser cabeza de la rama judicial y por tanto ejercer funciones constitucionales que están reservadas al segundo.

Aduce que el numeral 5 del mismo artículo, que faculta al Vicefiscal para actuar como Fiscal Delegado Especial en aquellos procesos o actuaciones judiciales que directamente le asigne el Fiscal General de la Nación, vulnera el principio del juez previamente determinado por la ley.

12. Artículo 30 del Decreto Ley 261 de 2000

12.1. Norma acusada
"ARTICULO 30. DIRECCION NACIONAL DE FISCALIAS. La Dirección Nacional de Fiscalías tiene las siguientes funciones:
1. Asesorar al Fiscal General de la Nación en la formulación de políticas referidas a las funciones de investigación y acusación y, una vez definidas, velar por su adecuado cumplimiento.
2. Asesorar a las Direcciones Seccionales y Unidades de Fiscalías, en todo lo pertinente a sus funciones de investigación y acusación.

3. Dirigir, coordinar, asignar y controlar las actividades de investigación y acusación adelantadas por las Unidades de Fiscalías adscritas.
4. Velar porque las actuaciones asociadas con el cumplimiento de las funciones de investigación y acusación se adelanten de conformidad con la Constitución, la ley, los reglamentos establecidos y las políticas de la Fiscalía General de la Nación.
5. Asignar el trámite, a través de sus unidades de Fiscalías adscritas, de las apelaciones y consultas contra las decisiones tomadas por las Unidades de Fiscalías adscritas a las Direcciones Seccionales.
6. Dirigir la obtención de la información estadística acerca de las investigaciones y acusaciones adelantadas por la Fiscalía General y realizar las evaluaciones pertinentes como soporte a la formulación de la política criminal.
7. Adelantar el seguimiento a la gestión de las Unidades de Fiscalías y tomar las medidas necesarias para su efectivo funcionamiento.
8. Diseñar mecanismos para que los fiscales a todos los niveles, recauden las pruebas que permitan establecer el perjuicio y su cuantía, así como para que se adopten las medidas precautelativas necesarias para asegurar el resarcimiento de los daños a las víctimas.
9. Participar, en coordinación con la Secretaría General y las otras Direcciones Nacionales en la elaboración del Plan Integral de Capacitación de la Fiscalía General de la Nación.
10. Coordinar con la Dirección Nacional de Cuerpo Técnico de Investigación y la Dirección Nacional Administrativa y Financiera, las acciones tendientes al desarrollo eficaz de la función de investigación en la Fiscalía General de la Nación.
11. Dirigir y controlar el funcionamiento de las dependencias que conforman la Dirección Nacional de Fiscalías.
12. Las demás funciones que sean asignadas por el Fiscal General y que guarden relación con la naturaleza de la dependencia."

12.2. Cargos formulados por el actor

Expone que los numerales 2 y 3 del artículo 30 del decreto asignan a la Dirección Nacional de Fiscalías funciones de asesoría, dirección, coordinación, asignación y control de las actividades de investigación y acusación de las Direcciones Seccionales y de todas las unidades de fiscalías.
Indica que en este caso también se asignan funciones judiciales a funcionarios administrativos, a los cuales además quedan subordinados los fiscales en el ejercicio de sus funciones judiciales, con violación de los principios de tridivisión del poder público y de independencia judicial.

Expresa que la función de asesoría prevista en el numeral 2 de dicho artículo es inconstitucional si se aplica en casos concretos y que las funciones previstas en el numeral 3 del mismo son en todo caso inconstitucionales por referirse a la investigación y la acusación en casos concretos.
Afirma que al atribuir el numeral 5 del referido artículo al Director de Fiscalías la función de asignar el trámite, a través de sus Unidades de Fiscalías adscritas, de las apelaciones y consultas contra las decisiones tomadas por las Unidades de Fiscalías adscritas a las Direcciones Seccionales, quebranta el principio según el cual la competencia judicial debe estar establecida en la Constitución o en la ley, el cual impide que la misma sea fijada mediante actos administrativos.

13. Artículo 31 del Decreto Ley 261 de 2000

13.1. Norma acusada
"ARTICULO 31. Las Unidades de Fiscalías adscritas a la Dirección Nacional de Fiscalías tienen las siguientes funciones:

1. Adelantar las investigaciones y presentar las acusaciones de los presuntos infractores de la ley penal, que sean de su conocimiento en el ámbito de su competencia.
2. Dirigir, coordinar y asignar el desarrollo de las funciones de investigación adelantadas por las Unidades del Cuerpo Técnico de Investigación y de Policía Judicial que intervengan en ellas.
3. Actuar ante las autoridades judiciales que determine la ley.
4. Resolver los recursos de apelación y de hecho interpuestos contra las decisiones proferidas en primera instancia por las Unidades de Fiscalías adscritas a las Direcciones Seccionales, y las consultas de estas mismas providencias cuando hubiere lugar a ello.
5. Expedir, a través de los Fiscales que las conforman, órdenes de captura, allanamiento, intervención de comunicaciones, registro de correspondencia, vigilancia electrónica y demás actuaciones inherentes a la investigación de los hechos punibles, de conformidad con la ley.
6. Las demás funciones que les sean asignadas por el Fiscal General o el Director Nacional de Fiscalías y que guarden relación con la naturaleza de la dependencia."

13.2. Cargos formulados por el actor
Señala que al establecer el numeral 2 del artículo 31 del Decreto que las Unidades de Fiscalías adscritas a la Dirección Nacional de Fiscalías tendrán, entre otras, la función de dirigir, coordinar y asignar el desarrollo de las funciones de investigación adelantadas por las Unidades del Cuerpo Técnico de Investigación y de Policía Judicial que intervengan en ellas, vulnera el principio de la independencia judicial, pues esa función debe ser cumplida por el fiscal que tiene a su cargo el proceso respectivo, con el fin de orientar la investigación y adoptar las decisiones en forma autónoma, y no por los jefes o los coordinadores de dichas unidades.

14. Artículo 32 del Decreto Ley 261 de 2000

14.1. Norma acusada
"ARTICULO 32. DIRECCIONES SECCIONALES. Las Direcciones Seccionales de Fiscalías tienen las siguientes funciones:

1. Dirigir, coordinar, asignar y controlar las actividades de investigación y acusación adelantadas por las Unidades de Fiscalía adscritas.
2. Velar por que las actuaciones asociadas con el cumplimiento de las funciones de investigación y acusación se adelanten de conformidad con la Constitución, la ley, los reglamentos establecidos y las políticas de la Fiscalía General.
3. Adelantar, por intermedio de las Unidades de Fiscalías adscritas, las actividades inherentes a la investigación y acusación de los presuntos infractores de la ley penal.
4. Tramitar, a través de las Unidades de Fiscalías adscritas, las apelaciones contra las decisiones tomadas por las Unidades Locales de Fiscalías.
5. Coordinar con la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación y con la Dirección Seccional Administrativa y Financiera, las acciones tendientes al desarrollo efectivo de la función de investigación.
6. Las demás funciones que les sean asignadas por el Fiscal General o el Director Nacional de Fiscalías y que guarden relación con la naturaleza de la dependencia."

14.2. Cargos formulados por el actor
Asevera que en el artículo 32 se repiten las mismas infracciones de la Constitución Política, al preceptuar que las Direcciones Seccionales de las Fiscalías tienen las funciones, entre otras, de dirigir, coordinar, asignar

y controlar las actividades de investigación y acusación adelantadas por las Unidades de Fiscalía adscritas (numeral 1), velar por que las actuaciones asociadas con el cumplimiento de las funciones de investigación y acusación se adelanten e conformidad con las políticas de la Fiscalía General (numeral 2), adelantar, por intermedio de las Unidades de Fiscalías adscritas, las actividades inherentes a la investigación y acusación de los presuntos infractores de la ley penal (numeral 3) y tramitar, a través de las Unidades de Fiscalías adscritas, las apelaciones y contra las decisiones tomadas por las Unidades Locales de Fiscalías (numeral 4).

Señala que este último numeral asigna a dicho cargo funciones judiciales que constitucionalmente no puede tener y coloca a su titular en situación de primacía jerárquica sobre los funcionarios propiamente jurisdiccional.

15. Artículo 42 del Decreto Ley 261 de 2000
La demanda no formula cargos contra el artículo 42 del decreto 261 de 2000, a pesar de haberse incluido en el señalamiento de las normas acusadas.

16. Artículos 75-9 y 115-5 de la Ley 600 de 2000

16.1. Norma acusada
"ARTICULO 75. DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce:
(…) 9. Del juzgamiento del viceprocurador, vicefiscal, magistrados de los consejos seccionales de la Judicatura, del Tribunal Superior Militar, del Consejo Nacional Electoral, fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia y tribunales superiores de distrito, procuradores delegados, Registrador Nacional del Estado Civil, Director Nacional de Fiscalía y directores seccionales de fiscalía.
(…) ARTICULO 115. FISCAL GENERAL DE LA NACION. Corresponde al Fiscal General de la Nación:
(…) 5. Investigar, calificar y acusar, si a ello hubiere lugar, al Viceprocurador General de la Nación, al Vicefiscal General de la Nación y a los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia."

16.2. Cargos formulados por el actor
Para el actor, los artículos 115-5 y 75-9 de la Ley 600 de 2000 constituyen adiciones al texto constitucional, ya que en ellos se concede fuero constitucional a quien el constituyente no lo otorgó, por lo cual se viola el artículo 235 de la Constitución.

III. INTERVENCIONES

1. Intervención de la Defensoría del Pueblo

Mediante escrito presentado el 10 de abril de 2003, la ciudadana Olga Lucía Gaitán García, obrando en representación de la Defensoría del Pueblo, solicita a la Corte que declare la inexequibilidad de las disposiciones acusadas, con los siguientes fundamentos:
Manifiesta que por cumplir los fiscales funciones judiciales están sometidos al cumplimiento de las garantías del juez natural y la independencia de los jueces y que ésta se predica respecto de otros órganos del poder público y también respecto de otros funcionarios de la misma rama judicial.
Señala que *"la Defensoría del Pueblo considera que la prohibición de injerencias incluye el derecho a que las personas sometidas a cualquier forma de investigación penal tengan acceso a la justicia a través de autoridades que hayan sido asignadas previamente de acuerdo con parámetros normativos establecidos con claridad y objetividad, condiciones éstas que no prevén las normas acusadas, las cuales dejan en cabeza del Fiscal General, en el mejor de los casos, y no pocas veces en funcionarios de segundo orden la facultad de 'destacar' fiscales especiales para situaciones particulares o de 'desplazar' a los fiscales delegados para un caso concreto o de reasignar investigaciones una vez iniciadas y cuando tales funcionarios unilateralmente lo estimen procedente.*

"La garantía de la independencia del juez natural se pierde cuando normas como las demandadas contemplan facultades asignadas a los funcionarios que integran la Dirección Nacional de Fiscalías, para 'dirigir, coordinar, asignar, y controlar las actividades de investigación y acusación adelantadas por las unidades de fiscalías adscritas'. De esta forma el llamado sometimiento al imperio de la ley, la independencia y la garantía del juez natural se ven relegados a la voluntad de los funcionarios que en últimas terminan 'controlando' las funciones de investigación y acusación adelantadas por quienes tienen la titularidad de las mismas".

Sostiene que en el control de constitucionalidad de las normas mencionadas debe tomarse también como referencia la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, que conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional integra el bloque amplio de constitucionalidad y cuyo artículo 5 dispone que ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias. Añade que algunas de las disposiciones acusadas son contrarias a este mandato.

En relación con el parágrafo del artículo 3 del Decreto Ley 261 de 2000, que contempla el principio de la investigación integral y establece que la Fiscalía General no podrá negarse a responder los alegatos y peticiones del imputado ni a decretar las pruebas que solicite para su defensa, salvo en los casos previstos en la ley, considera que vulnera los derechos al debido proceso y de petición, los cuales no admiten excepciones.

Finalmente indica que el Congreso de la República expidió el Acto Legislativo 03 de 2002, por medio del cual se modificaron las funciones de la Fiscalía General de la Nación, pero el mismo determina que la aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1º de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva, con un plazo hasta el 31 de diciembre de 2008 para que aquél entre en vigencia plenamente, por lo cual el objeto de la demanda es válido.

2. Intervención del Instituto Colombiano de Derecho Procesal

Por medio de escrito recibido el 11 de abril de 2003, la ciudadana Angela María Buitrago Ruiz, actuando en representación del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, formuló las siguientes consideraciones:
Expresa que las normas acusadas que contemplan la asignación y reasignación de competencias por parte del Fiscal General o de otros funcionarios de la Fiscalía General quebrantan los principios constitucionales del juez natural y de la independencia judicial.

Afirma que el cargo de Vicefiscal es dependiente del Fiscal, y no autónomo, y que la asignación de sus funciones no es contraria al ordenamiento superior. Agrega que, no obstante, las disposiciones que atribuyen al primero la función de reemplazar al Fiscal General vulneran la Constitución, por no cumplirse los requisitos previstos en ésta.

En relación con el parágrafo del artículo 3 del Decreto 261 de 2000, que consigna el principio de la investigación integral y dispone que la Fiscalía General no podrá negarse a responder los alegatos y peticiones del imputado ni a decretar las pruebas que solicite para su defensa, salvo en los casos previstos en la ley, expone que vulnera el derecho de defensa porque según la Constitución éste es pleno y no puede ser restringido. Estima que algunas de las normas demandadas atribuyen funciones judiciales a funcionarios administrativos y que ello es contrario a la Constitución. Indica que el principio de jerarquía sólo es aplicable en materia administrativa y no en materia judicial.

Argumenta que el artículo 18 del decreto reitera una disposición sobre delegación de funciones del Fiscal General para investigar y acusar a personas con fuero, la cual fue declarada inconstitucional mediante la Sentencia C-472 de 1994 dictada por la Corte Constitucional, y que debe cumplirse el principio de la cosa juzgada constitucional.

3. Intervención de la ciudadana Ana Rosa Quiñónez

Mediante escrito presentado el 21 de abril de 2003, la ciudadana Ana Rosa Quiñónez defiende de un lado e impugna de otro las disposiciones que son objeto de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

Después de hacer algunas consideraciones sobre la jurisdicción y la competencia afirma que la Fiscalía General de la Nación pertenece a la rama judicial y tiene autonomía administrativa, financiera y presupuestal. Señala que el cargo de Vicefiscal General de la Nación no ha sido creado por la Constitución ni por la ley.

Expresa que conforme al artículo 12 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, el Fiscal General de la Nación, el Vicefiscal y los Fiscales Delegados ante las distintas jerarquías judiciales del orden penal ejercen

las funciones jurisdiccionales que determine la ley. Agrega que por ser integral y definitivo el control de constitucionalidad de una ley estatutaria, no es posible acusar por inconstitucionalidad la atribución de jurisdicción al Vicefiscal Genera de la Nación en el Decreto Ley 261 de 2000 y la Ley 600 el mismo año, por haber operado la cosa juzgada conforme a la sentencia C-037 de 1996.

Expone que por no tener el Vicefiscal General de la Nación fuero constitucional, conforme a lo dispuesto en el artículo 251 Superior el Legislador no podía establecer en el artículo 115 de la Ley 600 de 2000 que es función del Fiscal General investigar, calificar y acusar a dicho funcionario, si a ello hubiere lugar.

Indica que, con base en lo previsto en el artículo 116 de la Constitución y 12 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, el Director Nacional de Fiscalías y los Directores Seccionales de Fiscalías no son titulares de jurisdicción y en consecuencia no pueden ser delegatarios de la misma, de modo que al recibir dicha delegación se vulneran esas normas y también los artículos 29, 228, 229 y 230 superiores.

Respecto del artículo 10 del Decreto Ley 261 de 2000, según el cual los fiscales delegados actuarán siempre en representación de la Fiscalía General de la Nación bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General, sin perjuicio de la autonomía en sus decisiones judiciales, considera que existe cosa juzgada, en virtud de la sentencia C-558 de 1994, que declaró exequible en forma condicionada un aparte del artículo 19 del Decreto 2600 de 1991, el cual contenía el anterior Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación.

4. Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia

Por medio de escrito radicado el 21 de abril de 2003, la ciudadana Ana Lucía Gutiérrez Guingue, obrando en nombre del Ministerio del Interior y de Justicia, solicita a la Corte que declare la exequibilidad de las disposiciones acusadas, con base en las siguientes razones:

Formula algunas consideraciones generales sobre los principios de la buena fe y de la confianza legítima, con apoyo en sentencias de la Corte Constitucional, y expresa que tratándose de la administración de justicia dichos principios adquieren relevancia en cuanto se traducen en la prevalencia del derecho sustancial, en el sometimiento de los jueces al imperio de la ley y en la administración de justicia con sustento en criterios auxiliares como la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del Derecho y la doctrina.

Afirma que el Acto Legislativo 03 de diciembre 19 de 2002 modifica los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución y dispone en su artículo 5 que entrará a regir "*a partir de su aprobación, pero se aplicará de acuerdo con la gradualidad que determine la ley*". A continuación cita apartes de la sentencia C-443 de 1997 proferida por la Corte Constitucional, en los cuales se hace la distinción entre los conceptos de validez, vigencia, derogación y eficacia de la ley y señala que dicho acto legislativo es válido y se encuentra vigente, por lo cual el examen sobre la constitucionalidad de las normas demandadas debe hacerse con referencia a las nuevas normas contenidas en él.

Citando pronunciamientos de esta Corporación sostiene que cuando las normas legales existentes son manifiestamente contrarias a las nuevas normas constitucionales, aquellas deben ser declaradas inexequibles y que, por el contrario, cuando las primeras guardan coherencia y concordancia con las segundas, las mismas deben mantenerse en el ordenamiento jurídico.

Señala que algunas de las normas demandadas no sólo guardan armonía con las nuevas normas constitucionales, sino que también han sido acogidas por el constituyente, por lo cual si se hiciera su cotejo se llegaría a la situación absurda de cuestionar la constitucionalidad de un mandato superior.

Expone que corresponde al estatuto superior definir los mecanismos de administración de justicia y consagrar los principios, derroteros y límites de tal actividad, dejando la reglamentación correspondiente al legislador, como lo hace el artículo 116 Superior. Manifiesta que por tanto son

inaceptables las consideraciones del demandante en torno a la inexistencia del cargo de Vicefiscal General de la Nación y que las calidades de éste deben ser las mismas del Fiscal Genera, por estar llamado aquel a suplir la ausencia de éste.

Asevera que el numeral 9 del artículo 250 superior, reformado por el artículo 2º del Acto Legislativo 03 de 2002, remite a la ley el desarrollo de las funciones de la Fiscalía General de la Nación, y plantea que es inexacta la afirmación del demandante en el sentido de que conforme al artículo 249 de la Constitución solamente el Fiscal General y los fiscales delegados ejercen funciones judiciales y los demás funcionarios de la entidad desempeñan funciones administrativas. Añade que es constitucional la delegación de funciones de diversa naturaleza, incluidas las judiciales, al Director Nacional y los Directores Seccionales de Fiscalías y a los Fiscales Delegados Especiales.

En relación con la delegación de la facultad del Fiscal General de la Nación para investigar, calificar y acusar a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución, facultad señalada en el artículo 251 Superior, expresa que la Corte Constitucional en la sentencia C-472 de 1994, reiterada en la sentencia T-348 de 1995, señaló que dicha facultad no puede ser objeto de delegación pero puede ser objeto de comisión, siempre y cuando aquel funcionario adopte las decisiones de calificación y acusación o abstención de ésta.

Arguye que siendo la Fiscalía General de la Nación una entidad judicial, nada impide que conforme a las normas legales cambie la radicación de procesos y designe un funcionario especial para adelantar la instrucción correspondiente, en cuanto con ello se busca asegurar una pronta y eficiente administración de justicia.

Opina que las atribuciones de dirección, coordinación y seguimiento atribuidas al Fiscal General de la Nación, y por su conducto a sus delegados, se ajustan a la Constitución en cuanto implican una garantía de coherencia y seguridad jurídicas e igualdad de trato en la administración de justicia, sin que se quebrante el principio de independencia judicial. Indica que en el mismo sentido es inevitable que tales funciones del

Fiscal General se desconcentren a través de los directores, jefes de unidad y coordinadores.

Señala que según el parágrafo del artículo 3º del Decreto Ley 261 de 2000, la Fiscalía General no podrá negarse a responder las peticiones y los alegatos que presente el imputado, ni a decretar las pruebas que solicite para su defensa, salvo en los casos previstos en la ley, y que esta disposición no es contraria al derecho de defensa pues sólo persigue asegurar la lealtad procesal y evitar el entorpecimiento de la recta administración de justicia.

5. Intervención del Fiscal General de la Nación

Mediante escrito presentado el 21 de abril de 2003, el ciudadano Luis Camilo Osorio Isaza, Fiscal General de la Nación, formula las siguientes consideraciones:

Sostiene que la Fiscalía General de la Nación tiene un esquema piramidal en cuya cúspide se encuentra el Fiscal General y que su actividad está sometida a un control jerárquico de naturaleza administrativa, que no afecta la independencia de los fiscales en el ejercicio de sus funciones judiciales. Afirma que así fue considerado por la Corte Constitucional en la sentencia C-558 de 1994.

Expresa que en ese contexto el Fiscal General tiene la posibilidad de reasignar procesos y nombrar fiscales especiales para un determinado caso, pues dichas medidas están encaminadas al dinamismo y la eficacia de la administración de justicia, con los mejores recursos humanos disponibles y buscando el beneficio social, lo cual fue dilucidado y convalidado por la Corte Constitucional en la sentencia C-155 de 1996.

Indica que dichas decisiones del Fiscal General no vulneran el principio del juez natural, porque la existencia del nuevo funcionario está prevista en la ley antes de la conducta punible que se investiga, de modo que sólo hay un desplazamiento del servidor público y no de sus funciones. Por otra parte, el fiscal no ostenta la calidad de juez sino la de investigador y acusador, que debe actuar respetando el derecho de defensa y, en general, el debido proceso.

En relación con el cargo por la presunta inexistencia del cargo de Vicefiscal General de la Nación argumenta que la Constitución no es omnicomprensiva y su desarrollo corresponde a la ley. De ello se colige que el legislador puede crear, suprimir o modificar cargos como aquel, lo cual refuerza el numeral 2 del artículo 251 superior al facultar al Fiscal General para nombrar y remover, de conformidad con la ley, a los empleados bajo su dependencia. Por tanto, los artículos 22 del Decreto Ley 261 de 2000 y 116 de la Ley 600 de 2000 se ajustan a la Constitución.

Expone que el otorgamiento de fuero de juzgamiento ante la Corte Suprema de Justicia a las personas señaladas en el artículo 75, numeral 9, de la Ley 600 de 2000 no quebranta el artículo 235 Superior, porque el mismo puede ser conferido también por el legislador.

Estima que el artículo 1º del Decreto Ley 261 de 2000, que contempla la estructura de la Fiscalía General, no infringe el artículo 249 Superior, pues aquel desarrolla éste al señalar expresamente quiénes son fiscales delegados.

Manifiesta que el Vicefiscal General de la Nación, el Director Nacional de Fiscalías y los Directores Seccionales de Fiscalías ejercen funciones jurisdiccionales, como puede deducirse claramente del contenido del artículo 12 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

Respecto del cargo contra el parágrafo del artículo 3º del citado decreto, en virtud del cual la Fiscalía General de la Nación no podrá negarse a responder los alegatos y peticiones del imputado ni a decretar las pruebas que solicite para su defensa, salvo en los casos previstos en la ley, solicita a la Corte que tenga en cuenta el examen realizado por la Corporación en relación con una disposición idéntica contenida en el parágrafo del artículo 23 de la Ley 270 de 1996, la cual fue declarada exequible mediante la sentencia C-037 de 1996.

Dictamina que el cargo contra el artículo 18 del referido decreto, sobre delegación por parte del Fiscal General, tiene una sustentación errada, en cuanto atribuye a la disposición un contenido que no tiene, por lo cual la decisión debe ser inhibitoria. Agrega que en caso de que la Corte

adopte decisión de fondo, la norma debe declararse constitucional, pues la delegación ha de entenderse para funciones totalmente distintas a las consagradas en el artículo 251, numeral 1, superior, como lo señaló la Corporación en las sentencias C-558 de 1994 y C-037 de 1996.

Finalmente expresa que las acusaciones contra los numerales 3, 4, 6 y 16 del artículo 17 del Decreto Ley 261 de 2000 no resisten examen alguno, pues ellos reproducen las funciones asignadas al Fiscal General de la Nación en los artículos 249, 250 y 251 de la Constitución.

IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Mediante Concepto No. 3227 radicado el 20 de mayo de 2003, el Procurador General de la Nación, Edgardo José Maya Villazón, solicita a la Corte que declare la exequibilidad de las disposiciones acusadas, con los siguientes fundamentos:

Expresa que la Fiscalía General de la Nación fue creada como ente titular de la acción penal en nombre del Estado para la etapa de la investigación de los procesos penales. En la etapa del juzgamiento el fiscal es un sujeto procesal encargado de acusar al presunto infractor de la ley penal ante los jueces del conocimiento.

Manifiesta que las disposiciones constitucionales sobre composición y funciones de la Fiscalía General de la Nación no constituyen una regulación acabada, por lo cual el legislador es el encargado de precisar y especificar la materia. Agrega que por ello cuando los artículos 1, 2 y 5 del Decreto Ley 261 de 2000 señalan que el Despacho del Vicefiscal General de la Nación hace parte de la estructura interna de la Fiscalía General y que ejerce funciones jurisdiccionales con competencia en todo el territorio nacional, se ajustan a lo dispuesto en los artículos 150, 249 y 250 Superiores.

Estima que así mismo se ciñe a la Constitución que las normas demandadas hayan establecido que los Directores Nacional y Seccionales de Fiscalías y los Fiscales Especiales sean delegados del Fiscal General de la

Nación, para el cumplimiento de las funciones de éste, en cuanto lo que hizo el legislador fue tomar las funciones atribuidas a la Fiscalía, por las cuales es responsable el Fiscal General como titular del ente acusador, y distribuirlas en los funcionarios y dependencias de los distintos niveles, de tal manera que se asegure que, sin perjuicio de la autonomía judicial de los fiscales, los mismos estén dirigidos por el titular del organismo, quien debe asegurarse de que las labores se desarrollen conforme a la política criminal fijada por el Estado.

Asevera que el parágrafo del artículo 3º del decreto contempla el principio de la investigación integral como garantía de los investigados, en cuanto impone a la Fiscalía General de la Nación el deber de investigar no sólo lo desfavorable sino también lo favorable para ellos, por lo cual no puede negarse a responder sus alegatos y peticiones ni a decretar pruebas que soliciten para su defensa, y que a excepción, en el sentido de que podrán negarse cuando la ley lo autorice, no viola el derecho fundamental al debido proceso porque éste no es absoluto y puede ser limitado por el legislador, por ejemplo cuando la petición es irrespetuosa, siempre y cuando no desconozca los derechos constitucionales.

Expresa que el artículo 6º del Decreto Ley 261 de 2000 y el artículo 112 de la Ley 600 de 2000 autorizan al Fiscal General y a los Directores de Fiscalías para que destaquen un Fiscal Especial en casos particulares, y el artículo 115, numerales 2 y 4, de la Ley 600 de 2000 faculta al primero para que en casos excepcionales que requieran atención directa desplace a cualquier fiscal delegado. Así mismo, durante la instrucción y cuando sea necesario para asegurar su eficiencia podrá ordenar la remisión de la actuación adelantada por un fiscal delegado al despacho de cualquier otro mediante resolución motivada.

Conceptúa que estas disposiciones no vulneran los principios de separación de poderes, independencia judicial y juez natural porque el Fiscal General de la Nación y los Directores Nacional y Seccionales de Fiscalías son titulares de funciones administrativas para asegurar el cumplimiento de las funciones de investigación y acusación en forma eficiente y eficaz. Agrega que también es juez natural el previamente establecido en

la ley para cuando ocurran las circunstancias que justifiquen la reasignación del proceso.

Plantea que los artículos 75, numeral 9, y 115, numeral 5, de la Ley 600 de 2000 atribuyen a la Corte Suprema de Justicia y al Fiscal General de la nación el juzgamiento y la investigación, calificación y acusación, respectivamente, de altos funcionarios, entre los cuales están algunos que no tienen fuero en virtud de lo dispuesto en el artículo 235 Superior, o que no es inconstitucional porque el legislador puede hacer uso de su potestad de configuración en la materia y establecer un fuero legal especial para dichos funcionarios por razón de sus funciones y responsabilidades.

Señala que los artículos 116 de la Ley 600 de 2000 y 22 del Decreto Ley 261 de 2000 contemplan las funciones del Vicefiscal General de la Nación, que el artículo 249 Superior autoriza la creación legal de dicho cargo y que las funciones asignadas al mismo en las normas acusadas son las mismas contempladas en forma general en aquella disposición de la Constitución y en el artículo 250 ibídem, por lo cual considera que con base en la potestad de configuración legislativa tales normas se ajustan al ordenamiento superior.

En relación con los artículos 11 del Decreto Ley 261 de 2000, que señala funciones del Fiscal General de la Nación, los Directores de Fiscalías y los Fiscales Jefes o Coordinadores de Unidad, y 17 del mismo decreto, que contempla las funciones del Fiscal General de la Nación, afirma que éste último funcionario tiene funciones tanto judiciales como administrativas y que son de orden constitucional y legal.

Indica que la disposición contenida en el numeral 3º del artículo 11 del Decreto, sobre seguimiento y evaluación de los resultados de las investigaciones y reasignación de procesos, se ajusta a lo dispuesto en los artículos 249, 250 y 251 de la Constitución, en cuanto la Fiscalía General debe tener unidad de dirección en materia de investigación, calificación y acusación y requiere un control jerárquico en el campo administrativo, pero en el campo judicial rige el principio de independencia y en consecuencia los medios de control son los recursos.

Anota que cuando el Fiscal General designa funcionarios especiales judiciales no se vulnera el principio del juez natural, por ser una institución excepcional y siempre que se utilice para garantizar la imparcialidad e independencia del funcionario y la eficiencia de la entidad.

Con referencia al numero 4º del artículo 17 del Decreto Ley 261 de 2000, según el cual corresponde al Fiscal General dirigir, coordinar y controlar el desarrollo de la función investigativa y acusatoria contra los presuntos infractores de la ley penal, directamente o a través de sus delegados, dictamina que se trata de una función administrativa tendiente a asegurar el cumplimiento de la política criminal del Estado y la eficiencia de la administración de justicia y que no vulnera la autonomía e independencia de los fiscales delegados. Añade que las mismas consideraciones pueden hacerse en relación con la función contemplada en el numeral 6 del mismo artículo, en virtud del cual compete al citado funcionario asumir las investigaciones y acusaciones que ordena la Constitución y aquellas que en razón de su naturaleza ameriten su atención personal.

Sostiene que el numeral 11 del mencionado artículo 17, que asigna al Fiscal General la función de desarrollar y reglamentar en lo no previsto la estructura orgánica de la Fiscalía, con sujeción a los principios y reglas generales del mismo decreto, no es contrario al artículo 189 superior porque no es una facultad para reglamentar la ley sino para regular situaciones internas, con base en su autonomía funcional, tales como la organización de grupos de trabajo, la integración de comisiones, misiones y actividades especiales y el reparto de procesos.

Manifiesta que el numeral 16 del mismo artículo 17, conforme al cual corresponde al Fiscal General otorgar atribuciones transitorias a entes públicos que pueden cumplir funciones de Policía Judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación, no vulnera la Constitución, ya que dicha norma sólo reproduce la contenida en el numeral 5 del artículo 251 superior.

Expresa que el inciso 1º del artículo 18 del Decreto Ley 261 de 2000, que consagra la facultad de delegación de funciones del Fiscal General en los servidores de la Fiscalía General, no se refiere a la delegación de

funciones judiciales, ya que como titular del Despacho puede adelantar personalmente las diligencias, desplazar del conocimiento a cualquier funcionario, asignar o reasignar procesos, sino a las funciones administrativas, de conformidad con lo previsto en los artículos 209 y 211 de la Constitución y en ejercicio de la potestad de configuración del Legislador. Señala que los numerales 2, 3 y 5 del artículo 30 del Decreto Ley 261 de 2000 no asignan funciones judiciales al Director Nacional de Fiscalías, sino funciones administrativas de apoyo al cumplimiento de aquellas por parte de las Direcciones Seccionales y Unidades de Fiscalía, por lo cual no se quebrantan los principios de independencia e imparcialidad judiciales. Opina que el numeral 2 del artículo 31 del citado decreto, que atribuye a las Unidades de Fiscalías adscritas a la Dirección Nacional de Fiscalías la función de dirigir, coordinar y asignar el desarrollo de las funciones de investigación adelantadas por las Unidades del Cuerpo Técnico de Investigación y de Policía Judicial que intervengan en ellas, se ajusta a la Constitución, pues si bien el Fiscal General es el director de la Policía Judicial, el legislador en ejercicio de la potestad de configuración normativa puede atribuir las funciones indicadas a fiscales delegados para que las desempeñen bajo la coordinación y supervisión de aquel. Por tanto, no se vulneran los artículos 249, 250 y 251 superiores.

Agrega que por las mismas razones estima que el artículo 12 del mismo decreto es constitucional, al disponer que el Director Seccional de Fiscalías debe dirigir y coordinar las funciones adelantadas por el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía.

Expresa que el numeral 2 del artículo 32 del decreto, conforme al cual las Direcciones Seccionales de Fiscalías tienen, entre otras, la función de velar por que las actuaciones asociadas con el cumplimiento de las funciones de investigación y acusación se adelanten de conformidad con la Constitución, la ley, los reglamentos establecidos y las políticas de la Fiscalía General, no es contrario al principio de la independencia judicial, porque la disposición se refiere a las políticas de investigación criminal, persecución de los delitos y ejecución de las órdenes de captura y a la dirección y coordinación administrativas, y no a la adopción de decisiones judiciales por parte de los fiscales delegados.

Señala que el contenido del numeral 3 del mismo artículo, en virtud del cual las direcciones Seccionales de Fiscalías tienen la función de adelantar, por intermedio de las Unidades de Fiscalías adscritas, las actividades inherentes a la investigación y acusación de los presuntos infractores de la ley penal, no significa que el Director Seccional sustituya a los fiscales, por ser aquel titular de funciones administrativas.

Expone que los numerales 2 y 5 del artículo 42 del decreto, que estatuyen que las Direcciones Seccionales del Cuerpo Técnico de Investigación tienen, entre otras, las funciones de adelantar, a través de las Unidades del Cuerpo Técnico de Investigación adscritas a la Dirección Seccional, las investigaciones de los delitos de competencia de la Dirección Seccional de Fiscalías y responder por su desarrollo, y efectuar el seguimiento y evaluar los resultados de las investigaciones adelantadas por las Unidades del Cuerpo Técnico de Investigación adscritas, no vulneran los artículos 249, 250 y 251 de la Constitución, porque no atribuyen a dichas Direcciones Seccionales funciones propias de Fiscal General y de los delegados sino las otorgadas mediante comisión por los fiscales competentes.

Agrega que el fiscal competente es el director de la instrucción y que la práctica de las diligencias objeto de comisión al Cuerpo Técnico de Investigación es coordinada por el Director Seccional de éste y cumplida por la unidad especializada correspondiente, sin que se produzca un desplazamiento de la dirección de la investigación, del fiscal respectivo al Director Seccional. Indica que este funcionario efectúa el seguimiento y la evaluación de los resultados de las diligencias realizadas por las unidades a su cargo y que dichas funciones tienen carácter administrativo.

Finalmente manifiesta que el examen de constitucionalidad se ha realizado con base en los textos originales de la Constitución Política de 1991 y no es posible realizarlo con fundamento en el Acto Legislativo 03 de 2002, por comenzar éste a regir en el año 2005.

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Corporación es competente para decidir sobre la constitucionalidad de las disposiciones acusadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numerales 4 y 5, de la Constitución Política.

2. Problemas jurídicos a resolver

2.1. Como primera medida, la Corte debe determinar si la constitucionalidad de las normas acusadas se debe evaluar de conformidad con el esquema trazado por el Constituyente de 1991, o aplicando las normas contenidas en el Acto Legislativo No. 3 de 2002, que modificaron los artículos 116, 250 y 251 de la Carta Política. Una vez resuelto este interrogante, la Corte procederá a estudiar los problemas que se señalan a continuación.

2.2. ¿Las normas acusadas asignan, como señala el actor, funciones jurisdiccionales a funcionarios administrativos de la Fiscalía? Si ello es así, ¿se desconoce con esta atribución de funciones por parte de la ley lo dispuesto en el artículo 249 Superior?

2.3. ¿Resulta inconstitucional, como indica el demandante, que la ley atribuya funciones jurisdiccionales al Vicefiscal General de la Nación? ¿Se desconoce la Constitución al asignar a la Corte Suprema de Justicia la función de juzgar penalmente a este funcionario?

2.4. ¿La autonomía, independencia e imparcialidad de los fiscales en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, así como el principio de determinación legal de la competencia judicial, resultan lesionados por (i) la figura de los fiscales delegados especiales, (ii) la posibilidad que tiene el Fiscal General de asumir directamente el conocimiento de determinados procesos, o asignárselos a un Fiscal Delegado distinto a aquél que venía conociéndolos, (iii) la aplicación del principio de jerarquía al interior de la Fiscalía General de la Nación, (iv) la función del Fiscal General de la Nación y los Directores de Fiscalías de dirigir y coordinar las investigaciones adelantadas por el Cuerpo Técnico de Investigación y otros cuerpos de policía judicial, (v) la facultad otorgada al Fiscal General de la

Nación, los Directores de Fiscalías y los Jefes o Coordinadores de Unidad de Fiscalías de efectuar un seguimiento y una evaluación de resultados de las investigaciones adelantadas por los distintos fiscales, así como de cambiar su asignación cuando lo estimen necesario, o (vi) la facultad que tiene el Fiscal General de dirigir, coordinar y controlar el desarrollo de la función investigativa y acusatoria contra los presuntos infractores de la ley penal, directamente o a través de sus delegados, así como la función similar que se otorga a la Dirección Nacional de Fiscalías respecto de sus Fiscalías adscritas?

2.5. ¿Se viola la Constitución al disponer que el Legislador podrá introducir excepciones al deber de los fiscales y jueces de (i) responder a los argumentos que presenten los sujetos procesales, en particular a los formulados por la defensa, y (ii) decretar las pruebas que éstos soliciten?

2.6. ¿Se desconocen los mandatos de la Carta al atribuir funciones reglamentarias al Fiscal General de la Nación?

2.7. ¿Es contrario a la Constitución que la Ley permita al Fiscal General de la Nación delegar sus funciones propias?

2.8. ¿Se desconoce el principio de predeterminación legal de las competencias judiciales al otorgar a la Dirección Nacional de Fiscalías la competencia para "*asignar el trámite, a través de sus unidades de Fiscalías adscritas, de las apelaciones y consultas contra las decisiones tomadas por las Unidades de Fiscalías adscritas a las Direcciones Seccionales*"?

3. El parámetro de constitucionalidad a aplicar

3.1. Planteamiento del problema

Los cargos formulados por el actor controvierten la constitucionalidad de ciertas disposiciones legales relativas a la Fiscalía General de la Nación. Teniendo en cuenta que el Congreso aprobó, el día diecinueve (19) de diciembre de dos mil dos (2002), el Acto Legislativo No. 3 del mismo año, y que por medio de éste se introdujeron importantes modificaciones al diseño constitucional de la Fiscalía –y, como se verá, al sistema de procedimiento penal como un todo -, el primer problema que se plantea a la Corte es el de determinar si el examen de constitucionalidad de las

normas acusadas se debe llevar a cabo con referencia a las disposiciones de dicho Acto Legislativo, o si el parámetro de constitucionalidad a aplicar son los mandatos originales del Constituyente de 1991, anteriores a tal enmienda.

El problema se deriva directamente de lo dispuesto en el artículo 5 del Acto Legislativo en cuestión, que se transcribe a continuación:

> ***"Artículo 5. Vigencia.*** *El presente acto legislativo rige a partir de su aprobación, pero se aplicará de acuerdo con la gradualidad que determine la ley y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca. La aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1º de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva. El nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre del 2008.*
>
> *"Parágrafo transitorio. Para que el nuevo sistema previsto en este Acto Legislativo pueda aplicarse en el respectivo distrito judicial, deberán estar garantizados los recursos suficientes para su adecuada implementación, en especial la de la Defensoría Pública. Para estos efectos, la comisión de seguimiento de la reforma creada por el artículo 4º transitorio, velará por su cumplimiento".*

Una primera lectura de este artículo, en el contexto del Acto Legislativo como un todo, revela que fue voluntad del Congreso de la República, en ejercicio de su función constituyente, instaurar un *nuevo sistema* de investigación y juzgamiento en materia penal, cuya aplicación e implementación se han de llevar a cabo de manera *gradual y sucesiva* en los distintos distritos judiciales del país, según lo establezca la ley, y de conformidad con la disponibilidad de recursos indispensable para ello. La pregunta que surge necesariamente de este mandato es, por ende, si es viable aplicar las disposiciones del Acto Legislativo No. 3 de 2002 en tanto parámetro de constitucionalidad de las normas acusadas en el presente caso, aún con anterioridad a que el Congreso haya definido la forma en que se habrán de desarrollar los referidos procesos de aplicación e implementación gradual del nuevo sistema de investigación y juzgamiento penales –puesto que, hasta la fecha, el Legislador aún no ha aprobado los cuerpos normativos necesarios para poner en marcha tales procesos -. En otras

palabras, para determinar el parámetro de constitucionalidad a aplicar en el presente proceso, la Corte se pregunta si es procedente dar aplicación a las normas constitucionales que fundamentan el nuevo sistema de procedimiento penal, tal y como están contenidas en el Acto Legislativo No. 3 de 2002, haciendo caso omiso de la voluntad expresa del constituyente de someter dicho sistema a un proceso de aplicación e implementación progresivo y gradual.

La respuesta a este interrogante es compleja. Requiere determinar, por una parte, el contenido específico de las categorías utilizadas por el Congreso de la República en el artículo 5º del Acto Legislativo en cuestión –"vigencia", "aplicación", "implementación"- y diferenciarlas de otras nociones jurídicas básicas –"existencia", "validez", "eficacia"- con las cuales se entrecruzan, y que también se deben tener en cuenta al resolver el problema sobre el criterio de constitucionalidad aplicable en este proceso. Por otra, exige que la Corte haga referencia a la jurisprudencia constitucional existente en relación con la posibilidad de que el Congreso de la República, en ejercicio de su función legislativa o de su función constituyente, diseñe políticas públicas, en particular en materia criminal, y haga uso de instrumentos normativos –tales como el Acto Legislativo No. 3 de 2002- para efectos de materializar tales políticas en la forma que considere más apropiada. Finalmente, exige efectuar un análisis de los cambios instituidos en el sistema penal por el constituyente derivado, para apreciar que se ha adoptado un "nuevo sistema" y comprender cómo su instrumentalización gradual es una decisión de política criminal que se ha expresado en términos normativos en el artículo 5º del Acto Legislativo mencionado, y que resulta vinculante, por su rango constitucional, para la Corte. Por su importancia para la resolución del problema jurídico en comento, cada uno de estos tres temas se estudiará brevemente en los acápites siguientes.

3.2. Definición y contextualización de las categorías utilizadas por el Congreso en el artículo 5º del Acto Legislativo No. 3 de 2002.

Como se ha señalado, al determinar la forma en que el Acto Legislativo habría de entrar en vigor, el Congreso de la República, en ejercicio de su función constituyente, utilizó una serie de categorías jurídicas a manera de herramientas para lograr su propósito legítimo de instaurar gradual-

mente el nuevo sistema de investigación y juzgamiento en materia penal. Tales categorías, según se utilizan en el Artículo 5º del Acto Legislativo, son:

> ***(a) "vigencia"**, utilizada en (i) el título del artículo, (ii) la frase "a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca", y (iii) la frase "el nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre del 2008";*
>
> ***(b) "aplicación"**, utilizada en (i) la frase "se aplicará de acuerdo con la gradualidad que determine la ley y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca", (ii) la frase "la aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1º de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva", y (iii) la expresión del parágrafo transitorio: "Para que el nuevo sistema previsto en este Acto Legislativo pueda aplicarse en el respectivo distrito judicial…"; y*
>
> ***(c) "implementación"**, utilizada en la primera frase del parágrafo transitorio: "Para que el nuevo sistema previsto en este Acto Legislativo pueda aplicarse en el respectivo distrito judicial, deberán estar garantizados los recursos suficientes para su adecuada implementación, en especial la de la Defensoría Pública".*

El significado de estas categorías se entrecruza con el de algunas nociones jurídicas básicas, tales como "existencia", "validez" y "eficacia"; de hecho, el lenguaje utilizado por el constituyente en las disposiciones de este mismo artículo del Acto Legislativo presupone la utilización de estos tres últimos conceptos en tanto herramientas normativas para materializar en forma gradual y sucesiva los cambios introducidos al sistema penal, ya que, por ejemplo, al establecer en la primera frase que "*el presente acto legislativo rige a partir de su aprobación*", el constituyente implícitamente presume que el acto legislativo ya existe, y que al haber sido aprobado, "*rige*" –esto es, está vigente y puede empezar a surtir efectos, según se explicará más adelante- a partir del momento en que sea aprobado; y al determinar que el Acto Legislativo se aplicará "*de acuerdo con la gradualidad que determine la ley y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca*", el constituyente reguló en términos

generales aspectos de la eficacia jurídica que habrían de tener las normas constitutivas del nuevo sistema penal, defiriendo al legislador la determinación específica del momento y el modo en que los efectos jurídicos de dichas disposiciones habrán de generarse.

Por lo anterior, es necesario que la Corte se pronuncie brevemente sobre el significado y alcance que tiene cada uno de estos seis conceptos en el ordenamiento jurídico colombiano, puesto que sólo así se puede interpretar adecuadamente la voluntad del constituyente derivado, tal y como quedó plasmada en el Artículo 5º del Acto Legislativo en cuestión. Para estos efectos, de carácter hermenéutico, resulta pertinente hacer una referencia sumaria al debate que existe entre los teóricos del Derecho sobre el contenido y alcance de algunas de estas nociones.

3.2.1. La diversidad de posiciones teóricas coexistentes impide concluir que el Acto Legislativo obedece a una teoría determinada.

3.2.1.1. El debate que se ha generado entre las diferentes corrientes de la teoría jurídica en torno al contenido y alcance de las nociones básicas en comento - en especial alrededor de los conceptos de "existencia", "validez" y "eficacia"-, se explica por las distintas formas en las que cada una de las principales posturas teóricas concibe las normas, el ordenamiento jurídico y el derecho como tal. No corresponde a la Corte entrar a estudiar en detalle este debate, puesto que ello no es pertinente en el presente caso, como tampoco le corresponde definir una posición al respecto. Simplemente basta con ilustrar la variabilidad con la que han sido utilizados estos conceptos básicos por algunas escuelas y pensadores del derecho, haciendo referencia a algunos ejemplos dicientes, para demostrar por qué su definición debe buscarse al interior del ordenamiento colombiano mismo.

3.2.1.2. En primer lugar, la cuestión de la "*existencia*" de las normas dentro de un determinado sistema jurídico a menudo es equiparada por los juristas a la noción de "*validez*" o a la de "*eficacia social*", dependiendo de la corriente teórica a la cual se adscriban. Mientras que los representantes de la tradición positivista, entre ellos Hans Kelsen, sostienen que la existencia de las normas se asimila a su validez, esto es, a su expedición por

la autoridad competente a través de los procedimientos indicados por el ordenamient, los pensadores de la tradición realista consideran que la existencia de las normas depende de su eficacia social, es decir, de su efectiva aplicación por parte de los funcionarios competentes –en especial los jueces- y por los miembros de la comunida. Hay quienes asumen una posición intermedia, tales como G. H. von Wright, quien señala que la existencia de una norma requiere dos condiciones básicas: (1) haber sido dictada por una autoridad normativa con competencia para ello, - es decir, ser válido-, y (2) haber sido recibida cognoscitivamente por su destinatario, quien debe estar en condiciones de cumplir con lo que allí se le ordena - es decir, la norma debe tener la potencialidad de ser socialmente eficaz -. Otros teórico consideran que la noción de "existencia" debe ser separada conceptualmente tanto de la idea de "validez" como de la noción de "eficacia", puesto que (a) la asimilación de existencia y validez conduce a un regreso al infinito, ya que para ser válida/existente, cada norma dependería de la preexistencia de otra norma válida con cuyos requisitos habría de cumpli–, y (b) la asimilación de existencia y eficacia conduce al absurdo de que para quienes conocen y cumplen la norma ésta existe, mientras que para quienes no la conocen o no la cumplen, resulta inexistente.

3.2.1.3. En segundo lugar, el desarrollo teórico que se ha dado a la noción de "validez" tampoco es en absoluto claro ni homogéneo. Para efectuar una comparación diciente, es relevante citar a cuatro autores que exponen, cada uno desde su perspectiva, el sentido del término "validez":

(a) En primer lugar, Hans Kelsen, representante visible de la escuela positivista, asimila el concepto de "validez" a los de "existencia" y "fuerza vinculante, lo cual ha sido caracterizado por algunos comentaristas como un "concepto normativo" de validez: "…cuando Kelsen equipara validez con fuerza vinculante está usando *'fuerza vinculante' en un sentido especial (para referirse, por ejemplo, a la circunstancia de que otra norma del sistema prescribe obedecer la norma en cuestión), y …cuando equipara validez con existencia, 'existencia' significa aquí pertenencia de una norma a un sistema jurídico*".

(b) En segundo lugar, Alf Ros, quien representa la escuela realista escandinava, expone los distintos sentidos que se han dado al término distinguiendo entre (i) la noción de "validez" en tanto "eficacia jurídica, (ii)

la noción de "validez" en tanto "eficacia sociológica, y (iii) la noción de "validez" en tanto "fuerza obligatoria moral"", abogando por el reconocimiento del segundo como el verdadero sentido de "validez, el cual se refiere en términos generales a la probabilidad de que las normas sean aplicada por los jueces y demás funcionarios encargados de decidir en casos concretos.

(c) Por su parte, Robert Alex, representante de una importante corriente del pensamiento jurídico contemporáneo, explica que a los tres elementos constitutivos del concepto de "Derecho" –esto es, la eficacia social, la corrección material y la legalidad acorde con el ordenamiento- corresponden tres nociones concurrentes de validez: una noción sociológica, una ética y una jurídica. El concepto sociológico de validez, en primer lugar, consiste en que "*una norma vale socialmente si es obedecida o en caso de desobediencia se aplica una sanción*; el concepto ético de validez hace referencia a la justificación moral de la norma -"*una norma vale moralmente cuando está moralmente justificada*-; y el concepto jurídico de validez significa, en estricto sentido, que "*una norma vale jurídicamente cuando es dictada por el órgano competente, de acuerdo con el procedimiento previsto y no lesiona un derecho de rango superior; dicho brevemente: cuando es dictada conforme al ordenamiento*. A pesar de esta nítida distinción, para Alexy la validez jurídica, sea de una norma aislada o del sistema jurídico como un todo, presupone necesariamente la validez en sentido sociológico de la norma o del sistema: (i) en cuanto al sistema jurídico, afirma que "*la condición de la validez jurídica de un sistema de normas es que las normas que a él pertenecen sean eficaces en general, es decir, que valgan socialmente…*; y (ii) en cuanto a las normas aisladamente consideradas, considera que de éstas puede predicarse validez por su pertenencia a un sistema jurídico "socialmente válido en general, pero al mismo tiempo deben contar, ellas mismas, con "*un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia*.

(d) Norberto Bobbi caracteriza la "validez" como la existencia específica de las normas dentro de un sistema jurídico, es decir, como la existencia de las normas jurídicas en tanto tale, y explica que para determinar si una norma en particular es válida, se deben desarrollar tres operaciones: (i) determinar si la autoridad que la adoptó tenía el poder legítimo de expedir normas jurídicas vinculantes dentro de dicho sistema –opera-

ción que lleva necesariamente a la pregunta por la norma fundamental-, (ii) comprobar si no ha sido derogada, y (iii) comprobar que sea compatible con otras normas del sistema, en especial con las que son jerárquicamente superiores y las normas posteriores. Con ello, Bobbio diferencia la pregunta sobre la validez de las normas de los interrogantes conexos sobre la eficacia socia y la justicia de las mismas, pero la asimila parcialmente a la cuestión de su existencia.

3.2.1.4. Los anteriores ejemplos, que como se advirtió no pretenden presentar un panorama exhaustivo, ni siquiera completo, del debate teórico en cuestión, ni mucho menos resolverlo, permiten a la Corte concluir que la delimitación de los conceptos de "existencia", "validez", "eficacia", "vigencia", "aplicación" e "implementación" dentro del ordenamiento colombiano no puede basarse exclusivamente en los aportes de la teoría jurídica, puesto que las definiciones que han dado los distintos pensadores del derecho a estas nociones son notoriamente variables, y aunque pueden contribuir a orientar la interpretación de los términos utilizados por el Acto Legislativo No. 3 de 2002, no ofrecen una respuesta homogénea y coherente al interrogante en cuestión. La determinación del sentido de estas nociones se debe efectuar, por lo tanto, haciendo referencia a la forma en que ellos son utilizados por las demás normas constitutivas del ordenamiento jurídico colombiano, así como a los fines que movieron al Constituyente derivado a adoptar el artículo 5º de dicho Acto Legislativo –sin que ello signifique que la Corte pretenda adoptar una especie de "teoría jurídica local"-; se trata de aplicar distintos métodos hermenéuticos al Acto Legislativo en cuestión, para determinar el sentido de las instituciones jurídicas que en él se usan y resolver, así, el problema sobre su fuerza vinculante actual en tanto criterio de constitucionalidad -.

3.2.2. <u>El alcance de los conceptos en el ordenamiento colombiano</u>

Procede, pues, la Corte a determinar el sentido que se debe adscribir a las categorías en comento, de conformidad con el uso que se les ha dado en el ordenamiento jurídico nacional, no sin antes advertir que se trata de figuras a menudo ligadas entre sí, cuyos significados confluyen en varios puntos:

(a) La "*existencia*" de una norma hace relación a su introducción al ordenamiento jurídico, es decir, a su ingreso normativo al sistema, una vez se han cumplido las condiciones y requisitos establecidos por el mismo ordenamiento para ello. Así, se predica la existencia de una ley ordinaria cuando el proyecto correspondiente, después de haber sido publicado oficialmente en tanto tal, ha sido aprobado en cuatro debates por el Congreso y ha recibido la sanción presidencial (art. 157, C.P.); a su vez, se afirma que un acto legislativo existe cuando ha surtido los ocho debates de rigor en las dos cámaras legislativas (art. 375, C.P.).

(b) La "*validez*" de una norma se refiere a su conformidad, tanto en los aspectos formales como en los sustanciales, con las normas superiores que rigen dentro del ordenamiento, sean éstas anteriores o posteriores a la norma en cuestión. Desde el punto de vista formal, algunos de los requisitos de validez de las normas se identifican con los requisitos necesarios para su existencia –por ejemplo, en el caso de las leyes ordinarias, el hecho de haber sido aprobadas en cuatro debates por el Congreso y haber recibido la sanción presidencial -; pero por regla general, las disposiciones que regulan la validez formal de las normas –legales u otras- establecen condiciones mucho más detalladas que éstas deben cumplir, relativas a la competencia del órgano que las dicta, y al procedimiento específico que se debe seguir para su expedición. Así, por ejemplo, la validez de las leyes ordinarias presupone que se hayan cumplido requisitos tales como la iniciación de su trámite en una determinada cámara legislativa (art. 154, C.P.), el transcurso de un determinado lapso de tiempo entre debates (art. 160, C.P.), su aprobación en menos de dos legislaturas (art. 162, C.P.), el cumplimiento de las normas sobre iniciativa legislativa (art. 156, C.P.) o el respeto por la regla de unidad de materia (art. 158, C.P.). Adicionalmente, como se dijo, la validez hace relación al cumplimiento de ciertos requisitos sustanciales o de fondo impuestos por el ordenamiento; así, por ejemplo, una ley determinada no podrá desconocer los derechos fundamentales de las personas (art. 5, C.P.).

(c) La "*eficacia*" de las normas puede ser entendida tanto en un sentido jurídico como en un sentido sociológico; es el primero el que resulta relevante para efectos del asunto bajo revisión. El sentido jurídico de "eficacia" hace relación a la *producción de efectos en el ordenamiento jurídico*

por la norma en cuestión; es decir, a la aptitud que tiene dicha norma de generar consecuencias en derecho en tanto ordena, permite o prohíbe algo. Por su parte, el sentido sociológico de "eficacia" se refiere a *la forma y el grado en que la norma es cumplida en la realidad*, en tanto hecho socialmente observable; así, se dirá que una norma es eficaz en este sentido cuando es cumplida por los obligados a respetarla, esto es, cuando modifica u orienta su comportamiento o las decisiones por ellos adoptadas.

(d) La "*vigencia*" se halla íntimamente ligada a la noción de "eficacia jurídica", en tanto se refiere, *desde una perspectiva temporal o cronológica*, a la generación de efectos jurídicos obligatorios por parte de la norma de la cual se predica; es decir, a *su entrada en vigor*. Así, se hace referencia al período de vigencia de una norma determinada para referirse al lapso de tiempo durante el cual ésta habrá de surtir efectos jurídicos. La regla general en nuestro ordenamiento es que las normas comienzan a surtir efectos jurídicos con posterioridad a su promulgación, según lo determinen ellas mismas, o de conformidad con las normas generales sobre el particular. El verbo "regir" es utilizado por las normas para hacer referencia a su vigencia, entendida en este sentido.

(e) La "*aplicación*" de las normas es el proceso a través del cual sus disposiciones son interpretadas y particularizadas frente a situaciones fácticas concretas por parte de los funcionarios competentes para ello, sean administrativos o judiciales. Así, se "aplica" una determinada norma cuando se le hace surtir efectos frente a una situación específica, desarrollando el contenido de sus mandatos en forma tal que produzca efectos jurídicos respecto de dicha situación en particular, determinando la resolución de un problema jurídico dado, o el desenlace de un determinado conflicto.

(f) Finalmente, la "*implementación*" de una norma hace referencia al proceso por medio del cual la política que dicha norma articula jurídicamente es puesta en ejecución; se trata de una serie ordenada de pasos, tanto jurídicos como fácticos, predeterminados por la misma norma –o por aquellas que la desarrollen -, encaminados a lograr la materialización, en un determinado período de tiempo, de una política pública que la norma refleja. Por lo mismo, la noción de "implementación" tiene una dimensión jurídica, una dimensión material o fáctica y una dimensión

temporal, cuyo contenido habrá de ser determinado por el Legislador. Analíticamente, una política pública primero es diseñada y luego es implementad. La articulación jurídica del diseño de la política conlleva que la implementación futura de ésta no sea sólo política sino también judicial.

Es claro, como se señaló, que (i) los límites conceptuales que separan las anteriores nociones y permiten distinguirlas son en ciertos casos difusos, y (ii) la relación que se establece entre ellas no es una que siempre permita catalogar a algunas como presupuestos de las otras, ni establecer secuencias lógicas en virtud de las cuales la primera de ellas dé lugar a las siguientes –por ejemplo, en el sentido de que la "validez" de las normas no siempre es un presupuesto de su "eficacia ni presupone su "vigencia–, aunque su "eficacia", su "vigencia" y su "validez" sí presuponen su "existencia, y su "aplicación" e "implementación" presuponen su eficacia jurídica -.

Pero no obstante lo anterior, las seis nociones pueden ser diferenciadas, en principio, en tanto variables analíticas, y este ejercicio es indispensable para la resolución del problema jurídico bajo estudio, especialmente teniendo en cuenta que el artículo 5º del Acto Legislativo No. 3 de 2002 utiliza algunas de ellas y presupone las demás, tal y como se explicó anteriormente. La determinación del contenido de las herramientas conceptuales utilizadas por el constituyente derivado en el artículo 5º del Acto Legislativo, se reitera, es indispensable para comprender la manera en que, por decisión del Congreso en ejercicio de su función constituyente, se habrá de desarrollar la política criminal instrumentalizada en dicho Acto Legislativo –a saber, la adopción de un nuevo sistema de investigación y juzgamiento en materia penal -, lo cual resulta indispensable para determinar el parámetro de constitucionalidad aplicable al presente caso. Para estos efectos, también es pertinente recordar la jurisprudencia previa de esta Corte sobre la posibilidad que tiene el Congreso de hacer uso de instrumentos normativos al momento de diseñar y adoptar políticas públicas, según se explica a continuación.

3.3. Adopción de políticas públicas, y en particular políticas criminales, por medio de normas constitucionales o legales

La noción de "política criminal" ha sido definida por la Corte, en la sentencia C-646 de 200, como "*el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción*". La jurisprudencia constitucional ha reconocido que la política criminal puede ser articulada por el Legislador a través de la expedición de normas; así, en la sentencia C-504 de 199 se afirmó expresamente que "*la legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado", y que "la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal*". Así mismo, se precisó que "*la norma penal, una vez promulgada, se independiza de la decisión política que le da origen, conservando la finalidad buscada por su redactor en el elemento teleológico de la norma*".

En el mismo sentido, en la sentencia C-646 de 2001, recién citada, se aclaró que el proceso de diseño de una política pública en materia criminal incluye los procesos de (i) definición de sus elementos constitutivos y las relaciones entre ellos, (ii) articulación inteligible de sus componentes, y (iii) programación de la forma, los medios y el ritmo al cual será desarrollada dicha política; en ese orden de ideas, la Corte expresó que las decisiones constitutivas del diseño de una política pública pueden ser plasmadas, o bien en documentos políticos, o bien en instrumentos jurídicos – esto es, normas, sean éstas de rango constitucional, legal o reglamentario. Así, entre las distintas medidas normativas que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, forman parte del concepto de "política criminal", se encuentran: (a) las que definen los bienes jurídicos que se busca proteger por medio de las normas penales, a través de la tipificación de conductas delictiva, (b) las que establecen los regímenes sancionatorios y los procedimientos necesarios para proteger tales bienes jurídico, (c) las que señalan criterios para aumentar la eficiencia de la administración de justicia, (d) las que consagran los mecanismos para la protección de las personas que intervienen en los procesos penales, (e) las que regulan la detención preventiva, o (f) las que señalan los términos

de prescripción de la acción pena. En idéntico sentido, ha reconocido esta Corporación que las normas del Código de Procedimiento Penal son un elemento constitutivo la política criminal en tanto instrumento para su materialización, puesto que regulan las formas y los pasos que deben seguir quienes ejecuten dicha política en la práctica.

Una vez diseñada, la política criminal es implementada. Esta fase de la política pública comprende diferentes etapas, según las características y la jerarquía del instrumento jurídico en el que se haya articulado la política pública. Así, una política criminal plasmada en sus rasgos generales en una reforma constitucional es implementada mediante leyes de desarrollo, capacitación de funcionarios responsables de su ejecución, provisión de la infraestructura física y técnica para ponerla en práctica, apropiación de recursos públicos para financiar todo lo anterior, en fin.

En conclusión, según ha determinado la jurisprudencia de esta Corte, una parte integrante del proceso de diseño y adopción de políticas públicas en materia criminal es la utilización de instrumentos normativos, tales como el Acto Legislativo No. 3 de 2002, antes citado. De allí que, como ya se precisó en los acápites precedentes, sea indispensable prestar cuidadosa atención a lo dispuesto en el artículo 5º Transitorio de dicho Acto Legislativo, puesto que es a través de esta disposición que el Congreso, actuando como constituyente derivado, instrumentalizó su decisión de implementar en forma gradual y sucesiva el nuevo sistema de procedimiento penal que adoptó, en tanto medida de política criminal del Estado colombiano. Por lo mismo, al definirse en dicho artículo 5º la dinámica del proceso mediante el cual se habrá de dar eficacia jurídica a la enmienda constitucional contenida en el citado Acto Legislativo, la Corte debe atenerse a sus términos al momento de determinar el parámetro de constitucionalidad aplicable en el presente caso.

Con este fin, la Corte considera necesario efectuar un análisis breve pero cuidadoso sobre el alcance y las implicaciones del cambio introducido por el constituyente en el sistema de investigación y juzgamiento en materia penal, con miras a aclarar las razones por las cuales se escogió darle aplicación e implementación en forma gradual y sucesiva. Es sólo con base en una comprensión clara de la forma como se introdujo un

nuevo sistema de procedimiento penal por el constituyente derivado, que se podrá determinar el verdadero sentido de su decisión de diferir su materialización en el tiempo, y por ende, se logrará un entendimiento adecuado de los términos utilizados en el artículo 5º Transitorio del Acto Legislativo en mención.

3.4. Análisis del sistema introducido por el Acto Legislativo No. 03 de 2002 en tanto instrumento para la materialización de una política criminal adoptada por el constituyente derivado

Como ya se indicó, el Acto Legislativo No. 3 de 2002 no se limitó a efectuar reformas menores a la Fiscalía introducida en la Constitución de 1991; la voluntad del Congreso al expedirlo, en ejercicio de su función constituyente y de su potestad de diseñar y adoptar la política criminal del Estado, fue la de instituir un "*nuevo sistema*" de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal, como lo dicen expresamente los artículos 4º transitorio y 5.

Ello se deduce no sólo de una lectura de las modificaciones introducidas a los artículos 116, 250 y 251 de la Carta, sino de la Exposición de Motivos que acompañó al proyecto inicial de Acto Legislativo, en la cual se expresó lo siguiente:

"*…la primera necesidad y, a la vez, propósito de esta reforma es la de fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación… se ha concebido como solución eliminar de la Fiscalía las actuaciones judiciales donde se comprometan derechos fundamentales de los sindicados, de manera que pueda dedicarse con toda su energía a investigar los delitos y acusar ante un juez a los posibles infractores de la ley penal. Lo anterior permitiría al instructor especializarse en la función de su cargo, que es la documentación de sus hallazgos y la búsqueda del material probatorio. El fiscal podrá actuar con más eficiencia y obtener mejores resultados en su habilidad investigativa, sin tener que inhibirse mentalmente por estar pendiente del cuidado de asuntos ajenos a su función. // Por las deficiencias que genera el sistema actual, y con el ánimo de lograr los cambios expuestos, resulta trascendental abandonar el sistema mixto que impera en nuestro ordenamiento procesal penal, y adoptar un sistema de tendencia acusatoria*. – (énfasis de la Corte)

La reforma de los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución pretende, así, instaurar un "nuevo sistema", que abandone la tendencia mixta diseñada por el Constituyente de 1991, y adopte un perfil de tendencia acusatoria, sin que ello signifique haber adoptado un esquema acusatorio puro. El alcance de esta reforma y sus implicaciones serán desarrollados por el legislador y precisados por la jurisprudencia. No obstante, su magnitud se puede visualizar, en primer término, por medio de una comparación simple del texto de los artículos aludidos, antes y después de la aprobación del Acto Legislativo. De esta comparación se aprecia que se creó un sistema sustancialmente diferente al anterior.

3.4.1. *Reforma del artículo 116*

El artículo 116, antes del Acto Legislativo 3 de 2002, era del siguiente tenor:

> *Artículo 116. "La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar.*
>
> *El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.*
>
> *Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.*
>
> *Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley."*

Con posterioridad a la reforma, el texto quedó como sigue (se subrayan las modificaciones introducidas al texto original):

Artículo 116. "La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley."

Con base en la comparación de ambos textos, la Corte observa lo siguiente:

3.4.1.1. La principal modificación que se introdujo a este artículo consistió en admitir la posibilidad de que los particulares actúen como "jurados en las causas criminales", ejerciendo así, en forma transitoria, la función de administrar justicia.

3.4.1.2. Salvo por lo anterior, se mantuvo intacta la enumeración de los organismos que administran justicia, tanto en forma permanente como excepcional; es de especial interés, en este sentido, que la Fiscalía General de la Nación, como órgano del Estado, continúe incluida en dicha enumeración.

3.4.2. *Reforma del artículo 250*

El artículo 250, en su formulación original, establecía lo siguiente:

Artículo 250. "Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querella, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. Se exceptúan los

delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación deberá:

1. Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento. Además, y si fuere del caso, tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito.

2. Calificar y declarar precluídas las investigaciones realizadas.

3. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la policía nacional y los demás organismos que señale la ley.

4. Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso.

5. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten."

Luego de la reforma, el artículo 250 quedó así (se subrayan los cambios):

Artículo 250. "La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la

política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez.

3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.

4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.

5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.

6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

8. Dirigir y coordinar las funciones de Policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

9. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El Fiscal General y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado.

Parágrafo. La Procuraduría General de la nación continuará cumpliendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución nacional."

El examen de las modificaciones introducidas a este artículo constitucional indica lo siguiente:

3.4.2.1. La formulación general de las funciones atribuidas a la Fiscalía General de la Nación es sustancialmente distinta en el encabezado de uno y otro texto. Así, bajo el sistema original de 1991, la función de la Fiscalía era la de investigar y acusar ante los jueces competentes las posi-

bles violaciones de la ley penal, salvo aquellas cobijadas por el fuero penal militar y otros fueros constitucionales; se precisaba, además, que la iniciación de la investigación podía llevarse a cabo de oficio, en virtud de denuncia o por querella.

Después de la reforma aprobada mediante el Acto Legislativo No. 3 de 2003, la función de la Fiscalía es la de adelantar *el ejercicio de la acción penal e investigar los hechos* que tengan las características de una violación de la ley penal, siempre y cuando existan motivos y circunstancias fácticas suficientes que indiquen la posible comisión de una tal violación; precisa el texto constitucional que éste cometido general es una *obligación* de la Fiscalía, la cual no podrá en consecuencia suspender, interrumpir ni renunciar a la *persecución* penal, excepto en los casos previstos para la aplicación del principio de *oportunidad* –el cual deberá haberse regulado en el marco de la política criminal del Estado colombiano, y tendrá control de legalidad por el juez de control de garantías -. Se señala, además, que los hechos objeto de investigación por parte de la Fiscalía pueden ser puestos en su conocimiento por denuncia, petición especial, querella o de oficio; y que quedan excluidos de su conocimiento, tal como sucedía bajo el esquema de 1991, los delitos cobijados por el fuero penal militar y otros fueros constitucionales.

De esta manera, el Acto Legislativo que se estudia supone una modificación considerable en la enunciación de las funciones propias de la Fiscalía General de la Nación. Resalta la Corte, además, que este primer párrafo del nuevo artículo 250 Superior hace uso de diferentes categorías jurídicas cuyo alcance precisará el Legislador; entre ellas, son especialmente relevantes las siguientes nociones constitucionales: *(i) ejercicio de la acción penal, (ii) investigación de los hechos que revistan las características de un delito, (iii) persecución penal, (iv) suspensión de la persecución penal, (v) interrupción de la persecución penal, (vi) renuncia a la persecución penal, (vii) principio de oportunidad, (viii) control de legalidad, y (ix) control de garantías.*

3.4.2.2. La enumeración precisa de las funciones adscritas a la Fiscalía también es sustancialmente diferente en uno y otro texto constitucional. Se mantienen iguales, en lo esencial, algunas de ellas, pero con un significado que habrá de determinarse en el nuevo contexto; tal sucede con las

funciones descritas en los numerales 3 y 4 del artículo 250 en su formulación inicial de 1991, que quedaron redactadas de manera similar en los numerales 8 y 7, respectivamente, del artículo 250 reformado; pero las atribuciones que contemplaban los numerales 1 y 2 *ibídem*, así como lo dispuesto en el último inciso del texto original de 1991, fueron objeto de varias reformas, que se indican a continuación:

(a) Ya no corresponde a la Fiscalía, por regla general, asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento necesarias; ahora únicamente puede solicitar la adopción de dichas medidas al juez que ejerza las funciones de control de garantías, con la misma finalidad de asegurar la comparecencia de los imputados, así como para garantizar la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en particular de las víctimas. Se trata, así, de una atribución que ha sido trasladada por el constituyente a un funcionario *judicial* independiente. Respecto de éste último, precisa el nuevo texto constitucional que debe ser distinto al juez de conocimiento del proceso penal correspondiente.

A pesar de lo anterior, el mismo numeral 1 del nuevo artículo 250 permite que la Fiscalía, si es expresamente autorizada para ello por el legislador, imponga directamente, en forma *excepcional*, un tipo específico de medida restrictiva de la libertad orientada a garantizar la comparecencia de los imputados al proceso penal: la captura, que deberá llevarse a cabo respetando los límites y eventos de procedencia establecidos en la ley. Ahora bien, por tratarse de una medida restrictiva de los derechos del procesado, esta actuación excepcional de la Fiscalía está sujeta a control judicial por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes. Sin embargo, se reitera que esta es una excepción a la regla general según la cual éste tipo de medidas deben ser impuestas por decisión del juez de control de garantías, a solicitud de la Fiscalía General de la Nación.

(b) El numeral 2 del artículo 250, con posterioridad a la reforma, permite a la Fiscalía General de la Nación imponer, en el curso de las investigaciones que realice, las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de comunicaciones. No se requiere, en el nuevo texto

constitucional, autorización judicial previa para ello; pero sí se someten a un control judicial posterior automático, por parte del juez que cumpla la función de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

(c) El numeral 3 del nuevo artículo 250 constitucional asigna una función específica a la Fiscalía que no estaba prevista expresamente en el texto de 1991, a saber, la de "*asegurar los elementos materiales probatorios*", para lo cual deberá *garantizar la cadena de custodia* mientras se ejerce la contradicción de tales pruebas. Asimismo, establece una regla general no prevista en el esquema de funciones original de 1991: en caso de requerirse medidas adicionales para asegurar tales elementos materiales probatorios, que impliquen afectación de derechos fundamentales, se deberá contar con autorización judicial por parte del juez que ejerza la función de control de garantías.

(d) Con posterioridad a la reforma, en el numeral 4 del artículo 250 Superior se mantiene la función de la Fiscalía de acusar a los presuntos infractores del ordenamiento penal ante el juez de conocimiento de la causa respectiva, atribución que estaba prevista en el texto original de 1991; pero se precisa que una vez se presente el *escrito de acusación* por parte de la Fiscalía, se puede dar inicio a un "*juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías*" – acusación que no es vinculante para el juez.

(e) El numeral 5º, tal como fue modificado por el Acto Legislativo, despoja a la Fiscalía General de la Nación de la función de declarar precluídas las investigaciones penales en los casos en que no exista mérito para formular una acusación, atribución que le había sido asignada por el numeral 2 del artículo 250 original, en virtud del cual era la Fiscalía la encargada de "calificar y declarar precluídas" dichas investigaciones. Ahora, la función de decidir sobre la preclusión corresponde al juez de conocimiento de la causa correspondiente, por regla general a petición de la Fiscalía; la reforma constitucional también deja en claro que la decisión de declarar la preclusión de una investigación penal únicamente podrá adoptarse de conformidad con lo dispuesto en la ley.

(f) El numeral 6 del artículo 250 reformado también constituye una modificación importante del texto original de este artículo, puesto que corresponde al juez de conocimiento de cada proceso adoptar las medidas judiciales necesarias para asistir a las víctimas del delito, disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados, a solicitud de la Fiscalía. El texto original adoptado por el Constituyente de 1991 asignaba a la Fiscalía la función de adoptar directamente "*las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito*".

(g) En el numeral 7 del artículo 250 enmendado se mantiene en cabeza de la Fiscalía General de la Nación la función de velar por la protección de las víctimas, los testigos y las demás personas que intervienen en el proceso penal, pero se adiciona a esta lista a los jurados, que ahora intervendrán en la función de administrar justicia en el ámbito criminal. Debe ser el Congreso quien precise cuál es la diferencia entre esta atribución de la Fiscalía, y la que consagra el numeral 6 del mismo artículo reformado, según se reseñó en el literal precedente. Asimismo, dispuso expresamente el Constituyente que es el Legislador quien está llamado a (i) fijar los términos en los cuales las víctimas de los delitos podrán intervenir en el curso del proceso, y (ii) diseñar los mecanismos de justicia restaurativa a los que haya lugar.

3.4.3. *Reforma del artículo 251*

Antes de la reforma introducida por el Acto Legislativo, el artículo 251 era del siguiente tenor:

> *Artículo 251. "Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación:*
>
> *1. Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución.*
>
> *2. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, a los empleados bajo su dependencia.*

3. Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto.

4. Otorgar atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir funciones de policía judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación.

5. Suministrar al Gobierno información sobre las investigaciones que se estén adelantando, cuando sea necesaria para la preservación del orden público."

Con posterioridad a la reforma, el artículo 251 quedó como sigue:

"Artículo 251. Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación:

1. Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos servidores que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución.

2. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, a los servidores bajo su dependencia.

3. Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos. Igualmente, en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley.

4. Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto.

5. otorgar atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir funciones de Policía Judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación.

6. Suministrar al Gobierno información sobre las investigaciones que se estén adelantando, cuando sea necesaria para la preservación del orden público."

3.4.3.1. Se observa, en primer lugar, que los numerales 1 y 2 del artículo 251 quedaron, en lo esencial, idénticos, salvo que la expresión "funcionarios" del numeral 1, así como la expresión "empleados" del numeral 2, fueron sustituidas en ambos casos por el término "servidores".

3.4.3.2. Así mismo, los numerales 3, 4 y 5 del texto original de 1991 se mantuvieron iguales en los numerales 4, 5 y 6, respectivamente, del artículo 251 reformado.

3.4.3.3. La modificación más significativa del artículo 251 radica en la introducción del nuevo numeral 3, en virtud del cual el Fiscal General de la Nación cuenta con la potestad constitucional de (i) asumir directamente la conducción de investigaciones y procesos penales, sea cual fuere la etapa procesal en la cual se encuentren, (ii) asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos penales que éstos lleven, y (iii) determinar, en aplicación de los principios institucionales de unidad de gestión y jerarquía - ahora aplicables por mandato constitucional al interior de la Fiscalía -, el criterio y la posición de la Fiscalía. Ello, precisa la norma constitucional, "*sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley*".

3.4.4. *Análisis de los cambios introducidos por el Acto Legislativo*

Como se observa, la reforma introducida mediante el Acto Legislativo en cuestión fue de amplio espectro, hasta el punto de que en él se expresa objetivamente la voluntad constituyente de adoptar un "nuevo sistema" de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal, al tenor de los artículos 4 Transitorio y 5 de dicho Acto.

Para efectos de delinear el perfil de la reforma, es pertinente acudir a algunas de las categorías analíticas propias del derecho procesal penal comparado, ya que éstas proporcionan un marco adecuado para examinar la naturaleza y los principales aspectos de los procedimientos penales previstos por cada ordenamiento jurídico nacional, tales como las fuentes del derecho penal y procesal penal, los actores que intervienen en la relación procesal, y las fases y figuras que constituyen el procedimiento aplicable'––––. Aplicar categorías analíticas del derecho comparado también

es ilustrativo por cuanto permite demostrar que, si bien existen dos grandes modelos –el sistema inquisitivo y el sistema acusatorio -, éstos rara vez se presentan en forma "pura" a nivel nacional; por el contrario, los distintos Estados del mundo han adoptado diferentes elementos de cada uno de tales modelos, combinándolos para producir sistemas nacionales "de tendencia" inquisitiva, acusatoria, o mixta. Tal sucede con el sistema penal colombiano, que con posterioridad al Acto Legislativo No. 2 de 2003, adoptó varios de los rasgos propios del modelo acusatorio, pero al mismo tiempo mantuvo algunas de las características del sistema mixto: en términos generales, la reforma se orienta hacia la adopción de un sistema acusatorio, con una clara separación de las funciones de investigación, acusación y juzgamiento, así como un juicio oral, público, concentrado y contradictorio en el cual podrán participar jurado.

Procede, pues, la Corte a efectuar una breve y esquemática comparación entre el sistema de 1991 y el sistema diseñado por el Constituyente de 2003, con base en las categorías analíticas mencionadas, y únicamente con base en lo dispuesto en el texto de la Carta Política.

3.4.4.1. En cuanto al *contexto jurídico* en el cual se desenvuelven las relaciones jurídico - penales, la Corte precisa lo siguiente:

(a) Las *fuentes de derecho* aplicables siguen siendo, en lo esencial, las mismas, con la diferencia de que existe, con posterioridad al Acto Legislativo, una regulación constitucional más detallada de los principales aspectos del procedimiento penal que configuran un nuevo sistema que se inscribe dentro de la Constitución adoptada en 1991. Ello implica que, en virtud del principio de unidad de la Constitución Política, las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo deben interpretarse y aplicarse en forma tal que guarden armonía con los principios generales y los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional.

(b) Los *principios fundamentales que rigen el proceso* (i) siguen gozando de rango constitucional, (ii) se interpretan a la luz de las disposiciones relevantes de los instrumentos internacionales de derechos humanos que vinculan a Colombia (art. 93, C.P.), y (iii) deben ser desarrollados, por mandato de la Constitución y del acto mismo Acto Legislativo, a través

de disposiciones legales orientadas a precisar su alcance y contenido específicos en el contexto del procedimiento penal.

(c) El *status* de los órganos estatales que intervienen en el proceso sigue siendo, esencialmente, el mismo del esquema de 1991, puesto que (i) la Fiscalía como órgano continúa incluida entre los que administran justicia (C.P., art. 116 reformado), a pesar de que sus funciones han sido sustancialmente modificadas, como ya se advirtió en el apartado 3.4.3.

3.4.4.2. Con respecto a los *actores* que intervienen en la relación jurídica y en el proceso penal, se resalta que el nuevo esquema constitucional prevé la intervención (a) del imputado, (b) del Fiscal, (c) del Juez de conocimiento de la causa, (d) del Ministerio Público a través de la Procuraduría General de la Nación, (e) del juez de control de garantías, y (f) de los *jurados*, encargados ahora de administrar justicia en forma transitoria en los términos que señale la ley. Así mismo, el Acto Legislativo faculta al Legislador para fijar los términos precisos en los cuales (g) las *víctimas* del delito habrán de intervenir en el proceso penal.

3.4.4.3. *Los rasgos estructurales del procedimiento penal* han sido objeto de una modificación considerable a través del Acto Legislativo No. 3 de 2002, en la medida en que:

(a) En cuanto a las etapas del procedimiento, se mantuvo la distinción entre la fase de investigación –encaminada a determinar si hay méritos para acusar- y la fase de juzgamiento, pero se otorgó una clara preponderancia, bajo el nuevo sistema, a ésta última; ya se vio cómo el Constituyente derivado de 2002 caracterizó el juicio penal como una etapa regida por la oralidad, la publicidad, la inmediación de las pruebas, la contradicción, la concentración y el respeto por todas las garantías fundamentales. La etapa del juicio se constituye, así, en el centro de gravedad del proceso penal bajo el sistema instituido por el Acto Legislativo, a diferencia del sistema de 1991, que conservó la importancia de la etapa de investigación–. En efecto, bajo el sistema preexistente, es durante la investigación que lleva a cabo la Fiscalía que se practican y valoran las pruebas que obran dentro del proceso, por parte de un funcionario que ejerce funciones judiciales e investigativas al mismo tiempo. En virtud

del Acto Legislativo, el trabajo investigativo de la Fiscalía constituye más una preparación para el juicio, que es público y oral, durante el cual (i) se practicarán y valorarán, en forma pública y con participación directa del imputado, las pruebas que se hayan podido recaudar, en aplicación de los principios de *inmediación judicial y contradicción de la prueba*, (ii) se aplicará el principio de concentración, en virtud del cual las pruebas serán evaluadas en su integridad y de manera global durante una etapa procesal de corta duración que otorgue al juez, y al jurado según el caso, una visión de conjunto y le permita fundamentar sus decisiones en la totalidad de las pruebas existentes, y (iii) se adoptarán, con igual publicidad, las decisiones definitivas a las que haya lugar respecto de la responsabilidad penal del acusado.

(b) los *poderes* atribuidos a quienes participan en el proceso fueron objeto de una regulación constitucional expresa que modificó su alcance en varios aspectos:

(i) El poder de *señalamiento* de la posible comisión de una infracción se mantiene en cabeza del Estado, que podrá iniciar a través de la Fiscalía la investigación de las posibles violaciones a la ley penal. Los particulares y otras autoridades podrán, por mandato constitucional, poner en conocimiento de las autoridades competentes las infracciones penales de las que tengan conocimiento a través de denuncia, petición especial o querella. El esquema constitucional de 1991 preveía la existencia de la denuncia y la querella, pero no la de la *petición especial*, cuyo contenido será precisado por el Legislador.

(ii) El poder de *investigación* se mantiene esencialmente en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, ya que ésta continúa, con posterioridad al Acto Legislativo, investida de la responsabilidad de realizar la investigación de las posibles violaciones a la ley penal; no obstante, la formulación de este poder en cabeza de la Fiscalía es distinta en uno y otro texto constitucional, ya que en el artículo 250 original se le asignaba la función de "*…de oficio, mediante denuncia o querella, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes*", mientras que en el artículo 250 reformado se le atribuye la obligación de "*adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los*

hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo". El texto enmendado introduce, así, una condición para el ejercicio del poder de investigación por parte de la Fiscalía: que existan motivos y circunstancias de hecho suficientemente sólidas como para apuntar hacia la posible comisión de un delito.

(iii) El poder de *prueba* se mantiene en cabeza tanto de la Fiscalía como del acusado y del Juez; sin embargo, el numeral 4 y el último inciso del artículo 250 de la Carta, tal y como fueron modificados por el Acto Legislativo, establecen cambios trascendentales en materia probatoria. Cabe resaltar, por ejemplo, el nuevo alcance de los principios de inmediación y de contradicción, ya que las pruebas se han de practicar dentro de la etapa de juzgamiento ante el juez y los jurados y, además, ofreciendo tanto a la Fiscalía como a la defensa el derecho de contradicción. En materia de pruebas, también es de resaltar que el Acto Legislativo permite específicamente la posibilidad de restringir el derecho a la intimidad, y otros derechos, durante el curso de las investigaciones penales que adelanta la Fiscalía General de la Nación, por medio de interceptaciones de comunicaciones, registros, allanamientos e incautaciones; éstos se podrán realizar sin que medie orden judicial previa, pero quedarán sujetos a un control judicial automático dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para efectos de determinar su validez en tanto pruebas (art. 250-2, modificado).

(iv) El poder de *acusación* se mantiene en cabeza de la Fiscalía; no así el de declarar precluida la investigación, que ahora corresponde al juez de conocimiento de la causa, a solicitud de la Fiscalía (art. 250-5, modificado).

(v) El poder de *contradicción*, es decir, un aspecto central del derecho de defensa por parte del acusado, mantiene plenamente su status de garantía fundamental de la persona, y se materializa con la sujeción constitucional de la etapa de juzgamiento a los principios de *oralidad y contradicción*.

(vi) El poder de *coerción* sobre quienes intervienen en el proceso penal fue objeto de una clara reforma por el Constituyente derivado, en la medida en que bajo el nuevo sistema, por regla general la imposición de medidas restrictivas de la libertad, tales como la captura, deberá ser decretada por un funcionario judicial, a saber, el juez de control de garantías, ante quien la Fiscalía deberá presentar la solicitud pertinente. Ahora bien, a pesar de que en el nuevo sistema la regla general es que sólo se podrá privar de la libertad a una persona por decisión judicial, se mantiene la posibilidad de que en casos excepcionales, según lo establezca la ley, la Fiscalía General de la Nación realice capturas sin orden judicial previa, que no obstante estarán sujetas a un control automático por parte del juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes (art. 250-1, modificado); pero resalta la Corte que ésta es una hipótesis claramente excepcional. Así mismo, en el nuevo esquema se establece que las medidas que afecten la libertad solicitadas por el Fiscal al juez de control de garantías, únicamente pueden ser adoptadas cuando quiera que sean necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados al proceso, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en particular de las víctimas del hecho punible; con ello se establecen límites teleológicos constitucionales expresos a la posibilidad de que se decreten medidas restrictivas de derechos fundamentales.

(vii) El poder de *disposición del proceso* también fue modificado en cuanto a su alcance por el constituyente derivado de 2002, ya que se consagró a nivel constitucional el *principio de oportunidad*, por oposición al principio de legalidad. El principio de oportunidad ha sido reconocido en múltiples ordenamientos penales del mundo, y se basa en el postulado de que la acusación penal requiere no sólo que exista suficiente *mérito* para acusar por razones fácticas y jurídicas, sino que no existan razones de *oportunidad* para archivar el proceso, esto es, razones válidas por las cuales el Estado puede legítimamente optar por no perseguir penalmente una determinada conducta, en los "casos que establezca la ley" y "dentro del marco de la política criminal del Estado. Se trata de una previsión constitucional de las hipótesis en las cuales procede archivar la investigación, las cuales serán reguladas en detalle por la ley. El Legislador también deberá regular el alcance del *control judicial de legalidad* previsto por el Acto Legislativo para las actuaciones en las que se aplique este

principio, lo cual es especialmente relevante para proteger los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación.

(viii) El poder de *decisión*, finalmente, se mantiene en cabeza del juez de conocimiento, quien tendrá en cuenta el papel que la ley asigne a los jurados.

El anterior panorama, que no es exhaustivo sino meramente enunciativo de algunas diferencias trascendentales, permite concluir que fue voluntad del constituyente derivado introducir un nuevo sistema penal en nuestro país. La Corte Constitucional debe partir, por ende, de esta premisa, al momento de establecer si son aplicables las normas del Acto Legislativo No. 3 de 2002 en tanto parámetro de constitucionalidad en el presente caso, en el cual se acusan normas expedidas con anterioridad a 2002, que no desarrollan el nuevo sistema y que son propias del sistema anterior que continuará en vigor durante el tiempo y en las condiciones que fijó el propio Acto Legislativo No. 3 de 2002.

3.5. Conclusión: el parámetro de constitucionalidad a aplicar en el presente caso.

Teniendo en cuenta los puntos expuestos en los acápites precedentes, la Corte considera necesario efectuar dos precisiones adicionales para resolver el problema jurídico sobre el parámetro de constitucionalidad que se debe aplicar en el presente proceso:

(a) Ya se señaló que fue voluntad del Constituyente instaurar un nuevo sistema penal; y según ha expresado esta Corporación, "*un sistema se define por el hecho de no ser un simple agregado desordenado de elementos sino por constituir una totalidad, caracterizada por una determinada articulación dinámica entre sus partes y una cierta relación con su entorno.* Por lo mismo, si bien las normas jurídicas que constan en el Acto Legislativo No. 3 de 2002 son parte integrante de dicho sistema, éste también incluye tanto (i) las leyes que lo habrán de desarrollar, como (ir) la infraestructura necesaria para su implementación, según dispone el artículo 4º Transitorio de dicho Acto Legislativo–, los cuales constituyen parte integrante del nuevo esquema diseñado por el constituyente derivado; y

(b) Por virtud del mecanismo gradual y sucesivo de implementación establecido en el artículo 5º del Acto Legislativo, se presentarán tres (3) etapas distintas en el proceso de materialización del nuevo sistema acusatorio: (i) entre el momento de la aprobación del Acto Legislativo y el 1º de enero de 2005, regirá el sistema preexistente; (ii) entre el 1º de abril de 2005 y el 31 de diciembre de 2008, se presentará una etapa de transición durante la cual coexistirán los dos sistemas en distintas regiones del territorio nacional; y (iii) a partir del 31 de diciembre de 2008, deberá estar en "plena vigencia" el nuevo modelo acusatorio de procedimiento penal en todo el país.

De esta manera, y para efectos de resolver el problema jurídico bajo estudio, la Corte considera que son relevantes las siguientes conclusiones:

3.5.1. El Acto Legislativo No. 3 de 2002 *existe*, en la medida en que fue aprobado por el Congreso de la República en ejercicio de su función constituyente, por medio de los ocho debates prescritos por la Carta Política.

3.5.2. El Acto Legislativo está *vigente*, puesto que así lo dispone su artículo 5º Transitorio al establecer que "*rige desde su aprobación*"; pero su *eficacia jurídica* ha sido modulada por el constituyente derivado, en el sentido de que si bien comenzará a surtir ciertos efectos jurídicos a partir de su aprobación –tales como, por ejemplo, la conformación de una Comisión encargada de preparar los proyectos de ley necesarios para desarrollar, o el establecimiento de las fechas de inicio y culminación del proceso de implementación gradual del nuevo sistema en la práctica-, otros efectos han sido diferidos en el tiempo –tal como sucede con la desaparición del sistema establecido en 1991 y la correlativa instauración del nuevo sistema de corte acusatorio- o excluidos –como ocurre con la aplicación del nuevo sistema a hechos cometidos con anterioridad a su vigencia, la cual ha sido prohibida expresamente por el Acto Legislativo-.

3.5.3. En ese sentido, como se ha explicado, el Congreso de la República eligió, en tanto medida de política criminal instrumentalizada en una norma constitucional, dar *aplicación e implementación* graduales y sucesivas a las normas constitutivas del nuevo sistema, en los términos de los

artículos 4º y 5º Transitorios del Acto Legislativo, citados varias veces en esta providencia.

3.5.4. No es viable que la Corte, al *interpretar y aplicar* las normas constitucionales contenidas en el Acto Legislativo No. 3 de 2002, se adelante a la entrada en vigor del sistema acusatorio que se pretende instaurar en el país, puesto que ello equivaldría a desconocer la voluntad constituyente plasmada en forma expresa en los aludidos artículos 4º y 5º Transitorios. Dado el carácter *sistémico* del nuevo modelo de investigación, acusación y juzgamiento penal, únicamente es viable aplicar las normas constitucionales que lo consagran al examen de las leyes que, formando parte del mismo sistema, desarrollen los mandatos del constituyente derivado; por esa misma razón, no resulta viable aplicar dichas normas constitucionales como parámetro para juzgar las leyes expedidas con anterioridad al Acto Legislativo, que no forman parte del nuevo sistema sino del anterior, y a las cuales no fueron hechos extensivos los mandatos constitucionales adoptados por el Congreso; mucho menos cuando el nuevo sistema no se ha empezado a implementar, puesto que todavía no se han aprobado las leyes necesarias para ello.

Lo que es más, debe recordarse que el mismo Acto Legislativo dispone que se deben expedir, por ejemplo, reformas al Código Penal, al Código de Procedimiento Penal y Penitenciario y al Estatuto Orgánico de la Fiscalía que desarrollen el nuevo sistema; teniendo en cuenta que las normas acusadas en este proceso son precisamente partes del Código de Procedimiento Penal y del Estatuto de la Fiscalía actualmente vigentes, sería un contrasentido examinar su constitucionalidad a la luz de las normas trazadas, no por el Constituyente de 1991, sino por el Acto Legislativo que expresamente prevé reformas a las normas vigentes.

Como consecuencia de todo lo anterior, concluye la Corte que las normas acusadas en esta oportunidad deberán ser examinadas a la luz de los mandatos constitucionales preexistentes al Acto Legislativo No. 3 de 2002, esto es, a los artículos originales de la Constitución de 1991, que a la fecha se encuentran en plena vigencia.

4. Examen de las disposiciones acusadas a la luz de los mandatos del Constituyente de 1991.

4.1. Cargos basados en la supuesta atribución de funciones jurisdiccionales a funcionarios administrativos.

El primer grupo de cargos que formula el actor se dirige a controvertir la constitucionalidad de la inclusión del Director Nacional de Fiscalías y los Directores Seccionales de Fiscalías entre los delegados del Fiscal General de la Nación, así como la disposición que les atribuye, en tanto delegados del Fiscal General, competencia en todo el territorio nacional. En criterio del demandante, se trata de cargos puramente administrativos a los cuales no se les puede asignar funciones de naturaleza jurisdiccional. Precisa que, en su concepto, el artículo 249 de la Constitución estableció una distinción entre el "sector administrativo" y el "sector judicial" de la Fiscalía, estableciendo que éste último únicamente estaría compuesto por el Fiscal General y los fiscales delegados, mientras que la composición del anterior habrá de ser determinada por la ley. De allí concluye el actor que el legislador no puede incluir entre quienes ejercen función "judicial" a funcionarios distintos de los expresamente enumerados en la Constitución, esto es, el Fiscal General y los fiscales delegados, lo cual no sucede en relación con el "sector administrativo" de la Fiscalía; por ello, debe declararse la inconstitucionalidad de la inclusión del Director Nacional y los Directores Seccionales de Fiscalías entre los delegados del Fiscal General, puesto que la norma no resalta expresamente su naturaleza "administrativa" y lleva a equívocos con base en los cuales éstos acaban, en virtud de otras normas acusadas, ejerciendo funciones judiciales. Con base en las mismas razones, afirma que la disposición demandada que confiere al Fiscal General y sus delegados competencia en todo el territorio nacional sería inconstitucional, salvo si fuera interpretado en el sentido de que únicamente se refiere a los "funcionarios judiciales" de la Fiscalía expresamente enumerados en la Constitución, y no a funcionarios "administrativos" tales como los Directores Nacional o Seccionales de Fiscalías.

Para la Corte, el cargo del actor no está llamado a prosperar. El artículo 249 de la Carta dispone:

"La Fiscalía General de la Nación estará integrada por el fiscal general, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la ley.

El Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido. Debe reunir las mismas calidades exigidas para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

La Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal".

Observa la Sala que en el texto constitucional que se transcribe no se establece la distinción que señala el actor entre las "funciones judiciales" y las "funciones administrativas" de la Fiscalía, ni se adscribe exclusivamente al Fiscal General y los Fiscales Delegados la posibilidad de ejercer funciones de índole jurisdiccional; tal distinción tampoco se deduce, como sugiere el actor en otro aparte de su demanda, de lo dispuesto en el último inciso de esta norma constitucional, según el cual la Fiscalía forma parte de la rama judicial. Antes bien, el primer inciso de este mandato constitucional establece una habilitación clara para que el Legislador establezca cuáles son los funcionarios que integran, en general, la Fiscalía General de la Nación, además del Fiscal General y los Fiscales Delegados. Por lo mismo, es precisamente la ley la que está llamada a determinar la estructura, la composición y el esquema de funcionamiento de la Fiscalía, determinando cuáles funcionarios de dicha entidad ejercen funciones judiciales y cuáles ejercen funciones administrativa–, siempre y cuando con ello no lesione los dictados del Constituyente.

Esta habilitación constitucional para que el Legislador establezca el diseño y el esquema de funcionamiento de la Fiscalía resulta confirmada por lo dispuesto en el artículo 253 de la Carta, de conformidad con el cual "*la ley determinará lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, al ingreso por carrera y al retiro del servicio, a las inhabilidades e incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración, prestaciones sociales y régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de su dependencia".*

Dado que el legislador sí tiene potestad para establecer quiénes forman parte de la estructura de la Fiscalía General de la Nación, y cuáles son las funciones que habrán de desarrollar –siempre y cuando con ello no se lesionen mandatos constitucionales -, habrán de declararse exequibles los apartes del artículo 1º del Decreto Ley 261 de 2000 que hacen referencia al Director Nacional de Fiscalías y los Directores Seccionales de Fiscalías como delegados de Fiscal General de la Nación, puesto que en ellos simplemente se indica que son delegados del Fiscal General de la Nación, sin señalar la naturaleza de las funciones específicas que habrán de cumplir. En otras palabras, los cargos formulados por el actor contra la inclusión de estos funcionarios como delegados del Fiscal están basados en una determinada interpretación de la norma acusada, que no consulta su tenor literal; sobre el particular, ya ha establecido esta Corporación que "*son relevantes en el juicio constitucional todas las interpretaciones posibles que surgen objetiva y directamente de la norma, pero no le sirven al proceso constitucional aquellos entendimientos derivados única y exclusivamente del criterio subjetivo del operador jurídico*. Por ello, habrán de ser rechazadas las acusaciones de inconstitucionalidad formuladas por el actor.

Tampoco son de aceptación los cargos presentados por el actor contra la expresión "*El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional*" del mismo artículo 1º, por cuanto (a) están basados en una determinada interpretación que éste otorga a la disposición legal en cuestión, caracterizándola como una norma de redacción "tramposa", puesto que por medio de ella –afirma- se termina adscribiendo competencia nacional en materias judiciales a funcionarios administrativos calificados por el mismo artículo como delegados del Fiscal (interpretación que no es de aceptación, por cuanto en ninguna parte de la norma acusada se establece que se trata de delegados del Fiscal General para efectos de ejercer funciones jurisdiccionales); y (b) parten de la misma interpretación del artículo 249 de la Carta –contraria a lo anteriormente señalado- en virtud de la cual la ley únicamente puede adscribir el ejercicio de funciones jurisdiccionales al Fiscal General y los Fiscales Delegados. Como ya se vio, la Carta Política no establece dichas diferenciaciones, sino que habilita en forma amplia al Legislador para que determine lo relativo a la estructura y el funcionamiento de la Fiscalía; como es un principio general de interpretación jurídica que no le

es dado al intérprete establecer distinciones que el texto interpretado no establece, el cargo habrá de rechazarse. Esta consecuencia se ve reforzada por el hecho de que el artículo 250 de la Constitución establece expresamente que "*El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional*", disposición idéntica a la que se demanda en esta oportunidad –que tampoco establece las distinciones sugeridas por el actor -. En consecuencia, se declarará la exequibilidad de la frase en comento.

4.2. Cargos relativos a la supuesta inconstitucionalidad de la atribución de funciones judiciales al Vicefiscal General, y de la atribución de competencia a la Corte Suprema de Justicia para juzgarlo.

El segundo grupo de cargos formulados por el actor contra varias de las disposiciones legales que acusa, se basa en la supuesta inconstitucionalidad de la asignación de funciones jurisdiccionales al cargo de Vicefiscal General de la Nación, que es fundamentada por el demandante en el hecho de que la Constitución no prevé la existencia de este funcionario en el artículo 249, en el cual –según su interpretación- se restringe al Fiscal General y a los Fiscales Delegados la posibilidad de ejercer funciones jurisdiccionales.

Sin embargo, este cargo tampoco puede prosperar, por las mismas razones que se señalaron en el acápite precedente: el artículo 249 de la Constitución no establece cuáles funcionarios de la Fiscalía pueden ejercer funciones jurisdiccionales y cuáles pueden desempeñar funciones administrativas, sino que por el contrario, defirió al Legislador tal tarea, al habilitarlo para determinar la integración de la Fiscalía, así como su estructura y su funcionamiento (arts. 249 y 253, C.P.). En tal virtud, bien puede el Legislador crear cargos tales como el del Vicefiscal –lo cual no se hace en las disposiciones legales que se acusan, sino en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, que en sus artículos 12 y 20 prevé este mismo cargo-, y asignarle las funciones que considere pertinentes, siempre y cuando al hacerlo no desconozca mandatos constitucionales expresos, lo cual no considera la Corte que haya sucedido en este caso. Lo que es más, las disposiciones señaladas por el actor no sólo confieren al Vicefiscal funciones de índole jurisdiccional, sino que (i) señalan que

forma parte de la Fiscalía General de la Nación y que se trata de un delegado de Fiscal General de la Nación (art. 1, D.L. 261 de 2000), (ii) integran su despacho a la estructura general de la Fiscalía (art. 5, D.L. 261 de 2000), (iii) establecen que será designado por el Fiscal General de la Nación (art. 17-3, D.L. 261 de 2000), o (iv) le facultan para representar al Fiscal General en las actuaciones para las cuales éste le delegue y reemplazarlo en sus faltas, coordinar la asistencia judicial, el intercambio de información y de pruebas con otras naciones, asesorar al Fiscal en la formulación de las políticas generales de la entidad, y dirigir y controlar el funcionamiento de las dependencias que conforman su despacho (art. 22, D.L. 261 de 2000 y art. 116, Ley 600 de 2000). En consecuencia, el cargo genérico formulado por el actor se basa en una interpretación restrictiva de las normas acusadas, por lo cual no habrá de prosperar.

En consecuencia, se declararán exequibles (i) la expresión "el Vicefiscal General de la Nación", que aparece en los incisos primero y tercero del artículo 1º del Decreto Ley 261 de 2000, (ii) la expresión "el Vicefiscal General de la Nación" del artículo 2º del Decreto Ley 261 de 2000, (iii) la expresión "Despacho del Vicefiscal General" contenida en el artículo 5º del Decreto Ley 261 de 2000, (iv) la expresión "Vicefiscal" del numeral 3 del artículo 17 del Decreto Ley 261 de 2000, (v) el artículo 22 del Decreto Ley 261 de 2000 –en lo relativo al cargo que se examina, esto es, la supuesta inconstitucionalidad de la creación del cargo de Vicefiscal General de la Nación -, y (vi) el artículo 116 de la Ley 600 de 2000, también en lo relativo al cargo que se examina.

En relación con estos mismos argumentos, considera el demandante que el señalamiento del Vicefiscal, en los artículos 75-9 y 115-5 de la Ley 600 de 2000, entre los funcionarios que deberán ser juzgados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, constituye un desconocimiento del artículo 235 de la Carta Política, en la medida en que le otorga un fuero a quien la Constitución no se lo otorgó.

En relación con este cargo, la Corte observa que el artículo 235 de la Constitución establece, en su numeral 4º, que es una atribución de la Corte Suprema de Justicia "*juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, a los ministros del despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los*

agentes del Ministerio Público ante la corte, ante el Consejo de Estado y ante los tribunales; a los directores de los departamentos administrativos, al Contralor General de la República, a los embajadores y jefes de misión diplomática o consular, a los gobernadores, a los magistrados de tribunales y a los generales y almirantes de la fuerza pública, por los hechos punibles que se les imputen". Es cierto, como indica el demandante, que en esta enumeración constitucional no se encuentra el Vicefiscal; pero también es cierto que el numeral 7º del mismo artículo 235 Superior establece que serán propias de la Corte Suprema de Justicia "las demás atribuciones que señale la ley", con lo cual autoriza expresamente al Legislador para ampliar el catálogo de competencias de esta Corporación; con ello reitera el amplio margen de configuración legislativa sobre el particular reconocido en el artículo 234 de la Constitución, según el cual la ley "*dividirá la Corte en Salas, señalará a cada una de ellas los asuntos que deba conocer separadamente y determinará aquellos en que deba intervenir la Corte en pleno*".

En consecuencia, considera la Corte que bien puede el Legislador, cumpliendo las condiciones que se indican más adelante, señalar funcionarios civiles distintos a los expresamente enumerados en el artículo 235 Superior, que pueden ser juzgados penalmente por la Corte Suprema de Justicia, ya que ello no se encuentra prohibido por la Constitución, y forma parte de las atribuciones legislativas expresas consagradas en los artículos 234 y 235 de la Carta. En ese sentido, los funcionarios que el legislador considere razonablemente que deben ser amparados por este fuero, contarán con un fuero de origen *legal*, y no *constitucional*. Esta razonabilidad depende principalmente de dos condiciones: la jerarquía del funcionario civil, y su afinidad institucional con los que el constituyente protegió con un fuero ante la Corte Suprema de Justicia. En todo caso, habrá que analizar si el fuero legal desconoce el principio de igualdad.

Por lo mismo, habrá de rechazarse el cargo formulado por el actor; en consecuencia, se declarará la constitucionalidad de los artículos 75-9 y 115-5 de la Ley 600 de 2000.

4.3. Cargos relativos a la autonomía, independencia e imparcialidad de los fiscales en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, así como al principio de determinación legal de la competencia judicial.

En términos generales, el actor considera que los mandatos constitucionales de autonomía, independencia e imparcialidad en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, así como el imperativo de determinación legal de las competencias jurisdiccionales, resultan desconocidos por ciertas facultades que se confieren en las normas demandadas al Fiscal General de la Nación, al Director Nacional de Fiscalías y a los Directores Seccionales de Fiscalías.

La resolución de estos cargos exige a la Corte remitirse brevemente a su jurisprudencia pasada en relación con el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la Fiscalía General de la Nación. En efecto, según establece el artículo 116 de la Carta Política, la Fiscalía se cuenta entre las entidades que administran justicia; ya ha establecido esta Corporación que entre las funciones que cumple esta entidad "*existen algunas que son eminentemente jurisdiccionales, tales como la expedición de medidas de aseguramiento que restringen la libertad del investigado, como la detención, la conminación, la caución, para asegurar su comparecencia en el proceso; la facultad para resolver la situación jurídica del indagado, la potestad para calificar el mérito del sumario; la atribución de dictar resoluciones de acusación ante los jueces al presunto responsable de un hecho punible, etc., de manera que cuando los fiscales ejercen estas actividades cumplen una función jurisdiccional, y por tanto, actúan como verdaderos jueces. Siendo así, son aplicables a los fiscales los artículos 228 y 230 de la Carta, que consagran la independencia y autonomía de los jueces, quienes en sus providencias, solamente están sometidos al imperio de la ley* (subraya la Corte). En este mismo sentido, el artículo 26 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia dispone que a la Fiscalía, en el cumplimiento de las funciones jurisdiccionales previstas en la ley, le son aplicables "*los principios de la administración de justicia de que trata la Constitución Política, los tratados internacionales vigentes ratificados por Colombia, esta Ley Estatutaria y las demás normas con fuerza de ley*".

Por su parte, los deberes de independencia e imparcialidad que deben acompañar la administración de justicia fueron caracterizados por la Corte en la sentencia C-037 de 1996 como principios esenciales para lograr el propósito central de la función jurisdiccional, como lo es el de impartir justicia; en tal oportunidad, se definió la independencia como la ausencia de presiones ejercidas sobre los funcionarios, esto es, que

quienes administran justicia no se vean sometidos a "*insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma rama judicial*… la independencia se predica también… respeto de los superiores jerárquicos dentro de la rama judicial". Por su parte, la imparcialidad fue descrita como consecuencia del derecho de todas las personas a la igualdad ante la ley, en particular ante la administración de justicia, y manifestación de la rectitud del jue. En este orden de ideas, el artículo 5º de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia –declarado exequible en la sentencia C-037 de 1996 que se cita- establece que "*ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias*"

Estas reglas fueron claramente sintetizadas por la sentencia C-543 de 1992, en la cual se estableció que "*el principio democrático de la autonomía funcional del juez, hoy expresamente reconocido en la Carta Política, busca evitar que las decisiones judiciales sean el resultado de mandatos o presiones sobre el funcionario que las adopta. Aún cuando el superior jerárquico debe efectuar el estudio de una sentencia apelada o consultada (art. 31 de la Constitución), aquél no está autorizado por las disposiciones sobre competencia funcional para impartir órdenes a su inferior respecto al sentido del fallo, sino que, en la hipótesis de hallar motivos suficientes para su revocatoria, debe sustituir la providencia dictada por la que estima se ajusta a las prescripciones legales pero sin imponer su criterio personal en relación con el asunto controvertido*"; como consecuencia, en la sentencia C-558 de 1994 se afirmó, en relación específica con el ejercicio de funciones jurisdiccionales por la Fiscalía, que "*no le está permitido al Fiscal General de la Nación, como a ningún otro funcionario de la Fiscalía, injerir en las decisiones que deban adoptar los demás fiscales en desarrollo de su actividad investigativa y acusadora, ni señalarles criterios relacionados con la forma como deben resolver los casos a su cargo, ni cómo deben interpretar la ley, pues se atentaría contra los principios de independencia y autonomía funcional del fiscal*".

La relevancia de las anteriores reglas jurisprudenciales para la resolución de los problemas planteados por el actor es directa. De allí se deduce que, por virtud de lo dispuesto en los artículos 22 y 23 de la Constitución, los fiscales, en tanto ejercen funciones judiciales y a su cargo se encuentra

la instrucción de procesos penales en un sistema con las características del creado en 1991, son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, y deben cumplir con el mandato de imparcialidad para preservar los derechos del investigado al debido proceso y la igualdad; en consecuencia, ni siquiera el Fiscal General puede intervenir en el desarrollo específico de las investigaciones asignadas a cada fiscal, puesto que ello equivaldría a inmiscuirse indebidamente en un ámbito constitucionalmente resguardado de autonomía en el ejercicio de la función jurisdiccional. Como consecuencia, el ejercicio de atribuciones tales como las que tiene el Fiscal General de reasignar procesos o asumir directamente el conocimiento de una investigación desplazando al fiscal competente, debe permitirse únicamente en hipótesis excepcionales, en las cuales se presenten circunstancias de peso que así lo justifiquen – las cuales deben quedar claramente plasmadas en la decisión correspondiente, para permitir el derecho de defensa de los afectados.

Lo anterior no obsta para que, en ejercicio de sus poderes generales de dirección y orientación de las actividades de investigación penal, el Fiscal General de la Nación trace políticas generales aplicables a las distintas actividades desarrolladas por los funcionarios de la Fiscalía; tales políticas pueden estar referidas a aspectos fácticos o técnicos del proceso de investigación, así como a asuntos jurídicos generales de índole interpretativa, y pueden fijar prioridades, parámetros o criterios institucionales para el ejercicio de la actividad investigativa, así como designar unidades especiales para ciertos temas. Esto implica que el Fiscal General sí puede orientar en términos generales el funcionamiento de la Fiscalía en tanto institución unitaria, así como llevar a cabo actividades de seguimiento y evaluación sobre el desempeño general de la entidad; pero todo ello debe realizarse en general, sin que se invoquen dichas facultades de orientación y definición de políticas para incidir sobre la investigación o apreciación de casos concretos por parte de los fiscales que tienen a su cargo la instrucción, ni sobre la forma en que se debe interpretar y aplicar la ley penal frente a situaciones particulares que ya son de competencia de dichos fiscales. Los lineamientos, pautas y políticas que trace el Fiscal General de la Nación deben ser, así, de carácter general, como también lo deben ser aquellos parámetros o criterios adoptados por los Directores Nacional o Seccionales de Fiscalías en cumplimiento de sus funciones,

para respetar los mandatos constitucionales de independencia, imparcialidad y autonomía en la administración de justicia. En el nuevo sistema, el principio de jerarquía adquiere unas connotaciones especiales, distintas a las que tenía bajo el esquema original de 1991, que no entra la Corte a precisar en esta oportunidad.

A la luz de estas consideraciones, se estudiarán brevemente los cargos individuales formulados en este sentido por el demandante:

4.3.1. Fiscales Delegados Especiales

El actor controvierte la posibilidad de que se designen *fiscales delegados especiales* para conocer de casos determinados, que está prevista en (i) el artículo 1º del Decreto Ley 261 de 2000 –que incluye a los Fiscales Delegados Especiales entre los delegados del Fiscal Genera de la Nación -; (ii) el artículo 6 del Decreto Ley 261 de 2000, según el cual las funciones de la Fiscalía se realizan a través de las Unidades Delegadas de Fiscalías, "salvo que el Fiscal General o los Directores de Fiscalías destaquen un *fiscal especial para casos particulares*"; (iii) el artículo 17, numeral 3, del mismo Decreto Ley, según el cual el Fiscal General de la Nación puede designar al Vicefiscal, al Director nacional de Fiscalías, a los Directores Seccionales de Fiscalías y a los Fiscales de las Unidades como Fiscales Delegados Especiales "*cuando la necesidad del servicio lo exija o la gravedad o complejidad del asunto lo requiera*"; (iv) el numeral 5º del artículo 22 del Decreto Ley 261 de 2000 y el numeral 3 del artículo 116 de la Ley 600 de 2000, según los cuales es función del Vicefiscal General de la Nación actuar como Fiscal Delegado especial en los procesos o actuaciones judiciales que directamente le asigne el Fiscal General de la Nación; y (v) el artículo 112 de la Ley 600 de 2000, según el cual componen la Fiscalía General de la Nación, entre otros, los fiscales delegados designados por el Vicefiscal General de la Nación para casos especiales.

Son cuatro los cargos que formula el demandante contra esta figura: (a) estos "fiscales delegados especiales" no fueron previstos en la Constitución, que sólo enumera al Fiscal General y a los fiscales delegados en sus diversas jerarquías como funcionarios de la Fiscalía encargados de administrar justicia; (b) considera inconstitucional que funcionarios administrativos, tales como el Director Nacional o los Directores Seccio-

nales de Fiscalías, puedan ser designados como Fiscales Delegados Especiales, con base en la interpretación que –como se vio- hace del artículo 249 Superior; (c) considera que la posibilidad de que estos funcionarios sean designados por el Fiscal General de la Nación o el Director Nacional de Fiscalías desconoce la necesidad de que las competencias judiciales sean establecidas por la ley; y (d) en relación con los mandatos de independencia, imparcialidad y autonomía de la administración de justicia, considera que éstos resultan desconocidos por la figura misma de los Fiscales Delegados Especiales, que por su carácter de jueces ad hoc o ex post facto pueden terminar por seguir "*las directrices o insinuaciones que pueden acompañar la designación", lo cual "implica fatídicamente un seguro desconocimiento de trascendentales principios integradores del juez natural: su independencia y su imparcialidad*".

En cuanto al cargo (a), basta reiterar lo dicho en acápites precedentes respecto de la interpretación que otorga el demandante al artículo 249 de la Carta, puesto que éste, lejos de determinar que los únicos funcionarios de la Fiscalía que pueden ejercer funciones jurisdiccionales son el Fiscal General y los fiscales delegados, defiere –junto con el artículo 253 Superior- al Legislador la definición específica de la estructura y el funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, atribución dentro de la cual ya se ha aceptado que está incluida la potestad de señalar cuáles funcionarios tendrán competencias de carácter administrativo y cuáles de naturaleza jurisdiccional. En ese sentido, no se puede alegar que la figura de los fiscales delegados especiales sea inconstitucional por el hecho de no haber sido prevista expresamente en la Carta Política.

Frente al cargo (b), pueden oponerse idénticos argumentos: la ley tiene la potestad constitucional de definir cuáles funcionarios de la Fiscalía cumplen qué tipo de funciones, y, en cualquier caso, ni la Constitución ni la ley misma han determinado que el Director Nacional de Fiscalías o los Directores Seccionales de Fiscalías son cargos netamente administrativos que nunca pueden ser investidos por la ley del cumplimiento de funciones judiciales específicas. Se trata de una interpretación efectuada por el actor sobre el alcance del texto legal, que no encuentra soporte objetivo en el mismo.

Respecto del cargo (c), existe ya jurisprudencia previa, tanto de la Corte Suprema de Justicia como de esta Corporación, en el sentido de que el ejercicio de las funciones de designación de fiscales especiales o reasignación de fiscales no equivale a modificar las competencias establecidas en la ley, sino simplemente a modificar los funcionarios que habrán de cumplirlas. Tal y como lo explicó la Corte Suprema de Justicia, "*cuando el ente acusador hace uso de esta opción, no se presenta, como equivocadamente lo plantea el censor, alteración de la competencia funcional; el desplazamiento en estos casos es del funcionario, no de sus funciones, y por ello, quien asume el conocimiento de la investigación debe hacerlo con respeto del marco de competencia propio del Fiscal desplazado… De no ser así, habría que aceptar que a través de una resolución administrativa del Fiscal General, o de sus Fiscales Delegados ante los Tribunales, se puede modificar el sistema de competencia legalmente establecido, lo cual resulta jurídicamente insostenible, en cuanto implicaría el desconocimiento de la normatividad legal reguladora de la materia y, por contera, de la garantía constitucional del juez natural, sin contar, además, la usurpación que de la función legislativa por parte del Fiscal ello comportaría*". En otros términos, esta jurisprudencia, que fue adoptada por la Corte Constitucional mediante sentencia C-956 de 199, permite desestimar el cargo del actor consistente en que mediante el ejercicio de las facultades en comento se desconoce el mandato constitucional según el cual la competencia de los jueces debe estar prefigurada en la ley (C.P., art. 29).

En cuanto al cargo (d), considera la Corte que la figura misma de los fiscales delegados especiales no conlleva necesariamente la legitimación legal de jueces *ad hoc o ex post facto*. Por el contrario; si en un caso concreto se lleva a cabo la designación de fiscales especiales con acatamiento de los mandatos de la Constitución, nada obsta en principio para que la investigación que ellos desarrollen sea respetuosa de los derechos del sindicado y se efectúe en forma independiente, autónoma e imparcial. Por lo mismo, se declarará la constitucionalidad de las disposiciones respectivas, aclarando que cuandoquiera que la designación de un fiscal especial conlleve el desplazamiento de otro fiscal que venía conociendo del caso, la decisión deberá estar debidamente motivada para permitir el ejercicio del derecho de defensa por los afectados, según se explicará con mayor detalle en los acápites subsiguientes.

Ahora bien, lo que para la Corte resulta inaceptable desde el punto de vista constitucional es que sean funcionarios distintos al Fiscal General quienes tengan la potestad de designar fiscales especiales para conocer de casos concretos, tal y como lo prevé el artículo 6º del Decreto Ley 261 de 2000, al establecer que los Directores de Fiscalías podrán efectuar tal nombramiento, o el artículo 112 de la Ley 600 de 2000, que atribuye dicha facultad al Vicefiscal General de la Nación. Lo anterior se explica por el hecho de que los fiscales de los diversos órdenes son delegatarios del Fiscal General de la Nación, según dispone el artículo 249 de la Constitución –que habla de "fiscales delegados"-, y es en ese carácter –como superior jerárquico titular de las funciones que ejercen los fiscales en tanto delegatarios- que dicho funcionario puede desplazarlos del conocimiento de determinado proceso y asignárselo a otro fiscal, también delegado suyo; es éste el fundamento último de las figuras de reasignación de investigaciones y asunción personal de procesos por el Fiscal General. Como ni los Directores de Fiscalías ni el Vicefiscal se encuentran en la misma posición que el Fiscal General, es decir, como los fiscales delegados no son delegatarios de aquellos sino de éste último, no puede la ley atribuirles una facultad propia del Fiscal General de la Nación, que en cualquier caso se encuentra justificada en casos excepcionales, y debe respetar los mencionados principios de independencia y autonomía judicial.

Por lo tanto, en la parte resolutiva de esta providencia se adoptarán las siguientes decisiones:

4.3.1.1. Se declarará exequible la expresión "*Los Fiscales Delegados Especiales*" del artículo 1º del Decreto Ley 261 de 2000.

4.3.1.2. Se declarará inexequible la expresión "*o los Directores de Fiscalías*" contenida en el artículo 6º del Decreto Ley 261 de 2000.

4.3.1.3. Se declarará inexequible la frase "*que éste designe para casos especiales*" del artículo 112 de la Ley 600 de 2000.

4.3.1.4. Se declarará la asequibilidad del artículo 17, numeral 3, del Decreto Ley 261 de 2000.

4.3.1.5. Se declarará la constitucionalidad del numeral 5º del artículo 22 del Decreto Ley 261 de 2000, y del numeral 3º del artículo 116 de la Ley 600 de 2000, bajo el entendido de que cuando quiera que el ejercicio de la facultad de designar un fiscal delegado especial conlleve el desplazamiento de otro fiscal delegado que venía conociendo de un caso particular, el Fiscal General de la Nación deberá motivar en forma concreta y específica su decisión, así como notificar tales decisiones al agente del Ministerio Público y demás sujetos procesales, con miras a permitir el ejercicio del derecho de defensa por los afectados. Este condicionamiento, enfatiza la Corte, se refiere únicamente a los casos en que el ejercicio de tal facultad conlleve el desplazamiento de otro fiscal delegado que ya tenía competencia sobre el asunto correspondiente; en las demás hipótesis, las normas en cuestión son compatibles con la Constitución, como sucede con el numeral 3º del artículo 17, demandado.

4.3.2. Hipótesis en que el Fiscal General de la Nación asume personalmente el conocimiento de las investigaciones, o reasigna procesos de un fiscal a otro.

El actor considera que son inconstitucionales las disposiciones demandadas que facultan al Fiscal para asumir personalmente el conocimiento de ciertas investigaciones, o reasignar procesos de un fiscal a otro, según lo establecen las siguientes normas acusadas: (i) el artículo 17, numeral 6, del Decreto Ley 261 de 2000, según el cual el Fiscal General de la Nación podrá asumir las investigaciones y acusaciones que "*en razón de su naturaleza, ameriten su atención personal*", (ii) el numeral 2 del artículo 115 de la Ley 600 de 2000, en virtud del cual el Fiscal General de la Nación podrá, "*cuando lo considere necesario, y en los casos excepcionales que requieran su atención directa, investigar, calificar y acusar, desplazando a cualquier fiscal delegado*"; y (iii) el numeral 4 del artículo 115 de la Ley 600 de 2000, que faculta al Fiscal General de la Nación para ordenar, durante la etapa de instrucción "*y cuando sea necesario para asegurar la eficiencia de la misma*", la remisión de las actuaciones adelantadas por un fiscal delegado al despacho de cualquier otro, "*mediante resolución motivada*".

Para el actor, estas disposiciones desconocen los mandatos constitucionales de (1) predeterminación legal de la competencia judicial –puesto que se atribuye al Fiscal la potestad de asumir personalmente el cono-

cimiento de los procesos que ameriten su atención personal, y no de los procesos que le asigne la ley -, y (2) autonomía, imparcialidad e independencia en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, puesto que mediante el ejercicio de la facultad de reasignar procesos se termina por elegir, como destinatarios de la reasignación, a fiscales predeterminados que decidirán en determinado sentido.

Sin embargo, con base en las consideraciones que se han expuesto en acápites anteriores, la Corte considera que estos argumentos no son de recibo. En primer lugar, ya se vio que la ley tiene un amplio margen de configuración para establecer la estructura y el esquema de funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación; como consecuencia, bien puede el Legislador señalar que en ciertos casos excepcionales, el Fiscal General de la Nación puede asumir personalmente el conocimiento de ciertas investigaciones, o designar a determinados funcionarios para conocer de ciertas investigaciones, desplazando a otros fiscales del conocimiento de los procesos –siempre y cuando estas facultades se consagren legalmente y se ejerzan en forma razonable, permitiendo el ejercicio del derecho de defensa por parte de los afectados, y con una adecuada motivación para la decisión respectiva -. En segundo lugar, las facultades en cuestión encuentran un fundamento en el carácter de delegatarios atribuido por la Constitución a los fiscales delegados respecto del Fiscal General de la Nación, quien es en principio el titular de la función de investigar las violaciones a la ley penal y acusar a los posibles culpables ante los jueces competentes. Finalmente, se ha reconocido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia que el ejercicio de estas facultades legales por parte del Fiscal General no conlleva la violación del principio del juez natural pre - establecido en la ley, puesto que no implica modificar el esquema de competencias, sino simplemente sustituir al funcionario que habrá de cumplirlas por su superior delegante, dejando intacto dicho esquema.

Las anteriores razones son suficientes para declarar la constitucionalidad de las normas acusadas por este cargo, bajo el entendido de que al adoptar cualquiera de estas decisiones, el Fiscal General de la Nación deberá motivar expresamente su determinación, y notificarla a los sujetos procesales afectados por un medio idóneo. Así mismo, para efectos de

garantizar el ejercicio imparcial y autónomo de la función de investigación por parte del Fiscal General, se declarará que una vez decida, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, asumir personalmente el conocimiento de una determinada investigación, deberá llevarla hasta su culminación, sin asignarla a otro fiscal distinto -puesto que de hacerlo se desnaturalizaría el acto de reasunción del conocimiento de dicha instrucción-.

En consecuencia, se adoptarán las siguientes determinaciones en la parte resolutiva de esta providencia:

4.3.2.1. Se declarará exequible el numeral 6º del artículo 17 del Decreto Ley 261 de 2000, bajo el entendido de que al asignar y desplazar a sus delegados en las investigaciones y procesos, el Fiscal General de la Nación deberá motivar su decisión y notificarla por medios idóneos a los sujetos procesales afectados, para permitirles ejercer su derecho de defensa y cumplir así con lo dispuesto en el artículo 29 Superior.

4.3.2.2. Se declarará la exequibilidad, con idéntico condicionamiento, de los numerales 2 y 4 del artículo 115 de la Ley 600 de 2000.

4.3.3. Aplicación del principio de jerarquía en la Fiscalía

Para el demandante, es contraria a la Constitución la consagración abstracta del principio de jerarquía que rige al interior de la Fiscalía General de la Nación en el artículo 10 del Decreto Ley 261 de 2000, el cual dispone que "*los Fiscales delegados actuarán siempre en representación de la Fiscalía General de la nación bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General, sin perjuicio de la autonomía en sus decisiones judiciales*'". Señala que, en lo que tiene que ver con el cumplimiento de funciones jurisdiccionales, este principio únicamente puede estar referido a la resolución, por el superior, de los recursos interpuestos contra las decisiones de los fiscales, puesto que de lo contrario se desconocería la autonomía e independencia propias de la administración de justicia.

Para la Corte, el cargo formulado por el actor no se deduce de ningún modo del texto legal acusado, puesto que éste expresamente establece que la aplicación del principio de jerarquía al interior de la Fiscalía no puede efectuarse en forma tal que se afecte la autonomía de los Fiscales Delegados en la adopción de las decisiones judiciales que les competen. En ese sentido, la acusación de inconstitucionalidad presentada por el demandante se sustenta en una interpretación personal que no encuentra respaldo alguno en el texto legal cuya constitucionalidad se controvierte, e incluso va en contravía del tenor literal de la norma. Por eso, el actor no pide su inconstitucionalidad sino que la Corte profiera una sentencia interpretativa condicionando la exequibilidad de la norma. En ese sentido, como se ha precisado en diferentes sentencias de esta Corporación, es procedente adoptar una decisión inhibitoria en relación con el Artículo 10 del Decreto Ley 261 de 2000.

4.3.4. Dirección y coordinación de las actividades de policía judicial

La demanda controvierte la constitucionalidad de la facultad otorgada por el artículo 12 del Decreto Ley 261 de 2000 al Fiscal General de la Nación y los Directores de Fiscalías para dirigir y coordinar las investigaciones adelantadas por el Cuerpo Técnico de Investigación y otros cuerpos de policía judicial; en concepto del actor, ello desconoce la autonomía e independencia de los fiscales delegados que están a cargo de la investigación en cada proceso, puesto que compete a éstos coordinar las actividades investigativas que se desarrollen en el curso de la misma. Asimismo, considera que la asignación de esta facultad a los directores de Fiscalías equivale a atribuir funciones judiciales a un funcionario administrativo, con lo cual se desconoce el artículo 249 de la Carta –según la interpretación del actor que se ha reseñado en acápites precedentes -. Por idénticos motivos demanda el artículo 31-2 del Decreto Ley 261 de 2000, que asigna a las Unidades de Fiscalías adscritas a la Dirección nacional de Fiscalías la función de "*dirigir, coordinar y asignar el desarrollo de las funciones de investigación adelantadas por las Unidades del Cuerpo Técnico de Investigación y de Policía Judicial que intervengan en ellas*".

Para resolver el problema planteado por este cargo, debe recordar la Corte que el artículo 250-3 de la Constitución asigna a la Fiscalía General de la Nación la función de "*dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la policía nacional y los demás organismos que señale la ley*". Esta función la puede llevar a cabo, en virtud del artículo 249 Superior, el Fiscal General de la Nación y sus delegados –puesto que éstos, además de los otros funcionarios que determine la ley, forman parte de la Fiscalía -. A la luz de estos mandatos, para la Corte resulta constitucional que el Legislador establezca que es función del Fiscal General de la Nación dirigir y coordinar las investigaciones que adelantan los organismos de policía judicial; sin embargo, para que la consagración y el ejercicio de esta facultad sean acordes con la Constitución, deberán respetar el principio de independencia y autonomía en el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de los fiscales que tienen a su cargo la investigación de procesos individuales, puesto que el mandato del artículo 250-3 de la Carta también les es aplicable a ellos – es decir, en lo que respecta a las investigaciones a su cargo, cada fiscal tiene la potestad de dirigir y coordinar las funciones de policía judicial necesarias para llevar a cabo diligentemente la detección de violaciones a la ley penal.

En consecuencia, deberá entenderse que la facultad conferida por la norma acusada al Fiscal General de la Nación se refiere únicamente a actividades de coordinación general de las funciones de policía judicial, en el sentido de fijar criterios, pautas o parámetros sobre asuntos fácticos, técnicos o jurídicos, que deban ser respetadas por los organismos que llevan a cabo tal función, sin que ello constituya una autorización para que el Fiscal General de la Nación y a los Directores de Fiscalías determinen el curso específico de las actividades investigativas de los procesos individuales, ni lleven a cabo ningún tipo de orientación o dirección de las mismas, puesto que ésta es una facultad autónoma e independiente del fiscal que tenga a su cargo la instrucción de cada proceso particular.

En cuanto a la aludida inconstitucionalidad por la asignación de funciones judiciales a cargos administrativos dentro de la Fiscalía, se remite la Corte a las consideraciones expresadas anteriormente sobre este punto, para justificar la improcedencia del cargo en cuestión.

Por tales razones, en la parte resolutiva de esta sentencia se declararán exequibles las expresiones demandadas del artículo 12 del Decreto Ley 261 de 2000 y del artículo 31-2 ibídem, en el entendido de que cada Fiscal tiene la facultad y el deber de dirigir en forma autónoma e independiente la investigación de los procesos que están a su cargo.

4.3.5. Seguimiento y evaluación de resultados; reasignación de procesos.

También acusa el actor la facultad conferida por el artículo 11, numeral 3, del Decreto Ley 261 de 2000 al Fiscal General de la Nación, los Directores de Fiscalías y los Jefes o Coordinadores de Unidad de Fiscalías de efectuar un seguimiento y una evaluación de resultados de las investigaciones adelantadas por los distintos fiscales, así como de cambiar su asignación, en los siguientes términos: "*efectuar el seguimiento y evaluar los resultados de las investigaciones adelantadas por las distintas Unidades de Fiscalías y Fiscales y cambiar su asignación cuando lo estime necesario, en orden a una pronta y cumplida administración de justicia. Los Jefes o Coordinadores de Unidad sólo podrán cambiar la asignación previa delegación efectuada por el Fiscal General de la Nación o los Directores de Fiscalías, respectivamente*". Para el demandante, esta disposición no sólo contraría la Carta por asignar funciones jurisdiccionales a funcionarios administrativos, sino porque (i) mediante el seguimiento y evaluación de resultados se afecta la independencia, autonomía e imparcialidad de los fiscales a cargo de cada proceso, y (ii) mediante la reasignación de procesos se termina por designar fiscales *ad hoc o ex post facto*, afectando la imparcialidad de la administración de justicia y el principio de igualdad.

Por la posición del Fiscal General de la Nación como cabeza de la Fiscalía, es plenamente válido que la ley le asigne la función de adelantar, en *términos generales*, seguimientos y evaluaciones de resultados sobre las actividades desarrolladas por la entidad a su cargo. Sin embargo, para que el cumplimiento de esta función –que contribuye indudablemente a mejorar la calidad de la gestión adelantada por la Fiscalía- sea constitucional, debe entenderse que tal seguimiento y evaluación de resultados no pueden estar referidos a procesos individuales predeterminados, en forma tal que se afecte la independencia y autonomía de los fiscales que

los tienen a su cargo; deben desarrollarse en términos generales, respecto del trabajo cumplido por la Fiscalía en tanto institución, por sus funcionarios globalmente considerados, y no por los fiscales individuales en casos concretos, mucho menos si éstos están en curso, para no afectar así su imparcialidad. Tampoco pueden llevarse a cabo tales seguimientos y evaluaciones de resultados generales en forma tal que terminen por ser un instrumento para desconocer indirectamente la autonomía de los fiscales delegados en tanto funcionarios judiciales, ni con base en criterios que puedan resultar, a la larga, lesivos de los derechos fundamentales de los sindicados –tales como el simple número de resoluciones de acusación proferidas por los fiscales delegados en un determinado período de tiempo, o el número de personas respecto de las cuales se ha dictado medida de aseguramiento -; la constitucionalidad de cada evaluación de resultados, y el grado en el cual afecte la independencia y autonomía de los fiscales en casos concretos, habrán de determinarse, con todo el rigor del caso, en cada situación particular, por parte de los funcionarios judiciales encargados de ejercer el control correspondiente. Lo anterior no obsta para que en virtud del seguimiento y evaluación se identifiquen fallas o deficiencias a la luz de criterios objetivos e imparciales, y que tales fallas o deficiencias sean atribuibles a determinados funcionarios, pero sin que ello implique impartirles órdenes de hacer o no hacer en casos específicos ante situaciones particulares.

Respecto de las facultades de reasignación de procesos, reitera la Corte los argumentos expresados en el acápite 4.3.2. anterior, y por lo mismo, señala que esta decisión únicamente puede ser tomada por el Fiscal General de la Nación, y no por otros funcionarios, como podría inferirse de una primera lectura del artículo 11-3 de Decreto Ley 261 de 2000.

En consecuencia, en la parte resolutiva de esta providencia se declarará constitucional el numeral 3 del artículo 11 del Decreto Ley mencionado, bajo el entendido de que el seguimiento y la evaluación de resultados de las investigaciones penales no puede afectar la independencia y autonomía de cada fiscal en el desarrollo de los procesos que tiene a su cargo, y que el cambio en la asignación de procesos únicamente puede ser realizado por el Fiscal General de la Nación, teniendo en cuenta las pautas establecidas en los acápites precedentes de esta providencia –es decir,

que se adopte esta determinación mediante resolución motivada debidamente notificada a los afectados, y sin que implique una invasión de la independencia y autonomía de los fiscales delegados -.

4.3.6. Dirección y coordinación de la función investigativa y acusatoria por el Fiscal General, las Direcciones de Fiscalías y las Unidades de Fiscalías.

El demandante también señala como inconstitucional la facultad otorgada al Fiscal General de la Nación por el numeral 4 artículo 17 del Decreto Ley 261 de 2000, en el sentido de "*dirigir, coordinar y controlar el desarrollo de la función investigativa y acusatoria contra los presuntos infractores de la ley penal, directamente o a través de sus delegados*", puesto que en su criterio, constituye una autorización para que el Fiscal desconozca la autonomía de los funcionarios encargados de la instrucción de cada proceso en particular, y crea una total dependencia de éstos últimos respecto de su superior jerárquico, que viola el principio de juez competente predeterminado en la ley. En el mismo sentido, afirma que lo dispuesto en el artículo 30, numeral 3 del Decreto Ley 261 de 2000, en virtud del cual corresponde a la Dirección Nacional de Fiscalías "*dirigir, coordinar, asignar y controlar las actividades de investigación y acusación adelantadas por las unidades de fiscalía adscritas*", lesiona (i) lo dispuesto en el artículo 249 de la Constitución, según lo interpreta el actor, puesto que se asigna una función judicial a un funcionario de naturaleza administrativa, y (ii) las garantías de autonomía e independencia en el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de los fiscales que conocen cada proceso. Por igual razón demanda lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 30 del Decreto Ley 261 de 2000, en virtud del cual es función de la Dirección Nacional de Fiscalías "asesorar a las Direcciones Seccionales y Unidades de Fiscalías, en todo lo pertinente a sus funciones de investigación y acusación". Finalmente, considera que idénticas razones justifican la declaratoria de inconstitucionalidad de lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto Ley 261 de 2000, en virtud del cual corresponde a los Directores Seccionales de Fiscalía dirigir, coordinar, asignar y controlar las actividades de investigación y acusación que adelanten las Unidades de Fiscalía Adscritas, así como velar porque tales actividades se adelanten de conformidad con las políticas de la Fiscalía General, y "*adelantar, por intermedio de las Unidades*

de Fiscalías Adscritas, las actividades inherentes a la investigación y acusación de los presuntos infractores de la ley penal".

Las consideraciones expresadas en los acápites precedentes bastan para señalar que estas atribuciones del Fiscal General de la Nación y los Directores de Fiscalías debe cumplirse también en términos generales respecto de la actuación general de la Fiscalía, como parte de la implementación de la política criminal del Estado, y no en forma tal que termine por afectar la independencia y autonomía de cada fiscal delegado en el desarrollo de sus funciones judiciales.

De esta forma, se declarará la exequibilidad del artículo 17-4 del Decreto Ley 261 de 2000, bajo el entendido de que la determinación por el Fiscal de las políticas, el criterio y la posición que la Fiscalía debe asumir en desarrollo de la función investigativa, tiene un carácter general y no particular, y no puede afectar la independencia y autonomía de cada fiscal en los procesos a su cargo. Idéntico condicionamiento se aplicará a la declaratoria de exequibilidad de los numerales 2 y 3 del artículo 30, así como de los numerales 1, 2 y 3 del artículo 32 del Decreto Ley 261 de 2000.

Sin embargo, se declarará la inconstitucionalidad de la expresión "asignar" contenida en el artículo 30-3, el artículo 31-2 y el artículo 32-1 del Decreto Ley citado, por las razones expresadas en el acápite 4.3.1. de esta providencia –a saber, el ejercicio exclusivo de la función de reasignación de procesos por el Fiscal General de la Nación, que no puede ser cumplida por funcionarios distintos -.

4.4. Cargo relativo al deber de los fiscales de responder a los argumentos formulados por las partes y decretar las pruebas que éstas pidan.

El actor demanda el parágrafo del artículo 3º del Decreto Ley 261 de 2000, que establece:

"La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías que le asistan. En consecuencia, no podrá negarse a responder sus

alegatos y peticiones ni a decretar aquellas pruebas que solicite para su defensa, salvo en los casos previstos en la ley" (subraya la Corte)

El aparte que se subraya es acusado por considerar el actor que éste permite al Legislador introducir excepciones al deber de los fiscales y jueces de responder a los argumentos que presenten los sujetos procesales, en particular a los formulados por la defensa, y de decretar las pruebas que éstos soliciten cuando sean pertinentes y conducentes. En esa medida, argumenta que al introducir salvedades que la Constitución no consagra, la disposición acusada debe ser declarada inexequible.

Como se indicó anteriormente, la disposición demandada consagra el principio probatorio de la *investigación integral*, y permite al Legislador establecer salvedades al deber de los fiscales de decretar las pruebas pedidas por los sujetos procesales, así como a responder a sus peticiones. La Corte ya se había pronunciado sobre una disposición idéntica en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, ocasión en la cual afirmó que *"…resulta ajustado a la Carta que la ley pueda establecer los casos en que la Fiscalía no esté obligada a responder los alegatos y peticiones o a practicar las pruebas que soliciten las partes. Esta prohibición, naturalmente, hace referencia a las peticiones inocuas o presentadas fuera de contexto, con lo cual se procura dilatar el proceso y entrabar la administración de justicia, la cual, como se estableció, debe ser oportuna, cumplida y eficaz*. En iguales términos se pronunció la Corte Constitucional respecto de la supuesta obligación del fiscal de decretar todas las pruebas que soliciten los sujetos procesales: *"el imperativo de la investigación integral no obliga al funcionario judicial a practicar todas las pruebas solicitadas por los sujetos procesales ni a realizar pesquisas o averiguaciones desproporcionadas, innecesarias o inútiles. Como lo ha afirmado en reiterada e importante jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia, el funcionario judicial sólo esta obligado a practicar aquellas pruebas que objetivamente resulten pertinentes y que puedan ser obtenidas a través de un esfuerzo razonable. Sin embargo, cualquier decisión judicial en este sentido debe ser motivada suficientemente, pues en este ámbito no existe espacio ninguno para la arbitrariedad judicial.*

Ahora bien, lo anterior no obsta para que, en los casos en que se presente un derecho de petición ante el fiscal de conocimiento, en los términos del artículo 23 de la Constitución Política, dicho funcionario esté en el deber de resolverlo - siempre y cuando bajo la rúbrica del derecho de petición no se amparen las peticiones que la ley declara improcedentes, según la jurisprudencia citada -; ni para que, en cumplimiento de las normas legales que preservan el derecho de defensa, se otorgue al afectado la posibilidad de controvertir la decisión de negar la práctica de pruebas. Bajo este entendimiento se declarará constitucional la disposición acusada.

4.5. Cargo relativo a las facultades reglamentarias del Fiscal General de la Nación.

Considera el actor que el artículo 17, numeral 11, de Decreto Ley 261 de 2000 desconoce el artículo 189 de la Constitución, puesto que atribuye al Fiscal General de la Nación facultades reglamentarias que son del exclusivo resorte del Presidente de la República.

En efecto, el numeral 11 del artículo 17 faculta al Fiscal General para "*desarrollar y reglamentar en lo no previsto la estructura orgánica de la Fiscalía, con sujeción a los principios y reglas generales del presente decreto*". Observa la Corte que existe una disposición similar en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia; en efecto, el artículo 30 de este estatuto establece: "*Corresponde a la ley determinar la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación. El Fiscal General desarrollará dicha estructura con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley. En desarrollo de tal facultad, asignará la planta de personal que corresponda a cada dependencia, podrá variarla cuando lo considere necesario y establecerá el manual de requisitos y funciones de cada uno de los empleos*".

Al pronunciarse sobre la constitucionalidad de esta disposición estatutaria en la sentencia C-037 de 199, la Corte estableció que lo allí establecido se justifica por el status especial del que goza la Fiscalía frente a las demás entidades constitutivas de la Rama Judicial, en el sentido de que goza, por mandato del artículo 249 Superior, de autonomía administrativa y presupuestal, para garantizar la independencia en el ejercicio de sus funciones; además, se precisó que "*dentro de ese mismo orden de*

ideas, la Corte estima que la autonomía a la que se ha venido haciendo referencia abarca todos los aspectos propios de las decisiones administrativas y presupuestales, entre los que se encuentran, lógicamente, la definición de la estructura de la Fiscalía, la determinación de la planta de personal y la asignación del manual de requisitos y de funciones".

Se observa, así, que la facultad de reglamentación conferida al Fiscal General por la norma que se acusa cuenta con un fundamento expreso en el artículo 249 de la Carta, y que su constitucionalidad ya ha sido declarada por la jurisprudencia de esta Corte. Sin embargo, ello no obsta para advertir que esta facultad debe ejercerse de conformidad con la ley, y no sólo con la ley objeto de reglamentación, sino también con otras disposiciones legales de obligatoria observancia; según explicó la Corte en la misma sentencia, "*las anteriores consideraciones no significan de modo alguno que el ente acusador goce de plena autonomía para ejercer las atribuciones en comento, pues resulta claro que el Congreso, a través de una ley ordinaria, deberá definir ciertos aspectos presupuestales y administrativos de la Fiscalía. Tal es el caso, por ejemplo, de la fijación de la planta de personal –la cual habrá de depender necesariamente de las normas relacionadas con carrera administrativa -, o del manual de funciones que igualmente deberá ser determinado por el legislador.*

En ese orden de ideas, se declarará la constitucionalidad condicionada del numeral 11 del artículo 17 del Decreto Ley 261 de 2000, en el sentido de que la facultad de reglamentación del Fiscal General de la Nación debe ser ejercida de conformidad con todas las leyes pertinentes. Por la misma razón, se declarará inexequible la expresión "*en lo no previsto*" del mismo numeral, por cuanto la reglamentación desarrollada por el Fiscal General no puede desconocer los términos fijados por la ley, ni ir más allá de la voluntad expresa del legislador so pretexto de reglamentar sus dictados.

4.6. Cargo relativo a la delegación de funciones del Fiscal General.

El actor acusa el primer inciso del artículo 18 del Decreto Ley 261 de 2000, en virtud del cual el Fiscal General de la Nación "*podrá delegar en los servidores de la Fiscalía las funciones que convengan al mejor cumplimiento de los objetivos de la entidad. Vigilará el desarrollo de la delegación y reasumirá las facultades delegadas cuando lo considere necesario*". Considera que esta dispo-

sición faculta al Fiscal General para delegar funciones que, según la Constitución, son indelegables, tal y como lo ha interpretado la jurisprudencia de esta Corte; por lo mismo, pide que se declare su inexequibilidad.

Es claro, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, que las funciones especiales del Fiscal General de la Nación establecidas en el artículo 251 de la Carta son *indelegables*, puesto que así lo quiso la Asamblea Constituyente; así, en sentencia C-472 de 199 la Corte estableció que "*el espíritu del Constituyente no fue el de que las funciones que se encuentran en cabeza del señor fiscal general pudiesen ser delegadas en sus subalternos. Una simple lectura de los debates en la Asamblea Nacional Constituyente demuestra en forma evidente que el propósito fue justamente todo lo contrario: que las atribuciones contempladas en el artículo 251 fueran asumidas y ejecutadas exclusivamente por el Fiscal General de la Nación*. En aplicación de esta regla, la Corte declaró inexequible una disposición del proyecto de Ley Estatutaria de Administración de Justicia que permitía al Fiscal delegar las funciones que le confiere dicho artículo 251 Superior.

En aplicación de esta misma regla, la Corte declarará la constitucionalidad condicionada del primer inciso del artículo 18 del Decreto Ley 261 de 2000, en el entendido de que la delegación que allí se prevé sólo puede ser efectuada en relación con funciones distintas a las establecidas en el artículo 251 de la Carta.

4.7. Cargo relativo a la determinación del trámite de segunda instancia por la Dirección Nacional de Fiscalías.

El actor señala la inconstitucionalidad del numeral 5 del artículo 30 del Decreto Ley 261 de 2000, en virtud del cual corresponde a la Dirección Nacional de Fiscalías "*asignar el trámite, a través de sus unidades de Fiscalías adscritas, de las apelaciones y consultas contra las decisiones tomadas por las Unidades de Fiscalías adscritas a las Direcciones Seccionales*". Considera que con esta disposición, la fijación de la competencia para la segunda instancia de las decisiones de los fiscales queda al arbitrio de la Dirección aludida, la cual la acaba fijando mediante resolución, desconociendo así el principio de predeterminación legal de las competencias judiciales. Por el mismo motivo, considera que es inconstitucional el numeral 4º del

artículo 32 del mismo Decreto Ley, en virtud del cual corresponde a las Direcciones Seccionales de Fiscalías "*tramitar, a través de las Unidades de Fiscalías adscritas, las apelaciones contra las decisiones tomadas por las Unidades Locales de Fiscalías*".

En lo tocante al numeral 5 del artículo 30 del Decreto Ley bajo estudio, la Corte comparte el criterio del actor. En efecto, ya ha establecido la jurisprudencia constitucional que "*la distribución de competencias entre las autoridades que pueden administrar justicia es, en principio, atribución exclusiva del legislador ordinario, salvo que el Constituyente, de manera expresa, haya reservado el conocimiento de algunos asuntos a ciertas corporaciones judiciales*; ello constituye un desarrollo de lo dispuesto en el artículo 29 de la Carta, según el cual "*nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*". Por lo mismo, es el legislador el llamado a determinar las competencias de las distintas autoridades que administran justicia, tanto en primera como en segunda instancia.

Una disposición como la que se acusa, que está redactada en forma notablemente amplia, faculta a funcionarios que no ejercen funciones legislativas a fijar, mediante resolución, las competencias y los procedimientos que se habrán de seguir para el trámite de las decisiones de segunda instancia respecto de las actuaciones de los fiscales. Con ello se desconoce, en efecto, la reserva legal que fue instituida por el Constituyente para el tema, y se introduce un elemento de inestabilidad normativa considerable, puesto que la norma no fija los límites que debe seguir la Dirección Nacional de Fiscalías al establecer los trámites en cuestión –entre los cuales se cuenta el artículo 27 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, que regula la doble instancia en las actuaciones jurisdiccionales surtidas ante la Fiscalía General de la Nación -.

En consecuencia, el numeral 5 del artículo 30 del Decreto Ley 261 de 2000 será declarado inexequible.

Cosa distinta sucede con el numeral 4 del artículo 32 del Decreto Ley 261 de 2000, puesto que éste no se refiere a la fijación del trámite por parte de la Dirección de Fiscalías, sino al simple acto de "tramitar" los recursos de

apelación interpuestas contra las decisiones de las Unidades Locales de Fiscalía; con la utilización de este término, se presupone el cumplimiento, por parte del funcionario que lleva a cabo dicho acto de tramitación, de las leyes procedimentales aplicables. El numeral en comento será declarado, en consecuencia, exequible.

VI. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar **EXEQUIBLES** las expresiones *"el Vicefiscal General de la Nación", "El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional", "El Director Nacional de Fiscalías", "Los Directores Seccionales de Fiscalías" y "Los Fiscales Delegados Especiales*" contenidas en el artículo 1º del Decreto Ley 261 de 2000, y *"el Vicefiscal General de la Nación*" contenida en el artículo 2º del mismo Decreto.

SEGUNDO.- Declarar **EXEQUIBLE** en forma condicionada el aparte "*salvo en los casos previstos en la ley*" contenido en el parágrafo del artículo 3º del Decreto Ley 261 de 2000, **EN EL ENTENDIDO** de que la Fiscalía General de la Nación debe respetar los derechos fundamentales de petición y debido proceso y que en caso de denegación de pruebas el imputado tendrá la facultad de interponer el recurso de apelación contra la decisión.

TERCERO.- Declarar **EXEQUIBLES** el aparte "*Despacho del Vicefiscal General*" contenido en el artículo 5º del Decreto Ley 261 de 2000, el artículo 22 del mismo Decreto y el artículo 116 de la Ley 600 de 2000, por el cargo examinado.

CUARTO.- Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión "*o los Directores de Fiscalías*" contenida en el artículo 6º del Decreto Ley 261 de 2000. Declarar **INEXEQUIBLE** el aparte "*que éste designe para casos especiales*" contenido en el artículo 112 de la Ley 600 de 2000.

Declarar **EXEQUIBLES** en forma condicionada el numeral 5 del artículo 22 del Decreto Ley 261 de 2000, las expresiones acusadas contenidas en los numerales 2 y 4 del artículo 115 de la Ley 600 de 2000 y el numeral 3 del artículo 116 de la misma ley, **EN EL ENTENDIDO** de que el Fiscal General de la Nación al asignar y desplazar a sus delegados en las investigaciones y procesos deberá exponer en forma concreta, en cada caso, los hechos que motivan su decisión y notificar por un medio idóneo dichas decisiones al Agente del Ministerio Público y los demás sujetos procesales y no podrá asignar a otro Fiscal las investigaciones o procesos que haya asumido directamente.

QUINTO.- Declarar **EXEQUIBLES** el numeral 9 del artículo 75 y el numeral 5 del artículo 115 de la Ley 600 de 2000.

SEXTO.- Declarar **EXEQUIBLE** en forma condicionada el numeral 3 del artículo 11 del Decreto Ley 261 de 2000, **EN EL ENTENDIDO** de que el seguimiento y la evaluación de los resultados de las investigaciones penales no puede afectar la independencia y autonomía en el desarrollo de las investigaciones y procesos a su cargo, y que el cambio de asignación de éstos sólo puede ser realizado por el Fiscal General de la Nación y no por otros funcionarios de la Fiscalía General.

SEPTIMO.- Declarar **EXEQUIBLES** en forma condicionada las expresiones "*Corresponde al Fiscal General de la Nación, a los Directores de Fiscalías*" y "*dirigir y coordinar*" contenidas en el artículo 12 del Decreto Ley 261 de 2000, **EN EL ENTENDIDO** de que cada Fiscal debe dirigir y controlar en forma independiente y autónoma el desarrollo de los procesos a su cargo.

OCTAVO.- Declarar **EXEQUIBLE** el numeral 3 del artículo 17 del Decreto Ley 261 de 2000.

Declarar **EXEQUIBLE** en forma condicionada el numeral 4 del artículo 17 del Decreto Ley 261 de 2000, **EN EL ENTENDIDO** de que la determinación del criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, por parte del Fiscal General de la Nación, debe tener un carácter general, en desarrollo de la política criminal del Estado, y no un carácter particular.

Declarar EXEQUIBLE en forma condicionada la expresión "*y aquellas que en razón de su naturaleza, ameriten su atención personal*" contenida en el numeral 6 del artículo 17 del Decreto Ley 261 de 2000, con el mismo condicionamiento del ordinal 4.

Declarar **EXEQUIBLE** en forma condicionada el numeral 11 del artículo 17 del Decreto Ley 261 de 2000, salvo la expresión "*en lo no previsto*", que se declara **INEXEQUIBLE**.

NOVENO.- Declarar **EXEQUIBLE** en forma condicionada el inciso 1º del artículo 18 del Decreto Ley 261 de 2000, **EN EL ENTENDIDO** de que el Fiscal General de la Nación sólo podrá delegar en los servidores de la Fiscalía General funciones distintas de las contempladas en el Artículo 251 de la Constitución.

DECIMO.- Declarar **EXEQUIBLES** en forma condicionada los numerales 2 y 3 del artículo 30 del Decreto Ley 261 de 2000, **EN EL ENTENDIDO** de que la asesoría, dirección, coordinación y control por parte de la Dirección Nacional de Fiscalías en las funciones de investigación y acusación que adelanten los Fiscales deben respetar la independencia e imparcialidad de éstos en el ejercicio de sus funciones judiciales. Declarar INEXEQUIBLE la expresión "*asignar*" contenida en el numeral 3, citado.

Declarar **INEXEQUIBLE** el numeral 5 del artículo 30 del Decreto Ley 261 de 2000.

DECIMO PRIMERO.- Declarar **EXEQUIBLE** en forma condicionada el numeral 2 del artículo 31 del Decreto Ley 261 de 2000, **EN EL ENTENDIDO** de que cada Fiscal debe dirigir y controlar en forma independiente y autónoma el desarrollo de los procesos a su cargo. Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión "*asignar*" allí contenida.

DECIMO SEGUNDO.- Declarar **EXEQUIBLES** en forma condicionada los numerales 1 y 3 del artículo 32 del Decreto Ley 261 de 2000, **EN EL ENTENDIDO** de que la dirección, coordinación y control por parte de las Direcciones Seccionales de Fiscalías en las funciones de investigación y acusación que adelanten los Fiscales deben respetar la independencia e imparcialidad de éstos en el ejercicio de sus funciones judiciales. Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión "*asignar*" contenida en el numeral 1, citado.

Declarar **EXEQUIBLE** en forma condicionada el aparte "*y las políticas de la Fiscalía General*" contenido en el numeral 2 del artículo 32 del Decreto Ley 261 de 2000, **EN EL ENTENDIDO** de que dichas políticas deben tener carácter general y no particular respecto de cada proceso y deben ser relativas a la política criminal.

Declarar EXEQUIBLE el numeral 4 del artículo 32 del Decreto Ley 261 de 2000.

DECIMO TERCERO.- Declararse **INHIBIDA** para adoptar decisión de fondo en relación con (a) los numerales 2 y 5 del artículo 42 del Decreto Ley 261 de 2000, y (b) el artículo 10 del Decreto Ley 261 de 2000.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Presidenta

JAIME ARAUJO RENTERÍA
Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA
Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO
Secretario General (E)

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL (E)
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor JAIME CORDOBA TRIVIÑO, no firma la presente sentencia por cuanto en la fecha le fue aceptado impedimento para intervenir en la presente decisión.

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO
Secretario General (e)

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL (E)
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que la Magistrada doctora CLARA INES VARGAS HERNANDEZ, conforme se tiene del Acta No. 78 del 30 de septiembre de 2003, no salvó el voto.

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO
Secretario General (e)

Salvamento de voto parcial a la Sentencia C-873/03

SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-No es cierta la tesis que las normas hoy declaradas inconstitucionales o con constitucionalidad condicionada puedan ser constitucionales frente al Acto legislativo No. 3 de 2002 (Salvamento parcial de voto)

SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-No es cierta la premisa que el Acto legislativo 03 de 2002 no se encuentra vigente (Salvamento parcial de voto)

ACTO LEGISLATIVO-Para su vigencia no necesita sanción presidencial ni publicación (Salvamento parcial de voto)

ACTO LEGISLATIVO-Permitió que el Código Penal y de Procedimiento Penal siguieran aplicándose (Salvamento parcial de voto)

NORMA CONSTITUCIONAL-Ante existencia de un conflicto se debe dar preferencia a la norma que concede o garantiza derechos fundamentales (Salvamento parcial de voto)

INTERPRETACION CONSTITUCIONAL-Preferencia a la aplicación de las normas de derecho sobre la norma de competencia (Salvamento parcial de voto)

DEBIDO PROCESO-Busca garantizar el derecho fundamental a la libertad de los ciudadanos y la competencia del Fiscal no puede pasar por encima de este derecho (Salvamento parcial de voto)

Referencia: expediente D-4504

Demanda de inconstitucionalidad contra los Arts. 1° (parcial), 2° (parcial), 3° (parcial), 5° (parcial), 6° (parcial), 10, 11 (parcial), 12 (parcial), 17 (parcial), 18 (parcial), 22, 30 (parcial), 31 (parcial), 32 (parcial), 39 (parcial) y 42 (parcial) del Decreto ley 261 de 2000, "por el cual se modi-

fica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones" y 75 (parcial), 112 (parcial), 115 (parcial) y 116 de la Ley 600 de 2000, "por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal".

Magistrado Ponente:
Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

El suscrito, quien fue el magistrado ponente inicialmente y quien voto afirmativamente la parte resolutiva de la ponencia, renunció a la misma cuando se voto la parte motiva, pues existía una diferencia sustancial de fondo y de principio, con quienes finalmente hicieron la mayoría en la parte motiva. Este conflicto existencial se puede resumir así:

l. Considero que las normas declaradas inconstitucionales, lo son frente a la Constitución del 91 y también frente al Acto Legislativo No. 3 de 2002 y en consecuencia, no es cierta la tesis de que las normas hoy declaradas inconstitucionales o con constitucionalidad condicionada puedan ser constitucionales frente al Acto Legislativo No. 3 de 2002.

2. No es cierta la premisa de que el Acto Legislativo No. 3 de 2002 no se encuentre vigente, pues el propio Acto en su artículo 5° establece que rige a partir de su aprobación, cosa que sucedió el 19 dt1 diciembre del año 2002 y no sobra recordar que los Actos Legislativos no necesitan para su vigencia ni de la sanción presidencial ni de su publicación.

3. Lo que el Acto Legislativo hizo fue pem1itir que los Códigos Penal y de Procedimiento Penal siguieran aplicándose hasta tanto se expidan los nuevos estatutos, ya que de no haberlo hecho así abrían quedado derogados al entrar a regir el Acto Legislativo en todo lo que fueran incompatibles, pues la Constitución como norma de superior jerarquía (y el Acto Legislativo es una norma constitucional) es norma derogatoria de toda la legislación anterior que. Se le oponga y los Códigos habrían quedado derogados sin que existiese norma de remplazo.

El Acto Legislativo No. 3 de 2002 se encuentra vigente en sus artículos 1 °, 2° y 3°, de tal manera que el artículo 116 de la Constitución del 91, ya no se aplica sino el artículo 1° del Acto Legislativo No. 3 de 2002, e igual razonamiento es válido respecto de los artículos 250 y 251 de la Constitución que fueron subrogados por los artículos 2° y 3° del Acto Legislativo No. 3 de 2002; por ejemplo, los nombramientos que haga el Fiscal General hoy en día hay que imputarlos al artículo 3° del Acto Legislativo No. 3 de 2002 y no a la Constitución de 1991.

4. Es fundamental decidir que pasa cuando existe un conflicto entre dos normas constitucionales, una que atribuye competencias y otra que da derechos fundamentales a los ciudadanos; de modo que siendo ambas válidas hay que darle aplicación preferente a la norma que concede o garantiza el derecho fundamental.

Es claro que en la interpretación constitucional hay que darle preferencia a la aplicación de las normas de derechos sobre la norma de competencia y esto es lo que sucede con el numeral 3° del artículo 3 del Acto Legislativo No. 3 de 2002, que da competencia al Fiscal General para asignar investigaciones pero que no puede pasar por encima del artículo 29 de la Constitución que garantiza el derecho fundamental al debido proceso y concretamente el derecho del sindicado al juez natural, que impide que las asignaciones se hagan a dedo para que cuando se quiera perjudicar un ciudadano se le asigne un Fiscal entre comillas enemigo o cuando se quiera favorecerle se le asigne entre comillas un Fiscal amigo. La norma del debido proceso lo que busca garantizar en última instancia es el derecho fundamental a la libertad de los ciudadanos y la competencia del Fiscal no puede pasar por encima de este derecho fundamental, de tal manera que su competencia debe someterse a la garantía del derecho fundamental.

5. Cualquiera que sea el esquema de la Fiscalía siempre hay que tener como norte el derecho fundamental a la libertad de los ciudadanos, precisamente para garantizar esa libertad es que en todos los sistemas democráticos se ha separado la acusación del juzgamiento de las personas; de forma que quien juzga no es el mismo que acusa, pues quien acusa ya esta comprometido con una tesis y una idea y todos los acusados serían

condenados; en cambio, el juez que no a participado en la acusación conserva una imparcialidad y una independencia que le permite garantizar la liberta de los ciudadanos.

Afirmar que el "terrible poder de acusar" no hace parte del procedimiento judicial, que no es judicial sino administrativo, no es más que un absurdo lógico y jurídico. La libertad del ciudadano está comprometida en la forma como se asigna el juez que lo investiga que nunca puede ser a dedo, pues al hacerlo así se viola el debido proceso y específicamente su juez natural y lo que es más importante se destruye el Estado de derecho, que como la Corte 10 señaló en la sentencia C-551 de 2003 no puede ser destruido ni siquiera por el reformador de la Constitución pues en esa sentencia se afirmó que existen: límites al poder de reforma de la Constitución.

Fecha ut supra.

JAIME ARAUJO RENTE IA
Magistrado

SALVAMENTO Y ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO ALFREDO BELTRÁN SIERRA, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA C-873 DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2003. (Expediente D-4504).

CONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE-Alcance (Salvamento y Aclaración de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMA LEGAL-Confrontación con las normas constitucionales vigentes no al momento en que la ley fue expedida sino con aquellas que se encuentran en vigor al momento del pronunciamiento (Salvamento y aclaración de voto)

SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Validez de la norma acusada debería ser objeto de análisis frente a la Constitución política vigente (Salvamento y aclaración de voto)

Si las normas contenidas en el Decreto - Ley 261 de 2000 "por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones" y los preceptos de la Ley 600 de 2000 "por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal", cuya declaración de inexequibilidad se impetró en este proceso, fueron expedidas bajo el imperio de la Constitución Política de 1991, pero antes de la reforma introducida a la Carta por el Acto Legislativo No. 03 de 2002, la validez constitucional de las normas acusadas debería ser objeto de análisis frente a la Carta Política vigente el 30 de septiembre de 2003, fecha en la cual se profirió por la Corte la Sentencia C-873 de ese año que decidió sobre la demanda de inconstitucionalidad de las normas acusadas.

ACTO LEGISLATIVO-Vigencia (Salvamento y aclaración de voto)

SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Validez de las normas acusadas debió ser frente a la reforma del acto legislativo (Salvamento y aclaración de voto)

SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Fundamento jurídico del fallo resulta en abierta contradicción con la lógica jurídica y con la Constitución (Salvamento y aclaración de voto)

SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Constitucionalidad condicionada queda en entredicho como quiera que se refiere a la normatividad constitucional anterior que ya no está vigente (Salvamento y aclaración de voto)

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte Constitucional, me veo precisado a aclarar y a salvar el voto en relación con 10 decidido en la Sentencia C-873 de 30 de septiembre de 2003, por las razones que van a expresarse:

1a. En la demanda con la cual se dio inicio a este proceso se impetró por el actor la declaración de inexequibilidad parcial de los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 6°, 10,11,12,17,18,22,30,31,39 Y 42 del Decreto - Ley 261 de 2000, "*por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones*"; e igualmente fue solicitada la declaración de inexequibilidad parcial de los artículos 75, 112 Y 115 y la inexequibilidad total del artículo 116, todos estos de la Ley 600 de 2000, "*por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*".

2ª. Como es suficientemente conocido, uno de los principios fundamentales del Derecho Constitucional señala que "*la Constitución es norma reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente*". Significa entonces este principio que normas de orden legal que eran constitucionales conforme a la Carta Política vigente al momento de su expedición, quedan fuera del ordenamiento jurídico si en virtud de normas constitucionales posteriores aparecieran contrarias a estas últimas. Por ello se predica entonces la existencia de un fenómeno jurídico en razón de la vigencia de nuevas normas constitucionales que afecta a la ley anterior de "*constitucionalidad sobreviniente*", es decir, que pese a que la ley fue válida conforme a la Constitución cuando tuvo nacimiento a la vida del derecho, la mutación constitucional le pone fin a la validez de esa ley si con el cambio constitucional resulta contraria a la Carta Política.

3a. Del mismo modo esto significa que acusada de inconstitucionalidad una norma de rango legal, su validez frente a la Carta. Política implica de suyo que se confronte esa ley con las normas constitucionales vigentes no al momento en que la ley fue expedida, sino con aquellas de la Carta Política que se encuentren en vigor al momento del pronunciamiento del fallo sobre su exequibilidad.

De no ser así la reforma que se introduzca a la Constitución Política no tendría ninguna consecuencia sobre la legislación preexistente y se llegaría al absurdo que permitiría que normas contrarias a la Carta se declararan sin embargo conformes a ella. Dicho de otra manera, la consecuencia de ese razonamiento significaría la vigencia coetánea de la Constitución anterior y la nueva, o de algunas normas constitucionales actuales y las que las precedieron aún cuando fueran contrarias en su contenido normativo. Ello no es posible, por una razón elemental: una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo respecto. Una norma no puede ser contraria a la Constitución vigente y, sin embargo, ser declarada constitucional a pretexto de que según la Constitución anterior, sí lo era.

4a. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, si las normas contenidas en el Decreto - Ley 261 de 2000 "*por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones*" y los preceptos de la Ley 600 de 2000 "*por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*", cuya declaración de inexequibilidad se impetró en este proceso, fueron expedidas bajo el imperio de la Constitución Política de 1991, pero antes de la reforma introducida a la Carta por el Acto Legislativo No. 03 de 2002, la validez constitucional de las normas acusadas debería ser objeto de análisis frente a la Carta Política vigente el 30 de septiembre de 2003, fecha en la cual se profirió por la Corte la Sentencia C-873 de ese año que decidió sobre la demanda de inconstitucionalidad de las normas acusadas.

Es claro para el suscrito magistrado que el Acto Legislativo No. 03 de 2002 por el cual se reforma la Constitucional Nacional introdujo modificaciones a los artículos 116, 250 Y 251 de la Constitución y, en forma que no admite ningún género de duda, señaló en su artículo 5° que: "*el*

presente acto legislativo rige a partir de su aprobación, pero se aplica de acuerdo con la gradualidad que determine la ley...".

Y, si la aprobación del acto legislativo aludido y su promu1gación fue el 19 de diciembre de 2002, la conclusión no puede ser sino una: rige a partir de esa fecha. Por tal motivo, las normas objeto de la acusación en este proceso deberían ser objeto de juzgamiento sobre su validez constitucional mediante su confrontación con el Acto Legislativo No. 03 de 2002 que, por haber reformado la Constitución a partir de su aprobación, resulta referente necesario para el juicio de constitucionalidad. En ninguna parte de ese acto legislativo se afirma que la vigencia del mismo se posterga. Simplemente se señalan algunas reglas para su aplicabilidad, asunto que es distinto al de su vigencia. La aplicación será gradual, pero precisamente porque el acto legislativo está vigente.

De manera pues que en relación con la motivación de la sentencia en cuanto las normas acusadas se analizan según los textos constitucionales originales de la Constitución de 1991 y prescindiendo de las normas contenidas en el Acto Legislativo No. 03 de 2002 que la reformaron en los artículos 116,250 Y 251, mi discrepancia es radical. La validez constitucional de las normas acusadas debió haber sido materia de juzgamiento no con respecto a la Constitución sin la reforma que le introdujo el acto legislativo mencionado a la Fiscalía General de la Nación, sino al contrario. Es decir que, a 30 de septiembre de 2003 las normas objeto de la acusación no podían analizarse como si la Constitución original no hubiera sido reformada sino única y exclusivamente frente a las nuevas normas introducidas a la Constitución, lo cual no se hizo por la Corte.

5a. De esta manera, así se llegue, como se llegó por la Corte a conclusiones sobre la exequibilidad o inexequibilidad de las normas acusadas que podrían ser idénticas con independencia de la variación constitucional que se produjo en virtud del Acto Legislativo No. 03 de 2002, el fundamento jurídico del fallo resulta para el suscrito magistrado en abierta contradicción con la lógica jurídica y con la Constitución Política pues, en efecto, implica la aceptación de la vigencia simultánea de normas constitucionales diferentes, pese a que la Constitución Política no es sino una y no obstante que universalmente se admite como un imposible jurídico

la simultaneidad de regímenes constitucionales dentro del Estado, sin perjuicio de la existencia de normas de carácter transitorio.

Siendo ello así, la constitucionalidad condicionada que respecto de algunas normas se declara por la Corte, queda en entredicho como quiera que ella se refiere a la normatividad constitucional anterior, que ya hoy no está vigente, punto este que, analizada finalmente la sentencia, lleva más bien a conclusiones contrarias a las que aparecen en el fallo.

Fecha ut supra.

ALFREDO BELTRAN SIERRA
Magistrado

Salvamento de voto a la Sentencia C-873/03

Referencia: expediente D-4504

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º (parcial), 2º (parcial), 3º (parcial), 5º (parcial), 6º (parcial), 10, 11 (parcial), 12 (parcial), 17 (parcial), 18 (parcial), 22, 30 (parcial), 31 (parcial), 32 (parcial), 39 (parcial) y 42 (parcial) del Decreto Ley 261 de 2000, "por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones", y 75 (parcial), 112 (parcial), 115 (parcial) y 116 de la Ley 600 de 2000, "por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal".

Magistrado ponente:
Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Por compartir plenamente las consideraciones expresadas en el salvamento y aclaración de voto presentada por el Doctor Alfredo Beltrán Sierra, adhiero integralmente al contenido de los mismos.

Fecha ut supra.

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado