



*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*

PEQUEÑAS CAUSAS

República de Colombia



**PLAN NACIONAL
DEFORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL**

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

SALA ADMINISTRATIVA

HERNANDO TORRES CORREDOR
Presidente

LUCÍA ARBELÁEZ DE TOBÓN
Vicepresidente

**JOSE ALFREDO ESCOBAR ARAUJO
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
JESAE L GIRALDO CASTAÑO
CARLOS ENRIQUE MARÍN VÉLEZ**
Magistrados

**ESCUELA JUDICIAL
"RODRIGO LARA BONILLA"**

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora

TABLA DE CONTENIDO

1. LOS NUEVOS PARADIGMAS DE LA JUSTICIA PENAL COLOMBIANA FRENTE A LA LEY DE “PEQUEÑAS CAUSAS”: LUIS FERNANDO DELGADO, MAGISTRADO SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

2. COMENTARIOS PRELIMINARES A LA LEY 1153 DE 2007: JAVIER GARCÍA PRIETO, JUEZ 48 PENAL MUNICIPAL – CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ

3. PROCEDIMIENTO LEY 1153 DE 2007: JAVIER GARCÍA PRIETO, JUEZ 48 PENAL MUNICIPAL – CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ

4. PROCEDIMIENTO: AUTOR LUIS FERNANDO RAMÍREZ, JUEZ 18 PENAL DE CIRCUITO
ANEXO: DIAGRAMA CUARTA VERSIÓN

5. IMPUTACIÓN: GIANCARLO MARTÍNEZ LÓPEZ, OFICIAL MAYOR JUZGADO 18 PENAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

6. RÉGIMEN DE LIBERTAD: CARLOS ALBERTO MORENO, JUEZ 3 PENAL MUNICIPAL DE BOGOTÁ

7. RÉGIMEN PROBATORIO: DAVID ERNESTO VEGA, JUEZ 40 PENAL MUNICIPAL – CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ

8. COMPETENCIAS JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS: LUIS MURILLO, JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE CÁQUEZA

9. NOTAS DISTINTIVAS Y PERPLEJIDADES: ALBERTO CEBALLOS VELÁSQUEZ, MAGISTRADO SALA ADMINISTRATIVA CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE ANTIOQUIA

1. LOS NUEVOS PARADIGMAS DE LA JUSTICIA PENAL COLOMBIANA FRENTE A LA LEY DE “PEQUEÑAS CAUSAS”.

Autor: Luis Fernando Delgado Llano

Magistrado Sala Penal, Tribunal Superior de Medellín

INTRODUCCIÓN

Habiendo transcurrido ya tres años desde que se inició en Colombia la aplicación del llamado “Sistema Penal Oral Acusatorio” conviene preguntarse:

¿ CUÁL ES EL VERDADERO CAMBIO DE PARADIGMA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO ?

¿ ES EL CAMBIO DE UN PROCESO ESCRITO A UN JUICIO ORAL?

¿ ES EL PASO DE UN SISTEMA MIXTO INQUISITIVO - ACUSATORIO A UN SISTEMA ACUSATORIO - ADVERSARIAL PURO?

¿ O ES LA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA JUSTICIA ?

Sin duda alguna, el paso de un proceso escrito a un juicio oral constituye un significativo avance en materia procesal penal, que trae consigo no sólo una mayor fluidez y eficacia de los procedimientos judiciales, al propiciar la aplicación generalizada de las técnicas de oralidad, con la consecuente ganancia en términos de celeridad, concentración y economía procesal, sino también la más efectiva realización de principios procesales y probatorios tan importantes como la inmediación y la contradicción. Sin embargo en ello no radica el cambio de paradigma que ha generado en Colombia tantos esfuerzos de todo orden a las autoridades legislativas, administrativas y jurisdiccionales, a partir del Acto Legislativo No. 003 de 2002 por el cual se modificaron los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política y la Ley 906 de 2004, por la cual se expidió el nuevo Código de Procedimiento Penal.

De mayor trascendencia es, por supuesto, la adopción de un sistema con mayores características acusatorias y adversariales, dada la condición de litigante que se le da al Fiscal, al desaparecer casi todas sus facultades jurisdiccionales y definirse con mayor precisión y claridad su rol de investigador y parte acusadora, al tiempo que se le suprimen al juez las facultades de instrucción oficiosa e iniciativa

probatoria, salvaguardando su total imparcialidad y fortaleciendo su posición de juez constitucional, encargado de velar por el total respeto a las garantías procesales y derechos fundamentales de las partes y personas implicadas en toda actuación jurisdiccional o policiva, en cuanto limite esos derechos.

Aunque no pueda afirmarse radicalmente que ya estamos en un verdadero sistema adversarial o “acusatorio puro”, es incuestionable que el sistema de juzgamiento diseñado por la Ley 906 de 2004 contiene, al menos en la concepción normativa y doctrinal, que no siempre coincide con la praxis judicial, muchos elementos propios de la sistemática acusatoria, como la ya indicada definición y diferenciación entre los roles de juez y de fiscal, la fortaleza que se le ha dado a la Defensoría Pública, las posibilidades de investigación que se le ofrecen al imputado y su defensor, la intervención de la víctima, el mayor respeto por la libertad individual, al exigir en todos los casos de detención preventiva un análisis ponderado de aspectos objetivos y subjetivos, debidamente comprobados y sustentados, lo que, dígase de una vez, sufre un significativo retroceso con las Leyes 1142 de Junio 28 de 2007 (“Ley de Convivencia Ciudadana”) y 1153 de Julio 31 de 2007 (“Ley de Pequeñas Causas”), como se verá más adelante.

Con todo, tampoco es en el mayor énfasis acusatorio dado al proceso penal, en donde se encuentra el verdadero cambio de paradigma de la justicia en Colombia, sino en la noción de justicia, que pasa de ser una justicia fundamentalmente retributiva a una justicia restaurativa, con todo lo que esta nueva concepción de la justicia implica, no sólo para lograr la pronta definición de los procesos, con la consecuente descongestión judicial, como condición de posibilidad para adelantar con mayor rigor los juicios realmente importantes o difíciles, sino también para racionalizar la solución de los conflictos, involucrando a la víctima en la toma de decisiones mucho más cercanas y acordes a sus intereses y a los de la sociedad.

A esta nueva noción de la justicia se suma, a partir de la Ley 975 de Julio 25 de 2005 (“Ley de Justicia y Paz”), la de la “Justicia Transicional”, que desborda los alcances de la justicia restaurativa (concebida para enfrentar la delincuencia común) y abre los horizontes hacia una justicia atenuada, ordenada a enfrentar las grandes organizaciones armadas al margen de la ley, en aras de un objetivo político, cual es el de restablecer la paz y la tranquilidad ciudadana, gravemente afectadas por el conflicto armado que vive Colombia desde hace varias décadas.

Esta apertura hacia nuevos paradigmas en justicia, contrasta ostensiblemente con la fuga que implican las Leyes 1142 (“Ley de Convivencia Ciudadana”) y 1153 (“Ley de Pequeñas Causas”) de 2007, hacia un derecho penal de enemigo, netamente peligrosista, para enfrentar la cotidianidad delincencial, con instrumentos altamente represivos que, no sólo restablecen criterios puramente

objetivos en punto de detención preventiva y facultades a la Fiscalía para ordenar capturas, en contravía de los avances logrados en materia de respeto por la libertad individual, sino que suprimen de un tajo toda posibilidad de aplicar los criterios de justicia negociada y restaurativa, para ciertos delitos y casos de reincidencia delincriminal, generando con ello un mensaje contradictorio a una sociedad que se pregunta si existe un norte en la legislación y una coherencia en la política del Estado frente a los diferentes fenómenos de criminalidad.

EL JUICIO ORAL ACUSATORIO Y SUS IMPLICACIONES

El nuevo sistema de juzgamiento penal, más conocido como juicio oral acusatorio no es la única alternativa, ni la más económica, ni la más fácil para afrontar los fenómenos de criminalidad; por el contrario tiene serias implicaciones como las que se enuncian a continuación:

ES UN INMENSO ESFUERZO DIALÉCTICO: Años de preparación en técnicas de oralidad y otros instrumentos necesarios para el desarrollo del sistema acusatorio, han tenido que enfrentar los funcionarios jurisdiccionales, los fiscales, los defensores y los técnicos judiciales, con el apoyo de diversas entidades e instituciones nacionales e internacionales, para asumir sus propios papeles y responsabilidades en un juicio oral que demanda grandes esfuerzos dialécticos y en no pocas ocasiones el reto de ganar o perder un caso por no poder superar el “pánico escénico” que genera el presentarse ante una audiencia pública y al escrutinio de un juez, para quien también se exige una gran preparación, no sólo para dirigir el juicio sino para emitir la sentencia o decisión de fondo que de él se reclama.

UNA GRAN INVERSIÓN DE TIEMPO Y DINERO, ESTATAL Y PRIVADO: La preparación y realización de un juicio oral supone grandes costos económicos para el aparato jurisdiccional, pero también para otros entes estatales como la Fiscalía General de la Nación, la Defensoría Pública, la Procuraduría General de la Nación, así como otras instituciones dedicadas a la investigación, tanto públicas como privadas. De igual modo supone inversiones y gastos para quienes tienen recursos suficientes para ir a juicio con un defensor contractual.

LA “ULTIMA RATIO” PARA CUANDO HAN FRACASADO TODAS LAS SOLUCIONES ALTERNATIVAS: El nuevo ordenamiento procesal penal ofrece diversas posibilidades aplicables de acuerdo con la gravedad de los delitos y la buena voluntad de los infractores de aceptar su responsabilidad o llegar a un consenso con las víctimas u ofendidos, que permita hallar soluciones más racionales y menos costosas en todo sentido. Precisamente por ello el juicio oral

es la “última ratio”, es decir aquella opción que sólo resulta viable cuando han fracasado todas esas otras alternativas.

Frente a este desgaste cabe preguntarse:

PARA QUÉ SIRVE EL JUICIO ORAL ? y QUÉ CLASE DE SOLUCIÓN APORTA?

Frente a la primera pregunta basta constatar que en los Estados Unidos (U.S.A.) sólo sirve para solucionar el 5% de los casos judicializados, mientras en la mayoría de los países con sistema acusatorio los casos que llegan a juicio oral no pasan del 10% o 15%. En Colombia se espera que los casos llevados hasta la audiencia de juicio oral no pasen del 10 % de los que se judicializan, lo que supone que la gran mayoría de los procesos se resuelvan mediante soluciones negociadas o alternativas.

¿QUÉ SOLUCIÓN APORTA?. De acuerdo con lo dicho, bien puede afirmarse que el juicio oral aporta una solución que es la más costosa:

LA MENOS RAPIDA: Pues aunque se ha logrado superar en alguna medida la excesiva morosidad de los procesos escritos, la falta de recursos suficientes para atender las demandas de justicia, hace que se presenten niveles significativos de congestión que llevan a dilatar irremediabilmente los términos judiciales.

LA MENOS RACIONAL: La intervención de un tercero no suele ser la más racional de las soluciones. La solución más acorde con la condición racional del ser humano es el consenso, el acuerdo que se logra mediante el diálogo, el reconocimiento de los errores propios y el compromiso con las propias obligaciones y responsabilidades.

LA MENOS EFICAZ, PUES CASI NUNCA LOGRA SUPERAR EL CONFLICTO: Es frecuente ver que muchos condenados salen de la prisión para reincidir en conductas delictivas y, en ocasiones, para ser objeto de retaliaciones por quienes fueron sus víctimas. La decisión judicial pone fin al proceso, pero no siempre logra poner fin al conflicto; por el contrario, en muchas ocasiones las causas del delito siguen intactas, mientras la condena contra el infractor, genera sentimientos de venganza que incrementan las situaciones de conflicto y en no pocas ocasiones son fuente de nuevos episodios criminales.

LA MÁS DOLOROSA Y TRAUMÁTICA: Resulta paradójico que la sociedad civilizada tenga que seguir recurriendo al expediente de infligir dolor a quien ha causado dolor; Carnelutti llamó al derecho penal el “derecho del dolor”, aún

antes de saber si alguien es culpable, pues la detención preventiva es tanto o más dolorosa que la pena de prisión.

Por todas estas razones, de orden pragmático, la ley plantea alternativas diferentes al juicio oral. Pero más allá de tales razones está el verdadero cambio de paradigma en la concepción de la justicia, como pasamos a ver.

2. DE LA RETRIBUCIÓN A LA RESTAURACIÓN

Aunque ya existían en el pasado, algunos elementos de justicia restaurativa, que no se pueden desconocer, tales como la conciliación, el desistimiento de la querrela, la extinción de la acción por indemnización integral y la sentencia anticipada, entre otros, lo cierto es que nuestro derecho penal y procesal penal, pero sobre todo la conciencia ciudadana, que influye de manera determinante en la ideología que orienta la producción legislativa y las decisiones administrativas e incluso jurisdiccionales, se hallaban inmersos en una concepción claramente retributiva de la justicia.

Mientras la justicia retributiva concibe el delito como una infracción a la norma del Estado y, por ende, busca restablecer el ordenamiento jurídico resquebrajado con esa infracción, la justicia restaurativa concibe el delito ante todo como una acción dañosa, que produce unos resultados nocivos para la comunidad y por ello lo que busca es superar el conflicto y reparar el daño, es decir restablecer el tejido social afectado por la acción delictiva.

En una concepción retributiva lo que importa es hacer pagar al infractor por encima de cualquier otro objetivo y por eso rige el principio de estricta legalidad, en tanto que en la concepción restaurativa de la justicia lo que importa es solucionar el conflicto y por ello se abren paso las alternativas negociadas y el principio de oportunidad, en orden a racionalizar la intervención judicial, frente a unas partes dotadas de capacidad para ofrecer y adoptar soluciones.

En el sistema anterior, regido por la idea de justicia retributiva, casi siempre se dejaba por fuera del proceso y de la decisión a la víctima, pues el mecanismo de la constitución de parte civil en el proceso penal, no sólo resultaba extraño a la naturaleza misma del proceso penal, sino altamente costoso e inaccesible para las víctimas, en tanto que en la nueva sistemática procesal penal, regida

por la idea de justicia restaurativa se le asigna un papel preponderante a la víctima, dado que las soluciones negociadas, el principio de oportunidad y en general las alternativas de justicia restaurativa, suponen la participación activa de las víctimas y su reparación integral efectiva, en todos los casos en que ello sea posible, en cuanto sean determinadas o determinables y tengan interés en la indemnización.

Mediante un simple cuadro comparativo podemos diferenciar estas dos concepciones de la justicia:

JUSTICIA RETRIBUTIVA

CONCIBE EL DELITO COMO INFRACCIÓN A LA NORMA DEL ESTADO

LO MAS IMPORTANTE ES HACER PAGAR AL INFRACCTOR

RIGE EL PRINCIPIO DE ESTRICTA LEGALIDAD

SE OLVIDA A LA VÍCTIMA Y A LA COMUNIDAD

JUSTICIA RESTAURATIVA

CONCIBE EL DELITO COMO UNA ACCIÓN DAÑOSA

LO MAS IMPORTANTE ES REPARAR Y SOLUCIONAR EL CONFLICTO

SE DA PASO AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y A LAS SOLUCIONES NEGOCIADAS.

SE GARANTIZA SIEMPRE LA INDEMNIZACIÓN A LA VÍCTIMA

Hechas las anteriores precisiones, conviene detenerse en un breve análisis de la justicia restaurativa, tal como aparece regulada en la Ley 906 de 2004, a partir de su concepto legal, su finalidad, las reglas del procedimiento y los mecanismos que, de manera específica, la realizan.

CONCEPTO Y OBJETO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

El Libro VI del Código de Procedimiento Penal (C.P.P.) integrado por los artículos 518 a 527 de la mencionada Ley 906/04, se dedica a la justicia restaurativa y empieza por precisar esta noción, en el artículo 518, diferenciando entre un programa y un resultado de justicia restaurativa, así:

Noción de PROGRAMA DE JUSTICIA RESTAURATIVA

Se entenderá por PROGRAMA de Justicia Restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado, participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador. (518 inc. 1)

En la noción de programa aún no se halla implicado ningún logro en términos de solución al conflicto, pues precisamente se trata de un proceso de acercamiento de las partes, de entendimiento, en aras de hallar la solución más racional y más justa al conflicto que ha surgido entre ellas o entre la sociedad y el individuo que transgrede las normas de convivencia ciudadana.

NOCIÓN DE RESULTADO RESTAURATIVO

Se entiende por RESULTADO RESTAURATIVO, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad. (518 inc. 2).

El objeto propio de la justicia restaurativa es el acuerdo, que se logra ya sea mediante la conciliación o a través de la mediación y que debe contener las obligaciones proporcionadas y razonables, encaminadas a satisfacer las necesidades de las partes, especialmente la reparación a la víctima, así como a obtener el buen entendimiento entre ellas, que propicie la armonía social.

De las anteriores nociones podemos extraer el siguiente CONCEPTO:

“Puede llamarse JUSTICIA RESTAURATIVA a todos aquellos mecanismos de justicia creados por la necesidad de llegar a una solución positiva de los efectos del delito a través de la reparación del daño, del perdón y de la reconciliación, con participación de la víctima, del victimario y de la sociedad.”

FINES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

A partir de este concepto es fácil entender los FINES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA que involucran tanto al infractor como a la víctima, en la medida en que suponen procesos de rehabilitación para el primero y reparación para la segunda, pero no de manera aislada sino armónica e integral y por ello puede afirmarse que el gran fin de la justicia restaurativa es la efectiva solución al conflicto, a partir de la satisfacción equitativa y racional de las necesidades e intereses de quienes se hallan afectados o implicados, directa o indirectamente, en el mismo. En síntesis los FINES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA son:

REHABILITAR AL INFRACTOR

INDEMNIZAR A LA VÍCTIMA

SOLUCIONAR EL CONFLICTO

En este contexto cobra especial significación la siguiente afirmación del arzobispo Surafricano y Premio Nobel de la Paz en 1984, Desmond Tutú, a propósito de la diferencia entre una justicia retributiva y una justicia restaurativa:

“La Justicia Restaurativa no tiene que ver con la venganza o el castigo, sino con el establecimiento de puentes, la reconstrucción de desequilibrios y la restauración de relaciones resquebrajadas, en un esfuerzo por rehabilitar tanto a las víctimas como a los agresores”

Desmond Tutu

No hace falta preguntarse en qué momento pasaron del lenguaje sociológico, religioso y teológico a la terminología jurídica, expresiones tales como perdón, reconciliación, arrepentimiento, reconstrucción de desequilibrios y relaciones resquebrajadas, que definen la justicia restaurativa, frente a otras como venganza, castigo, aplicar todo el peso de la ley, que se acercan más a la idea de justicia retributiva, pero lo cierto es que tales conceptos aparecen ahora normatizados, regulados por el derecho y, de alguna manera, integrando el ordenamiento legal y constitucional, como un imperativo para los operadores judiciales.

Sin embargo, una mirada sobre la REALIDAD nos permite hacer las siguientes reflexiones, en torno a este nuevo paradigma que es la justicia restaurativa:

Todo indica que la sociedad sigue pensando en justicia retributiva. Es frecuente la crítica a las leyes demasiado “benignas”, sobre todo en cuanto contemplan generosos beneficios a la delincuencia de todo orden, y a los jueces porque toman

decisiones acordes con esas leyes, cuyo resultado inmediato suele ser la libertad del infractor. Poco parece importarle a la sociedad la efectiva reparación a las víctimas, pues en muchas ocasiones prima el sentimiento de venganza y la idea de que al infractor hay que castigarlo con todo el peso de la ley. Se hace necesario emprender una labor pedagógica frente a la comunidad y mantener una verdadera coherencia legislativa y jurisdiccional para no desorientarla.

Algunos procesos legislativos apuntan en esa misma dirección. Como una consecuencia obvia y natural de ese sentimiento colectivo, los procesos legislativos se mueven al vaivén de la opinión pública y tratan de satisfacer el clamor de una sociedad agobiada por el flagelo de la delincuencia, que no encuentra caminos de reconciliación y de paz, sino de vindicta y retaliación. El Legislador tiene una gran responsabilidad frente a todos los procesos culturales, entre los cuales se destaca el de asimilación del ordenamiento jurídico y confianza en el orden institucional, directamente relacionado con la coherencia legislativa. Mensajes contradictorios confunden la conciencia ciudadana.

Muchos funcionarios judiciales siguen aplicando justicia retributiva y no propician soluciones negociadas. Quienes siguen pensando que el juez tiene un “interés en la verdad y la justicia” y que juzgar significa hacer caer todo el peso de la ley sobre el infractor, desdeñan y no pocas veces torpedean u obstaculizan las soluciones negociadas y/o de justicia restaurativa, con criterios de una mal entendida legalidad estricta, que los llevan a suplantar a las partes, especialmente a la Fiscalía, asumiendo ellos, como jueces, algunas tareas o responsabilidades propias del ente acusador, especialmente en el rol argumentativo y probatorio. Frente a esto es necesario que el juez se despoje de todo “interés” en el proceso y asuma su función como fallador imparcial, cuyo compromiso fundamental es con el debido proceso y las garantías constitucionales de todas las partes.

Las soluciones negociadas sólo se aplican a casos de flagrancia o delitos menores. Ha sido una constante en casi todos los distritos judiciales el que, durante el primer año de vigencia de la Ley 906 de 2004, el sistema recoja sólo situaciones de flagrancia, que no revisten mayor esfuerzo probatorio, o casos de menor envergadura, muchos de ellos bagatelares, como ha ocurrido en el Distrito Judicial de Medellín con el fenómeno de los portadores de cantidades de droga que superan ínfimamente las dosis legales permitidas para los consumidores, lo que ha llevado a que, en la práctica, la actividad jurisdiccional se reduzca a una especie de “laboratorio de pequeñas causas”, en el que todos los actores aprenden a operar el sistema, pero la gran delincuencia desborda por completo las posibilidades, tanto de investigación por parte de la Fiscalía, como de juzgamiento, generando altos niveles de impunidad.

Otras soluciones de justicia restaurativa no se están aplicando. Si bien, ya hay casos concretos en los que se ha logrado llegar a un acuerdo entre las partes, lo cierto es que tales resultados son más bien excepcionales y existen figuras como la de la mediación o el principio de Oportunidad, cuya aplicación resulta ser verdaderamente excepcional. Es necesario que la Fiscalía promueva estas figuras y revise la reglamentación que ha emitido al respecto, con el fin de hacer más efectivos estos mecanismos de justicia restaurativa.

REGLAS GENERALES (Artículo 519)

Consentimiento libre y voluntario (1)

Los acuerdos contendrán obligaciones razonables y proporcionadas (519-2)

La participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores (519-3)

El incumplimiento de un acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena (519-4)

Los facilitadores desempeñarán sus funciones de manera imparcial y velarán porque la víctima y el imputado, acusado o sentenciado, actúen con mutuo respeto (519-5)

La víctima y el imputado, acusado o condenado tendrán derecho a consultar un abogado (519-6)

MECANISMOS : LA CONCILIACIÓN y LA MEDIACIÓN

1. LA CONCILIACIÓN

Noción

Conciliador penal

Remisión a ley 640 de 2001

Conciliación Preprocesal

Conciliación Procesal

Conciliación en el incidente de reparación integral

Conciliación Preprocesal

522: Es la que se da antes de formular imputación y constituye un requisito de procedibilidad en los delitos querellables o que requieren petición de parte (74)

Debe adelantarse una audiencia de conciliación mediante el mecanismo más acorde con la ofensa (facilitador, fiscal, centro de conciliación, conciliador en derecho o en equidad). 522 inc. 3.

Debe ceñirse a la Ley 640 de 2001.

Conciliación Procesal

Es la que se da en el incidente de reparación integral.

103: 1a Oprt: Admitida la pretensión indemnizatoria el Juez la pone en conocimiento del responsable y ofrece la conciliación. Si no la hay, se cita a nueva audiencia a los 8 días para conciliar (2a Oportunidad)

108: Pueden citar al asegurador

104: Audiencia de Pruebas: Se inicia con una invitación a conciliar (3a oportunidad).

2. LA MEDIACIÓN

Concepto- Diferencia con la Conciliación.

Objeto

Oportunidad procesal

Solicitud

Efectos

Poder reglamentador

Concepto de Mediación

Artículo 523: Es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el FGN o su delegado, conforme con el manual que se expida para la materia, trata de permitir intercambio de opiniones entre víctima e imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y con su ayuda, solucionen el conflicto.

CONTENIDO (523 inc. 2)

Reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios.

Realización o abstención de determinada conducta.

Prestación de servicios a la comunidad.

Pedimento de disculpas o perdón.

PROCEDENCIA (524)

Desde la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del JUICIO ORAL.

Para delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de 5 años.

Siempre y cuando el bien jurídico no sobrepase la órbita personal del perjudicado, y

Tanto la Víctima como el imputado o acusado acepten en forma expresa y voluntaria una solución de Justicia Restaurativa.

EFFECTOS

Puede dar lugar a la Aplicación del Principio de Oportunidad:

Consecuencias como suspensión del procedimiento a prueba, extinción de la acción en casos de reparación integral en los que el acuerdo restaurativo provoque el decaimiento del interés del Estado.

PARA QUERELLABLES

Una vez formulada imputación no se insiste en la conciliación pero las partes pueden acudir a la MEDIACIÓN (522-3)

En todo caso, siendo posible el desistimiento hasta antes de concluir la preparatoria (76), las partes pueden conciliar durante el proceso y como consecuencia de ello el querellante desistir de la acción.

Procedencia (Continuación)

En delitos con pena superior a 5 años la Mediación servirá para:

Otorgar beneficios durante la actuación,

O relacionados con la dosificación de la pena,

O con el purgamiento de la sanción.

Pueden SOLICITARLA (525)

La VICTIMA

El IMPUTADO o ACUSADO

ANTE QUIÉN ?

Ante el FISCAL

El Juez de Control de Garantías

El Juez de Conocimiento

Al mediador lo nombra el FGN o su delegado

EFFECTOS DE LA MEDIACIÓN (526)

Tiene efectos vinculantes: Por tanto excluye la acción civil y el incidente de reparación integral.

El mediador expide un informe y el Fiscal o Juez lo valora y determina sus efectos.

Los resultados serán valorados para el ejercicio de la acción penal, la selección de la coerción penal y la individualización de la pena al momento de dictar sentencia.

3. LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Con la ley 975 de 2005, ante la necesidad de propiciar un proceso de paz con los grupos armados al margen de la ley, surge un nuevo paradigma en la concepción de la justicia, conocido como “JUSTICIA TRANSICIONAL”:

Noción: Es una forma específica de justicia, que aparece en contextos excepcionales de conflicto (llamados de “transición”) y que tiene por objetivo encontrar el punto medio entre los polos opuestos de retribución plena, por un lado, y de impunidad absoluta, por el otro, en aras de lograr la superación del conflicto o la paz social. ¹

Justicia Restaurativa Vs. Justicia Transicional

La justicia transicional no es apta para enfrentar la delincuencia ordinaria o lo que podríamos llamar la cotidianidad delictual. “La justicia transicional tiene lugar en circunstancias políticas y sociales excepcionales y enfrenta crímenes que atentan contra el núcleo básico de la dignidad humana. Por el contrario la justicia restaurativa fue diseñada para enfrentar, en sociedades pacíficas, la criminalidad de pequeña escala” ²

JUSTICIA TRANSICIONAL Y OBLIGACIONES ESTATALES INDEROGABLES

De acuerdo con los Principios de Joinet, los derechos de las víctimas no se agotan en la indemnización económica sino que se orientan en cuatro direcciones:

Derecho a la JUSTICIA

Derecho a la VERDAD

Derecho a la REPARACIÓN

Garantía de NO REPETICIÓN

(Principios de Joinet sobre Impunidad – 1997)

1. UPRIMNY, Rodrigo, *Justicia Transicional sin Transición?*, CEDJS, Bogotá, 2006, pág. 118.

2. *Ibid*, pág. 121.

DERECHO A LA JUSTICIA

Deberes del Estado

En relación con la justicia son deberes del Estado los siguientes:

Sancionar a los responsables de graves violaciones de los DH y respetar los límites de amnistías e indultos en procesos de paz.

Imponer penas adecuadas a los responsables.

Investigar los asuntos relacionados con violaciones a los DH

Garantizar a las víctimas el derecho a un recurso judicial efectivo.

Respetar en todos los juicios las reglas del DEBIDO PROCESO. En este sentido la verdad procesal debe entenderse como una verdad semántica contextualizada (Michelle Taruffo), es decir, como una verdad epistemológicamente aceptable, pero no obtenida a cualquier precio sino con respeto por los derechos y garantías procesales de los implicados.

DERECHO A LA VERDAD

El derecho a la verdad implica básicamente lo siguiente:

Derecho a conocer los hechos, circunstancias y motivos de las violaciones masivas y sistemáticas a los DH

Deber del Estado de recordar o conservar adecuada memoria de los hechos aberrantes que marcaron su historia

Derecho de las víctimas, sus familias y allegados, a conocer la verdad sobre las circunstancias en las que ocurrieron las violaciones a los DH y la suerte de las personas desaparecidas o fallecidas.

DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL

Como los anteriores, este derecho es correlativo a unos deberes del Estado:

Deber del Estado de reparar y derecho a dirigirse contra el autor del daño.

Deber de extender la reparación a los daños y perjuicios sufridos por la víctima y sus causahabientes

Deber de ofrecer y adoptar medidas individuales de restitución, indemnización y rehabilitación

Deber de ofrecer medidas de satisfacción de alcance general, tales como la verificación, difusión pública y completa de la verdad, búsqueda de personas y cadáveres, disculpas, conmemoraciones, homenajes, etc.

GARANTÍA DE NO REPETICIÓN Y PREVENCIÓN

Esta es tal vez la más importante exigencia para atacar la impunidad y prevenir nuevos atentados contra la dignidad humana, pero también para poder aplicar un esquema de justicia transicional. Supone:

Limitar la jurisdicción de los Tribunales Militares a los delitos de naturaleza militar

Fortalecer la independencia de la Rama Judicial

Capacitar a todos los sectores sociales en DH y DIH

Revisar y reformar las leyes que contribuyan a la violación de DH

SON MEDIDAS DE NO REPETICIÓN, SEGÚN JOINET:

Aquellas encaminadas a disolver los grupos armados paraestatales

De derogación de las disposiciones de excepción, legislativas o de otra índole, que favorezcan violaciones

Administrativas o de otra índole que deben adoptarse frente a agentes del Estado implicados en las violaciones

Reparaciones simbólicas: restablecer la dignidad de las víctimas, imponer sanciones morales y enviar mensaje claro y contundente de que los hechos no se justifican y deben ser reparados.

Igualdad y no discriminación.

PRONUNCIAMIENTO DE LA CIDH SOBRE LA LEY 975/05

A mediados del año 2006, recién expedida la Sentencia C-370 de 2006, por la cual se declaró exequible la Ley 975 de 2005, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunció, en los siguientes términos:

“3. En la etapa que se inicia resulta crucial que el marco normativo y su interpretación por parte de la Corte Constitucional sean respetados a cabalidad por las entidades encargadas de su implementación (...) a fin de que los beneficios penales otorgados a los desmovilizados no constituyan una mera concesión gratuita de justicia, sino que cumplan con el objetivo genuino de operar como incentivo para la paz, la búsqueda de la verdad y la debida reparación a las víctimas del conflicto.

En este sentido, la CIDH alerta sobre la necesidad de que las autoridades del Estado colombiano hagan cumplir de manera rigurosa los requisitos que condicionan el acceso a la pena atenuada y a su preservación; y contribuyan al desarrollo de una investigación diligente y exhaustiva de los graves crímenes sometidos a este régimen legal, a fin de que la imposición de las sanciones reducidas resulte de la obtención plena de la verdad y no descansa de manera exclusiva en la confesión de los imputados.”

DESAFÍOS PARA COLOMBIA (verdad, justicia y reparación)

“Implementar la norma para Juzgar los graves crímenes contra la población civil, conforme a su derecho interno y sus obligaciones internacionales en materia de DH.

Asegurar que los desmovilizados cumplan con todos los requisitos de elegibilidad interpretados por la Corte C.

Investigar exhaustivamente conductas de desmovilizados

Unificar criterios de interpretación de la L. 975/05.

Asegurar la restitución de bienes a los desplazados

Asegurar participación de las víctimas en la investigación, juzgamiento y reparación

No perder de vista sus obligaciones conforme a las decisiones de la Corte IDH en

casos anteriores (masacres de Mapiripán, Puerto Bello e Ituango), en las que se estableció responsabilidad del Estado por actos de aquiescencia u omisión de sus agentes, frente a los graves crímenes contra la vida y la integridad personal de la población civil, perpetrados por miembros de las AUC que participaron en el Acuerdo de Santa Fé de Ralito.”

ASPECTOS PRINCIPALES DE LA SENT. C-370/06

La misma Comisión (CIDH) hizo el siguiente análisis de la Sentencia C-370 de 2006, apoyando las conclusiones de la Corte Constitucional y advirtiendo a las autoridades colombianas, encargadas de llevar a cabo el proceso de paz que, de no seguir estrictamente el derrotero señalado por la Alta Corporación Constitucional, podrían presentarse acciones y decisiones contra Colombia.

La Versión libre de los acogidos a la ley de justicia y paz, debe ser completa y veraz, a fin de asegurar el derecho a la verdad

Debe respetarse en todo momento el Derecho de las víctimas a participar en todas las diligencias.

Los responsables tienen el deber de revelar el paradero de los desaparecidos e indemnizar con su propio patrimonio a las víctimas.

Existe responsabilidad solidaria frente a la reparación.

Podrá presentarse la pérdida de beneficios en caso de reincidencia o incumplimiento durante la ejecución, de las obligaciones impuestas.

Debe establecerse y respetarse un plazo razonable para investigar los delitos

CUÁL ES LA REALIDAD FRENTE A ESTE PARADIGMA?

Más que responder a este interrogante, es necesario hacerse estas u otras preguntas similares:

Existe en Colombia una verdadera transición, que justifique la aplicación de una justicia atenuada (transicional)?

Están, en el proceso de paz, todos los actores: al menos puede afirmarse que están todos los miembros de las AUC?

La no presencia de todos los actores y sobre todo de la guerrilla, afecta la garantía de no repetición de graves violaciones a los DH y al DIH?

Puede decirse que no habrá nuevas víctimas de esa violencia en Colombia?

Están dadas todas las condiciones para la superación del conflicto?

LAS NUEVAS LEYES DE CONVIVENCIA CIUDADANA Y PEQUEÑAS CAUSAS

Ley 1142 de Junio 28/07

La llamada Ley de “Convivencia Ciudadana”, constituye un retroceso frente a los nuevos paradigmas que se han analizado en precedencia, por las siguientes razones:

Se Restringe más la libertad.

Se restablecen facultades a la Fiscalía para ordenar capturas.

Se reducen los delitos querellables.

Se excluyen beneficios para ciertos delitos y para los reincidentes.

Se trata con mayor severidad y se restringen las soluciones de justicia restaurativa cuando las víctimas son menores de edad o incapaces.

Ley 1153 de Julio 31/07

En el mismo sentido la Ley de “Pequeñas Causas” también constituye, en algunos aspectos, un verdadero retroceso frente al paradigma de la justicia restaurativa y una represión exagerada para las contravenciones, que contrasta ostensiblemente con los generosos beneficios y las penas disminuidas de la justicia transicional, frente a los más graves crímenes.

Los delitos se vuelven contravenciones. Investiga Policía (sin Fiscal), acusa el afectado y falla el Juez.

Sanción exagerada a reincidencia: arresto preventivo, penas más severas que para delitos (arresto efectivo por 6 años), exclusión de: beneficios, conciliación, reparación integral, etc. Ver artículos 18, 19, 37, 39, 52, 54, 55.

Se tipifica el consumo de drogas en presencia de menores.

CONCLUSIONES DE LA CIDH SOBRE EL PROCESO DE PAZ

En el último “Informe sobre la implementación de la ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias”, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el 2 de Octubre de 2007, algunas de cuyas conclusiones se transcriben a continuación:

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

109. Con relación a la implementación de la Ley de Justicia y Paz, las etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y las primeras diligencias judiciales, la CIDH concluye:

Estos grupos hacían parte orgánica de las estructuras armadas de los bloques desmovilizados y continúan desarrollando las mismas actividades delictivas en sus zonas de influencia. Dichas zonas detectadas por la Misión son las siguientes: Córdoba, Meta, Sucre y Bolívar. La MAPP/OEA, mediante el Sexto informe del Secretario General, hizo un llamado a que estos grupos se acogieran al proceso de paz, entregarán las armas y cesarán las actividades delictivas.

Este fenómeno, se ha presentado especialmente en lugares en donde existe una economía ilícita consolidada: a) Valle del Cauca; b) Chocó; c) Nariño; d) Norte de Santander; e) Antioquia; y f) Cundinamarca. El fenómeno de aparición de nuevos actores armados responden a disímiles intereses, y no deja de ser preocupante para la Misión, específicamente dado el existente riesgo de cooptación de población desmovilizada así como de reclutamiento de nuevos combatientes.

Corresponde reconocer los esfuerzos emprendidos por el Estado colombiano a fin de lograr la pacificación. En este sentido alienta especialmente aquéllos esfuerzos destinados a que los procesos judiciales adelantados gocen de la mayor transparencia posible.

2. Los circuitos jurídicos previstos para el proceso de desmovilización de los miembros de las AUC reflejaron una falta de sistematización de los mecanismos destinados a identificar y determinar la responsabilidad penal por la comisión de crímenes. Los vacíos e inexactitudes generados en esa primera etapa tienen repercusión negativa en los procesos investigativos adelantados en aplicación de la Ley de Justicia y Paz y pueden llevar a la impunidad de los numerosos crímenes no confesos por los cuales no se adelantan investigaciones judiciales.

3. *Permanece la incertidumbre sobre la implementación práctica del fallo de la Corte Constitucional sobre la Ley 975, y de los decretos reglamentarios dictados con anterioridad y posterioridad a éste. Particularmente, en lo que concierne al cumplimiento de los requisitos de elegibilidad para acceder a los beneficios de la Ley 975.*

4. *Es incierto el panorama sobre el desmonte efectivo de las estructuras armadas del paramilitarismo y la genuina participación de los cuadros armados de las AUC en el proceso de desmovilización. Si bien el número de desmovilizados que han recibido beneficios procesales y económicos supera con creces la cifra estimada de miembros de las AUC, el fenómeno de las estructuras armadas ilegales permanece presente en las mismas áreas del país.*

La CIDH mantiene algunas preocupaciones con aspectos relacionados a la situación y a la participación de las víctimas en la implementación de la Ley de Justicia y Paz. A este respecto, la CIDH recomienda al Estado la adopción de medidas orientadas a:

1. *Fortalecer el trabajo de las instituciones llamadas a desempeñar un rol en la implementación de la Ley de Justicia y Paz, especialmente las unidades de la Fiscalía General de la Nación que ejercen un rol esencial de investigación. Estos entes deben contar con el apoyo logístico y la capacidad humana necesaria para completar su tarea. Asimismo, el Estado debe asegurar medios de protección para sus funcionarios a fin de que puedan adelantar sus investigaciones con seriedad y en condiciones de seguridad. El esclarecimiento judicial de la responsabilidad de quienes han perpetrado crímenes contra las víctimas del conflicto y buscan beneficiarse de la Ley de Justicia y Paz no debe ser puesto en peligro.*

2. *Garantizar un rol activo de los fiscales en las correspondientes etapas de versión libre tanto para ayudar a producir información indispensable para establecer la verdad de los hechos como para verificar de manera efectiva el cumplimiento de los requisitos para el acceso a los beneficios de morigeración de penas.*

3. *Disponer mecanismos para la transparencia de las decisiones sobre el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad previstos para acceder a los beneficios de la Ley 975. Previa formalización de la etapa de acusación de los potenciales beneficiarios de la Ley de Justicia y Paz, debe darse amplia publicidad a la determinación que se realice sobre el cumplimiento de cada uno de los requisitos de elegibilidad por cada uno de los grupos desmovilizados y de sus miembros, en el caso de desmovilizaciones individuales; así como de las descalificaciones resultado del incumplimiento con los requisitos.*

4. *Garantizar las oportunidades de participación de víctimas del conflicto, testigos y defensores de derechos humanos en el proceso. A tal efecto, las víctimas deben contar con patrocinio jurídico adecuado y con acceso a la asistencia efectiva de la Defensoría del Pueblo, desde la etapa inicial de la versión libre.*

5. Disponer de mecanismos destinados a proteger y garantizar la seguridad de las víctimas del conflicto, testigos y defensores de derechos humanos que se acerquen a fin de participar en el proceso de investigación y juzgamiento de quienes busquen beneficiarse de la Ley de Justicia y Paz.

6. Estudiar la revisión del sistema de acceso a reparaciones previsto en el marco legal por la vía exclusiva del incidente de reparaciones en el procedimiento penal. El Estado debe asumir un rol principal y no secundario en garantizar el acceso de las víctimas a reparaciones, conforme a los estándares del derecho internacional. Para ello la CIDH recomienda la adopción de un programa de reparaciones que funcione de manera optativa frente a la vía judicial penal y complementaria de las demás reparaciones de índole colectiva y de los programas y servicios sociales destinados a la población que ha padecido la violencia en Colombia.”

POLÍTICA CRIMINAL

Por razones de espacio no se analizan en este breve trabajo los aspectos que se acaban de enunciar y que serán objeto de un estudio posterior. Sin embargo, al concluir esta breve visión sobre los nuevos paradigmas de la justicia y sus implicaciones, frente a las últimas disposiciones legislativas, cabe hacerse éstas o similares preguntas:

Existe realmente en Colombia una política criminal coherente?

Es constitucional el trato desigual que se está dando a la delincuencia común frente a la delincuencia organizada?

Es proporcionada la represión de las contravenciones y los delitos bagatela frente a la excesiva concesión de beneficios a la delincuencia mayor?

En alguna medida tales preguntas hallan respuestas en el último “Informe sobre la implementación de la ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias”, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el 2 de Octubre de 2007, cuyas conclusiones y recomendaciones se han transcrito.

2. COMENTARIOS PRELIMINARES A LA LEY 1153 DE JULIO 31 DE 2007, QUE COMIENZA A REGIR EL 1 DE FEBRERO DE 2008.

Autor: Javier Garcia Prieto.

Juez 48 Penal Municipal, con Funcion de Control de Garantias.

INTRODUCCION

El próximo primero de febrero del año 2008, comienza a tomar vigencia la ley 1153 de julio 31 de 2007, más conocida como la ley de pequeñas causas.

Dicha norma emerge a la vida jurídica paralela a la expedición de la ley 1142 de 2007, norma con la cual se hicieron sustanciales reformas al código penal y de procedimiento penal.

Dentro de los objetivos propuestos por el Gobierno Nacional al promocionar la expedición de la presente ley esta el de descongestionar a la Fiscalía General de la Nación, con miras a que tanto Fiscales Locales como Seccionales puedan dedicarse a la investigación de los delitos que demandan un conocimiento especial.

Tal ha sido la referencia permanente de todos los gobiernos nacionales que con la excusa de la congestión, de la investigación de las conductas de connotación nacional y de importancia social, presentan proyectos de ley que hacen que la congestión de un sector de la jurisdicción se traslade a otro, desconociéndose la demanda de justicia real y la incapacidad del Estado, para poder asumir los procesos de judicialización, máxime cuando desde el punto de vista presupuestal no se dota a la rama judicial de los presupuestos apropiados para efectos de cumplir con sus funciones constitucionales.

Se suma a lo anterior la falta de un diseño de política criminal coherente y con finalidades constitucionales que respondan a una verdadera concepción de Estado Social y Democrático de Derecho con fundamento en la Dignidad del ser Humano en donde la libertad como estado natural del hombre sea la regla general y las medidas restrictivas de ésta sean una verdadera excepción.

Con el presente, se pretende hacer un primer avance en el estudio de esta ley, que al igual que la ley 1142 de 2007, se convierte en una expresión mas del debate que recorre el país, entre un derecho penal con fundamento en principios constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos y un derecho

penal peligrosista en donde prima la defensa a ultranza de la sociedad por encima de la dignidad del ser humano y en donde la libertad deja de ser la regla general y se convierte en la excepción.

1. ALGUNOS ASPECTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE PEQUEÑAS CAUSAS

Sea lo primero indicar que la ley de pequeñas causas, rememora una vieja tradición románica como era el ejercicio particular de la acción en materia penal. Ya la historia ha dado su veredicto en cuanto que significó para el ejercicio de la justicia, que el particular se viera enfrentado a su agresor. Una clara elitización, en donde el más poderoso era el vencedor; quien tenga los medios, gana el caso.

Se hace ésta afirmación con fundamento en los artículos 44 y 50 de la ley en donde la formulación de los cargos corre por cuenta del particular, lo que será objeto de posterior análisis.

1.1 FUNCIONES DE POLICIA JUDICIAL A LA POLICIA DE VIGILANCIA

Un primer aspecto que se quiere resaltar es que la ley 1153 de 2007 vulnera los postulados constitucionales consagrados en el artículo 218¹ de la Carta en cuanto que le atribuye a la Policía Nacional, funciones que la constitución no le ha dado al cuerpo de policía. En efecto el artículo 218 de la CN determina que las funciones de dicho cuerpo son de prevención y mantenimiento del orden público y no tiene funciones de policía judicial como son las que se le otorgan a dicho cuerpo con la ley 1153. En efecto el artículo 42 de la citada ley atribuye funciones de investigación a la policía nacional en la medida en que ante el evento de una investigación en averiguación de responsables la querrela deberá ser remitida a la Policía Nacional para que ésta desarrolle actividades tendientes a la individualización e identificación de los posibles autores o partícipes de la contravención y en el caso en que no se logre tal cometido vuelven las diligencias al despacho del juez con un informe motivado de las diligencias adelantadas por parte de la Policía.²

1. CONSTITUCIÓN NACIONAL ARTICULO 218. *La ley organizará el cuerpo de Policía.*

La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.

Estas facultades otorgadas a la Policía Nacional en la ley de pequeñas causas, institución que en el contexto constitucional tiene funciones de carácter preventivo y de salvaguarda de la tranquilidad, desbordan el artículo 218 de la CN pues los convierte en una especie de policía judicial para contravenciones, funciones que no le pueden ser atribuidas según el precepto constitucional, salvo que las mismas tengan que ver con las actividades de los fiscales y de los jueces y por mandato de éstos, para lo cual se tiene un cuerpo especial por parte de las fuerzas de policía que se ha dado en llamar policía judicial concepto diferente al de policía de vigilancia puesto que el primero “ es una denominación que se emplea para aludir a las fuerzas de policía en cuanto dirigen su actividad para preparar la función represiva de los funcionarios judiciales (fiscales y jueces de la República)”³, mientras que el segundo ostenta un carácter eminentemente preventivo, por ello el concepto de “la policía administrativa.(se)...distingue de la policía judicial encargada fundamentalmente de reprimir los atentados contra el orden público una vez que ellos hayan ocurrido. La distinción entre ambas policías es importante no sólo por el principio de separación entre autoridades administrativas y judiciales propiamente dichas sino porque en la práctica numerosas acciones de policía son mixtas y su calificación se funda algunas veces en la finalidad de la acción más que en su contenido⁴.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de abril 21 de 1982 diferenció lo que constituye el poder, la función y la actividad de policía en los siguientes términos

“ a) El poder de policía, entendido como competencia jurídica asignada y no como potestad política discrecional (arts. 1º y 3º del Código), es la facultad de hacer la ley policiva, de dictar reglamentos de policía, de expedir normas generales, impersonales y preexistentes, reguladoras del comportamiento ciudadano, que tienen que ver con el orden público y con la libertad...

b) La función de Policía es la gestión administrativa concreta del poder de policía, ejercida dentro de los marcos impuestos por éste...

2. ARTICULO 42Cuando el sujeto activo de la conducta contravencional no sea conocido, la querrella será remitida por orden del juez a la Policía Nacional, que conservará las diligencias con el fin de individualizar a los autores o partícipes de la contravención, Una vez se logre tal individualización o identificación, las devolverá al juez para que éste inicie el trámite correspondiente. Transcurridos seis (6) meses sin que se logre la individualización o identificación de los autores o partícipes, la actuación se remitirá al juez con un informe motivado sobre las diligencias adelantadas, con base en el cual decidirá el archivo provisional. Esta decisión será motivada y comunicada al querellante y al ministerio público. Este término será controlado por el centro de servicios judiciales de los jueces de pequeñas causas.

Si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción contravencional.

El retiro de la querrella significa desistimiento.

3. C-024-94 MP Alejandro Martínez Caballero

4. T-425 MP Ciro Angarita Barón

c) En cambio, los oficiales, suboficiales y agentes de policía... no expiden actos sino que actúan, no deciden sino que ejecutan; son ejecutores del poder y de la función de policía; despliegan por orden superior la fuerza material instituida como medio para lograr los fines propuestos por el poder de policía; sus actuaciones se tildarían de discrecionales sólo limitadas por actos jurídicos reglados de carácter legal y administrativo. Una instrucción, una orden, que son ejercicio concreto de la función de policía, limitan el campo de acción de un agente de policía, quien es simple ejecutor, quien manda obedeciendo, y hace cumplir la voluntad decisoria del alcalde o inspector, como funcionario de policía.

2. Colíguese de lo precedentemente expresado que:

a) El poder de policía es normativo: legal o reglamentario. Corresponde a la facultad legítima de regulación de la libertad. En sentido material es de carácter general e impersonal. Conforme al régimen del estado de derecho es, además, preexistente.

b) La función de policía es reglada y se halla supeditada al poder de policía. Supone el ejercicio de competencias concretas asignadas por éste a las autoridades administrativas de policía. Más repárese en que dicha función no otorga competencia de reglamentación ni de regulación de la libertad.

c) La actividad de policía, asignada a los cuerpos uniformados, es estrictamente material y no jurídica, corresponde a la competencia de ejercicio reglado de la fuerza, y está necesariamente subordinada al poder y la función de policía. Por lo tanto, tampoco es reglamentaria ni menos reguladora de la libertad.⁵

La ley de pequeñas causas impone a la policía el cumplimiento de labores de investigación, (en ello consiste la averiguación de los posibles responsables) sin que se cumpla con el requisito sustancial de que dichas actividades sean dirigidas por un Fiscal, por un Juez o por un funcionario creado especialmente para ello en el contexto de un plan de investigación orientado por éste funcionario que debe ser necesariamente judicial.

Podrá quizás decirse que en el contexto de la ley de pequeñas causas, donde desaparece la figura del Fiscal, permanece latente la figura del Juez razón por la cual se podría pensar que dicha orden sería emitida por éste y ello en razón a que no hay prohibición del decreto oficioso de pruebas en forma taxativa por lo que

5. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de abril 21 de 1982. Magistrado Ponente: Manuel Gaona Cruz.

dicha interpretación puede salir al paso bajo el manido argumento de que lo que no está prohibido está permitido.

Pero si se tiene en cuenta que en dicha ley se cumple con las previsiones de la ley 906 en materia probatoria y en la practica de pruebas, se concluye entonces de dicha remisión que el Juez de pequeñas causas no es un Juez investigador, por lo tanto no podrá dar ordenes a la policía de vigilancia para que en el evento en que el asunto sea en averiguación de responsables se proceda por parte de la policía a hacer indagaciones en torno a la identidad de los posibles autores y partícipes, aunado a que en la misma norma si bien no se prohíbe el decreto oficioso de pruebas, tampoco se autorizan éstas al juez de pequeñas causas y a que tanto en el procedimiento ordinario contravencional como en el procedimiento en caso de flagrancia quienes hacen la imputación son los particulares y no el Juez de pequeñas causas. Conlleva ello a la consecuencia de que es al particular al que le toca hacer las labores de investigación, es decir recoger evidencias, elementos materiales de prueba y obtener información de manera legal.

Se trata entonces de reeditar aspectos de la ley 228 de 1995, pero recuérdese que en aquella oportunidad dicha función de averiguar la identidad de los posibles autores o partícipes le fue atribuida al CTI que si tiene funciones de policía judicial, amen de que el Juez podía decretar pruebas de oficio. Por ello cuando el artículo en comento le impone dicha función a la policía de vigilancia, se desbordan los límites constitucionales de las funciones de ésta convirtiéndolos en investigadores, función que no se desprende del texto constitucional, sumándose a lo anterior como se dijo la remisión a la ley 906 en materia probatoria, lo que imposibilitaría que dichas ordenes fueran emitidas por el Juez de pequeñas causas.

1.2 DELEGACION DE FUNCIONES JUDICIALES A LOS PARTICULARES

El desarrollo del articulado de la ley 1153 de 2007 permite concluir que el ejercicio de la acción contravencional se delega a los particulares. En efecto, el artículo 44 de la citada ley al referir los trámites de la audiencia preliminar, es decir en los casos donde no hay flagrancia, y del contenido del artículo 49, se concluye que el Estado, ha delegado la función del ejercicio de la acción contravencional a los particulares, pues los mismos indican que será el particular, bien personalmente o bien través de un abogado quien imputará los cargos al contraventor. En la citada ley, el papel del Juez de pequeñas causas se remite a los postulados de la ley 906. Por supuesto que en ese escenario deberá el juez de pequeñas causas poner de presente los derechos constitucionales de quien va ser imputado en el procedimiento, pues siendo el procedimiento contravencional uno de aquellos

que afecta el derecho fundamental de la libertad, no por ello y porque la ley lo omitiere, debe prescindirse de tal actuación.

El punto entonces radica en verificar si es constitucionalmente válido que el Estado, a través de ésta ley, delegue en el particular funciones que constitucionalmente no le son exigibles y por ello ha de verificarse si es permisible tal delegación.

El artículo 95 de la CN en su numeral 7 impone como obligación al ciudadano “ colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia “⁶

De otro lado el artículo 116 de la CN indica “ 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 “⁷

De las normas constitucionales citadas se desprende que el particular, está habilitado por la Carta para ejercer algunas funciones en materia judicial. El artículo 116 es claro en otorgar dicha facultad para efectos de administrar justicia. Administrar justicia referida única y exclusivamente a las funciones que taxativamente le demanda el artículo 116 de la Constitución. Pero dichas facultades no van al punto de ejercitar acciones de cualquier orden y diversas a las que constitucionalmente le otorga ésta.

En ese sentido la ley 1153, contraviene los preceptos constitucionales cuando le asigna al particular una función que no le es delegable, pues una cosa es administrar justicia y otra cosa es asignarle la función pública de investigación de conductas que de una u otra manera tienen que ver con causas criminales, pues el sentido que ha de darse al texto constitucional es que la expresión criminal tiene que ver con causas de carácter penal, llámense éstas conductas contravencionales o llámense delito o bien llámese crímenes. Aquí el sentido propio de la expresión se orienta a la facultad persecutora por parte del Estado en aquellos comportamientos que son objeto de reproche penal y que tienen como sanción fundamental la limitación del derecho a la libertad es decir que no tienen carácter preventivo sino sancionador y limitativo de un derecho fundamental. Por ello el ejercicio de la actividad punitiva no puede ser delegada a los particulares. Al asignar la ley de pequeñas causas dicha función en cabeza de particulares se presenta un exceso del poder de configuración del Estado, que no es permisible en el marco constitucional vigente.

6. Constitución Nacional. Artículo 95 numeral 7

7. Constitución Nacional . Artículo 116 inciso 4

Igual acontece con el procedimiento que establece la ley de pequeñas causas para el trámite de los asuntos cuando se ha efectuado la captura en flagrancia, (Art. 49) y más grave aún cuando en este especial caso se impone un ejercicio obligatorio de la imputación a través de un tercero denominado abogado de oficio quien deberá hacer la imputación, desconociendo no solo la real voluntad de la victima, sino que irresponsablemente conmina a un togado a imputar con base solo en los informes de policía, desconociendo las pretensiones de la victima e incluso desconociendo la realidad material de lo ocurrido, pues la única fuente directa de conocimiento para dicho abogado es la información que le suministre la victima sobre el acontecer fáctico cuando ello es posible.

1.2.1 DEL REGIMEN PROBATORIO

Tomando en cuenta esa delegación que la ley hace en el particular para el ejercicio de la acción contravencional los artículos 50 y 51 de la precitada ley ⁸ remite al régimen probatorio de la ley 906 de 2004. Ello indica que deben seguirse los lineamientos del Sistema Penal Acusatorio lo que indica de primera mano que el Juez de Pequeñas causas también está impedido del decreto oficioso de pruebas y por supuesto la practica de las mismas tendrá la misma reglamentación

8. LEY 1153 DE 2007 .ARTÍCULO 50. AUDIENCIA PRELIMINAR. *Una vez se ponga a disposición al capturado, inmediatamente se llevará a cabo una audiencia preliminar a la cual deberá asistir la persona o funcionario que haya efectuado la aprehensión para que relate los hechos relacionados con la captura, al igual que la victima si ésta se presentare. El juez examinará si concurren los requisitos de la flagrancia; en caso de que se reúnan, declarará la legalidad de la captura. Con posterioridad, las partes podrán expresar oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones y nulidades, las cuales se tramitarán de conformidad con la ley 906 de 2004. Resuelto lo anterior, dará la palabra a la víctima si se encontrare presente para que formule la Querrela respectiva, en caso de encontrarse ausente el juez le nombrará un abogado de oficio quien hará la imputación, de la cual correrá traslado al capturado a efectos de brindarle la posibilidad de aceptarla; en caso de no aceptación, el imputado directamente o por intermedio de su defensor solicitará las pruebas que considere pertinentes. El juez decretará la practica de las pruebas atendiendo las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en la ley 906 de 2004, las cuales deben ser practicadas en la audiencia de juzgamiento. Terminada la audiencia preliminar, el juez fijará día y hora para la realización de la audiencia de juzgamiento que se deberá realizarse dentro de los diez (10) días siguientes. La notificación de la celebración de la audiencia de juzgamiento será en estrado.*

PARÁGRAFO PRIMERO. En caso de no concurrir los requisitos de la flagrancia la persona será dejada en libertad. Si existe querrela se adelantará el procedimiento ordinario previsto en esta ley. En caso de no existir Querrela la actuación Quedará en el centro de servicios judiciales a la espera de que se presente la misma o se produzca la caducidad.

PARÁGRAFO SEGUNDO Las decisiones relativas a la flagrancia y a la práctica de pruebas, son susceptibles de los recursos de reposición y apelación, en los términos previstos por esta ley.

LEY 1153 DE 2007 ARTÍCULO 51. AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO. Una vez instalada la audiencia y verificada la asistencia de las partes e intervinientes, serán practicadas las pruebas decretadas. En lo pertinente, la práctica de pruebas se rige por las reglas previstas en la ley 906 de 2004. Finalizada la práctica de pruebas, el juez dará el uso de la palabra al Ministerio Público, si lo hubiere; al imputado y a la defensa, para que en forma oral expongan los alegatos respectivos. Una vez presentados los alegatos, el juez declarará que el debate ha terminado y, de ser necesario, podrá decretar un receso hasta por dos (2) horas para proferir el fallo debidamente motivado. Si el fallo fuere condenatorio, el juez se pronunciará sobre la reparación a las víctimas. La sentencia se notificará en estrados.

contemplada en la ley 906 de 2004, indicativo de que si es el particular quien formula la imputación éste será quien tenga que recoger los elementos materiales de prueba, las evidencias físicas y la obtención de información en forma legal y entonces ya para la practica como puede hacer los interrogatorios, acreditar su testigo etc y esa facultad que se le delega al particular, en concreto a la victima, ¿ como puede desarrollarse cuando ésta sea el único testigo de cargo ?, se ¿ auto interroga ? y finalizada la practica de pruebas⁹ ¿ En que momento hace alegaciones la victima como gestor de la imputación para sustentar su hipótesis teniendo en cuenta que no se contempló el uso de la palabra para éste ?

En el régimen probatorio se manifiesta más claramente la inconstitucional delegación que la ley ha hecho en el ejercicio de una acción pública indelegable. Pero quizás ello podría pasar desapercibido con una ligera y descuidada lectura de la ley de pequeñas causas.

Lo que no puede pasar desapercibido es lo referente a la consecución de los elementos materiales de pruebas y de las evidencias físicas en punto de que dicha consecución afecte derechos fundamentales. ¿ Quien ejerce el control de la recolección de dichas evidencias y materiales probatorios cuando ello implique afectación de derechos fundamentales ? ¿ En qué términos queda facultado el particular para realizar dicha afectación ?. ¿ A quien acude el particular cuando requiera de una experticia técnico científica si el Instituto de Medicina Legal solo puede prestar su apoyo técnico científico únicamente para el caso de lesiones personales y solo para determinar incapacidades medico legales ?

En los términos en que está desarrollado el procedimiento en la ley de pequeñas causas y en la medida en que remite a la ley 906 en lo concerniente al régimen probatorio y por supuesto ello conlleva la recolección de los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas, la citada ley descuida lo concerniente a los controles constitucionales que deben ejercerse en ese campo, pues una cosa es que de conformidad con el artículo 95 numeral 7 de la Constitución Nacional uno de los deberes ciudadanos sea colaborar con al justicia y asunto diferente es que quede eximido de los controles por parte del Estado en desarrollo de dicha colaboración, si es que se quiere interpretar la delegación que se hace en esta ley del ejercicio de la acción contravencional como un simple acto de colaboración.

9. Aquí es de anotar que el artículo 51 de la ley de pequeñas causas que le impone el ejercicio de la acción al particular, paradójicamente no le otorga oportunidad procesal para hacer alegaciones finales pues allí solo se indica que finalizada la practica de pruebas se le dará el uso de la palabra al Ministerio Público y luego a la defensa

1.3 DE LA CONEXIDAD

Otro aspecto que ha de ser tomado en cuenta en el análisis de la ley de pequeñas causas es lo referente a la conexidad procesal. Con base en el acto legislativo 003 de 2002 queda claro que la Fiscalía General de la Nación es la que ejercita la acción penal cuando se trata de una conducta constitutiva de delito.

La ley penal establece el criterio de competencia residual, el cual lo radica en cabeza del circuito, como regla general, cuando se trata de conductas que revisten la misma denominación(delitos). En ese sentido el artículo 29 de la ley 906 señala que es competencia de la jurisdicción penal ordinaria “ la persecución y el juzgamiento de los delitos cometidos en el territorio Nacional, y los cometidos en el extranjero en los casos que determinen los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia y la legislación interna “ y dentro de las reglas de la competencia asigna a los juzgados penales del circuito de conformidad con el artículo 36 numeral 2, el conocimiento de los procesos que no tengan asignación especial. Ello claro, está diseñado en el entendido de que la competencia residual es referente a los delitos.

La ley de pequeñas causas en su artículo 4 inciso tercero señala que “ En caso de conexidad con un delito, la autoridad competente para conocer el delito asumirá la competencia de la contravención “

Pues bien, atendiendo a lo dispuesto en el acto legislativo 003 del 2002, ésta norma de la ley de pequeñas causas sería inconstitucional, dado que la competencia que dicho acto legislativo le atribuye a la Fiscalía General de la Nación es la de adelantar las investigaciones de los hechos que “ revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento “ lo que significa que la ley de pequeñas causas le está atribuyendo a la Fiscalía General de la Nación una competencia para adelantar las investigaciones por conductas contravencionales cuando estas concursen con un delito. Es decir que en ese evento tendría que el Fiscal hacer la imputación por la contravención.

De ser ello así, se estaría en contraposición con el artículo 29 de la CN en lo que se refiere al Juez Natural. Si bien es cierto que en la jurisdicción ordinaria, uno de los factores de competencia radica en que en determinadas condiciones y ante una serie de eventos todos ellos de la misma naturaleza (delitos) sometidos a diferente competencia, se asigne dicha competencia al funcionario de mayor jerarquía, dicha formula no puede ser de recibo cuando se trata de mezclar conductas que corresponden a naturaleza diferente (delitos y contravenciones) y que se someten a tramites diferentes por funcionarios diferentes.

Podría argumentarse con base en el artículo 19 de la ley 599 de 2000 ¹⁰ en concordancia con el artículo 50 inciso 2 de la ley 906 ¹¹ que en virtud al factor de conexidad que se señala en el artículo 4 inciso final de la ley de pequeñas causas el Fiscal deberá asumir la competencia de las conductas contravencionales que concursan en un momento concreto con un delito y que con ello se tendría la solución adecuada para los casos concursales.

Este argumento es insostenible desde la óptica constitucional en razón a que el acto legislativo del 2003 le atribuye a la Fiscalía General de la Nación la competencia para el ejercicio de la investigación y de la acción penal única y exclusivamente en el marco en que la conducta punible sea constitutiva de delito. Significa ello que a pesar de que el artículo 19 del Código penal señale que la conducta punible puede revestir bien la forma de delito o bien la forma de contravención, la Constitución Nacional le atribuye privativamente al ente Fiscal la competencia para el trámite de investigación de conductas constitutivas de delito y no por conductas constitutivas de contravención. El artículo 19 de la ley 599 de 2000 es un artículo descriptivo y de clasificación, pero de ello no puede desprenderse que por el simple hecho de que esté ésta división en el código penal, ya por eso se le puede atribuir competencia al Fiscal para efectos de los trámites pertinentes. Es decir, la Constitución Nacional no le otorga facultades a la Fiscalía General de la Nación para hacer ejercicio de acciones contravencionales y en ese contexto cuando el inciso final de la ley 1153 de 2007 indica que en caso de conexidad con un delito, la autoridad competente para conocer el delito asumirá la competencia de la contravención, no solo se desconoce la competencia reglada del artículo 250 de la Constitución, sino que igualmente se vulnera el artículo 121 constitucional¹². Así mismo ha de tenerse en cuenta el artículo 53 de la ley 906 ¹³.

1.4 ORDEN DE CAPTURA PARA COMPARECENCIA

El artículo 45 de la ley de pequeñas causas consigna un mandato abiertamente inconstitucional por cuanto ordena al juez de pequeñas causas el libramiento de

10. Ley 599 de 2000. Art. 19 *las conductas punibles se dividen en delitos y contravenciones*

11. Art. 50 ley 906 de 2000 “.....los delitos conexos se investigaran y juzgaran conjuntamente “

12. ARTICULO 121 C.N. “ Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley “.

13. Ley 906 de 2000. ARTÍCULO 53. RUPTURA DE LA UNIDAD PROCESAL. Además de lo previsto en otras disposiciones, no se conservará la unidad procesal en los siguientes casos:

1. Cuando en la comisión del delito intervenga una persona para cuyo juzgamiento exista fuero constitucional o legal que implique cambio de competencia o que esté atribuido a una jurisdicción especial

mandato escrito de captura cuando la persona una vez declarada persona ausente no ha comparecido al proceso.

Ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional en indicar que para efectos del libramiento de un mandato escrito de captura, se ha de tomar en cuenta que efectivamente la detención o privación de la libertad sea necesaria proporcional y adecuada. De igual manera dicho mandamiento ha de tener unos fines constitucionales, radicados principalmente en evitar la obstrucción de la justicia y en garantizar la comparecencia al proceso o evitar el peligro de fuga para efectos del cumplimiento de la pena.

En la ley de pequeñas causas se faculta la expedición de una orden de captura posterior al trámite de persona ausente y únicamente con el fin de garantizar la comparecencia del presunto infractor desconociendo la naturaleza de la contravención, ya que la misma ley fija sanciones para algunas contravenciones que no son privativas de libertad, estableciendo solo arresto efectivo e ininterrumpido de un año (1) a dos (2) años para las contravenciones de los artículos 239-240-241-247-249 y 250 ¹⁴. Se desconoce con esta preceptiva los fines constitucionales de la privación de la libertad y de igual manera atenta contra el derecho a no comparecer resolviendo dicha antinomia en contra de la libertad como derecho fundamental. No es constitucionalmente legítimo que un funcionario judicial, como en este caso el Juez de pequeñas causas, afecte un derecho fundamental sin que exista motivos razonablemente fundados que justifiquen la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de afectación tan grave. Presume entonces la norma que el trámite de declaración de persona ausente es significativo de no comparecencia, pasando por alto el rigor de la figura y los fines constitucionales de la misma.

1.5 DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD

Cuando el Estado, por razones de política criminal, acertada o desacertada, establece que unas conductas tienen las características de contravención y otras tienen las características de delito, es porque ha hecho una definición que compromete no solo el impacto social, sino que igualmente manifiesta y expresa que todas aquellas conductas que tienen las características de contravención tienen no solo menos impacto social, sino que a través del tratamiento punitivo que se fija, aminora la gravedad de las mismas.

14. Al respecto valga hacer como comentario que la contravención de ABUSO DE CONFIANZA (CP 249) queda en la ley de pequeñas causas sin punibilidad alguna de acuerdo a lo que el mismo artículo indica en los párrafos primero y segundo

Ello indica que cuando ese mismo Estado determina que una conducta es contravencional, el tratamiento que se le ha de dar a la misma no puede ser ni igual ni más gravoso que el que se le da a las conductas que ha determinado sean constitutivas de delito.

1.5.1. DEL ARTICULO 18 DE LA LEY DE PEQUEÑAS CAUSAS

El artículo 18 de la ley 1153 de 2007 ¹⁵ niega la posibilidad de prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto en el evento en que el investigado registre antecedentes penales o contravencionales.

Se trata de la transcripción casi literal del artículo 34 del C. P. En su inciso segundo¹⁶ adaptado al caso de las contravenciones. Comparadas las dos preceptivas se tiene que de conformidad con la ley 1153, es más gravoso la comisión de una contravención culposa, teniéndose antecedentes, que la comisión de un delito culposo estando en la misma situación, es decir teniéndose antecedentes. En efecto, resulta de la comparación que cuando un ciudadano tiene antecedentes penales o contravencionales y realiza un delito culposo, éste tiene derecho a que se le de aplicación al artículo 34 del Código penal, pero cuando esta en la misma situación e incurre en una contravención culposa, dicho beneficio desaparece.

Si en el marco de una política criminal definida por el Estado se tiene que las contravenciones son asuntos que deben tener un tratamiento no solo diferente sino más benigno que el tratamiento de los delitos, resulta violatorio al derecho constitucional de la igualdad que en el caso de comisión de contravenciones se pierda una prerrogativa como es prescindir de la imposición de la pena por el solo aspecto de la existencia de antecedentes, y cuando se cometen delitos si se le pueda aplicar esa prerrogativa. Ello entonces conlleva a concluir paradójicamente que en un Estado Social y democrático de derecho, es más beneficioso cometer delitos que cometer contravenciones.

15. **ARTÍCULO 18. CONTRAVENCIONES CULPOSAS.** *En los eventos de contravenciones culposas, salvo los casos de registro de antecedentes penales o contravencionales, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto*

16. **LEY 599 DE 2000. ARTICULO 34. DE LAS PENAS.** *Las penas que se pueden imponer con arreglo a éste código son principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales. En los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria.*

1.5.2 DEL ARTICULO 19 DE LA LEY DE PEQUEÑAS CAUSAS

Igual comentario ha de predicarse del artículo 19 de la ley 1153¹⁷. Resulta de conformidad con éste, que en el escenario jurídico nacional, este Estado que se predica como un Estado Social y Democrático de Derecho que se fundamenta en el respeto a la dignidad humana adopta como política criminal sancionar en forma más gravosa las contravenciones, que por definición tienen menor entidad que los delitos y como consecuencia de ello, entonces quien comete delito tiene derecho a reducción punitiva por aceptación de cargos, acorde con la ley 906 de 2004, pero si incurre en una contravención, entonces se pierde dicha posibilidad, generando un tratamiento desequilibrado en términos punitivos para uno y otro, sin que exista una justificación para hacer de ese trato diferencial un fin constitucionalmente válido y que tenga como propósito el mantenimiento de situaciones de equilibrio.

1.5.3. DEL ARTICULO 20 DE LA LEY DE PEQUEÑAS CAUSAS

El mismo argumento de violación al derecho a la igualdad debe tomarse en cuenta con respecto al artículo 20 de la citada ley.¹⁸ Viola el derecho a la igualdad cuando señala como término prescriptivo de la pena, en tratándose de pena privativa de la libertad, el mismo que el código penal en su artículo 83 establece para los delitos cuando la pena privativa de la libertad es inferior a los cinco años¹⁹. Ello comporta un tratamiento desigual que no se justifica constitucionalmente, partiendo del criterio de que la ley de pequeñas causas fija una pena máxima de arresto de dos años (Art. 30 párrafo segundo). Por ello el término de prescripción de una contravención no puede ser igual al de un delito, cuando se toma como criterio que la primera es menos grave que el segundo, razón por la cual no pueden ser equiparados y fijarle los mismos términos prescriptivos.

17. LEY 1153 DE 2007. ARTÍCULO 19. REDUCCIÓN DE LA PENA POR ACEPTACIÓN DE LA IMPUTACIÓN. *Salvo en los eventos en que registre antecedentes penales o contravencionales, si en la audiencia preliminar el imputado aceptare su autoría o participación en la conducta contravencional, se le reducirá la pena imponible hasta en la mitad*

18. LEY 1153 DE 2007 ARTÍCULO 20. PRESCRIPCIÓN DE LA PENA. *La pena impuesta para las contravenciones que trata la presente ley prescribirá en el término fijado para ella en la sentencia o en el que falte por ejecutar. En caso que la pena sea privativa de la libertad la prescripción será de cinco (5) años, en los demás casos será de dos (2) años.*

19. LEY 599 DE 2000 ARTÍCULO 83. TERMINO DE PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL. *La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.*

1.5.4 DEL ARTICULO 54 y 55 DE LA LEY DE PEQUEÑAS CAUSAS.

También se vulnera el derecho a la igualdad con estos artículos ²⁰, ya que debe tenerse en cuenta que en el marco de la ley 906 de 2004 no hay impedimento alguno para que ante la existencia de antecedentes, pueda acudirse a la conciliación cuando ésta es requisito de procedibilidad o cuando la misma es paso previo para la posible aplicación de una suspensión del procedimiento a prueba o cuando la misma se desarrolla judicialmente. Al imponerse la prohibición de extinguir la acción contravencional como resultado del resarcimiento de la víctima a través de acuerdos conciliatorios ²¹ conlleva la practica de un trato discriminatorio sin justificación constitucional alguna que sea valida pues no es entendible que en materia de delitos y luego de haberse conciliado proceda la extinción de la acción penal y en eventos de menor daño social ²² se prohíba taxativamente la extinción de la acción contravencional.

2. CONCLUSIONES

Las anteriores reflexiones en torno a la ley de pequeñas causas, nos obliga a hacer un balance de la política criminal del Estado en cabeza del ejecutivo. SI bien no puede afirmarse la no existencia de una política criminal, el desarrollo legislativo de los últimos tres años solo permiten concluir que la política criminal actual, no tiene un norte al cual direccionarse y esta determinada, como ha sido ya costumbre, por las necesidades políticas coyunturales del momento para producir efectos

20. LEY 1153 DE 2007. ARTÍCULO 54. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL. *En cualquier momento, la víctima directa, sus herederos, sucesores y causahabientes, junto con el imputado o querellado, su defensor, el tercero civilmente responsable o el asegurador, podrán acudir a un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal, a efectos de conciliar los daños causados con la contravención. Cuando hubiere acuerdo como resultado de la conciliación, el conciliador enviará copia del acta al juez de pequeñas causas, éste lo aprobará si lo encuentra conforme a la ley y declarará extinguida la acción contravencional, salvo en los casos en que la persona registre antecedentes penales por delito o contravención.*

LEY 1153 DE 2007. ARTÍCULO 55. CONCILIACIÓN JUDICIAL. *En cualquier momento durante el desarrollo del proceso y hasta antes que se profiera sentencia, el juez podrá instar a las partes para que concilien y podrá proponer las fórmulas de arreglo que estime justas. Igualmente, el querellante y querellado, de común acuerdo, podrán solicitar al juez que realice una conciliación. Si el querellante o querellado llegan a un acuerdo, el juez lo aprobará si lo encuentra conforme a la ley y declarará extinguida la acción contravencional, salvo en los casos en que la persona registre antecedentes penales por delito o contravención. Si el acuerdo fuere parcial en el caso de concurso de contravenciones, el proceso continuará respecto de lo no conciliado y será resuelto en sentencia. En las audiencias de conciliación podrán intervenir el tercero civilmente responsable y el asegurador de la responsabilidad civil amparada en virtud del contrato de seguro válidamente celebrado. En lo pertinente, la conciliación se regulará por lo previsto en la ley 640 de 2001.*

21. *Téngase en cuenta que una de las tantas finalidades que se le atribuyen a la conciliación es facilitar la participación de la víctima en la solución del conflicto, además de que a través de éste mecanismo puedan quedar satisfechos sus derechos fundamentales de verdad, justicia y reparación en el entendido de que se trata de un mecanismo alternativo que igualmente se enmarca dentro de los criterios de eficiencia y economía procesal.*

22. *Solo así puede entenderse que una conducta pase de ser delito a ser contravención*

de propaganda o marcos de opinión favorables ante circunstancias de dificultad política concreta.

Durante los últimos tres años la sociedad colombiana ha visto emerger la ley 906 de 2004 que implementa el régimen procesal para el sistema acusatorio, en donde se intenta por primera vez, en términos de legislación sistemática, el establecimiento de un procedimiento penal con fundamento en el bloque de constitucionalidad y con aplicación del respeto a los derechos fundamentales con base en el concepto de un Estado Social y Democrático de Derecho que se fundamenta en el respeto a la dignidad humana y en donde la afectación de los derechos fundamentales, en especial el de la libertad, debía ser excepcional, acatando los tratados internacionales de derechos humanos, un proceso penal que busca la humanización de la justicia, la celeridad, la economía procesal, la participación de los actores en la solución del caso, un proceso penal que implementa diversas formas alternativas para la solución del conflicto, formas que van desde la conciliación, la mediación, el principio de oportunidad, los acuerdos y las negociaciones, la aceptación de imputación, así como el establecimiento de consecuencias punitivas ante el sometimiento de las formas anticipadas de terminación del proceso, o justicia premial. Desafortunadamente algunos sectores sociales que no han logrado dimensionar esa cultura de los derechos humanos y su praxis proponen con uno u otro argumento el ingreso al circuito judicial de normas que de una u otra manera comienzan a desvertebrar la sistemática de la ley 906 de 2004 y los fines propios de un sistema penal acusatorio, que materializados en el acto legislativo 003 de 2002 tuvo como propósitos esenciales la aproximación razonable a la verdad, la realización de la justicia, el respeto a los derechos de los intervinientes y la flexibilización de las normas sustanciales procesales²³.

Es así como en la ley de infancia en su artículo 199 se prohíben en general los acuerdos y negociaciones y las rebajas de pena correspondientes cuando las víctimas son niños. No significa ésta afirmación que no deben prevalecer desde la perspectiva constitucional los derechos de los niños. Se quiere con ello indicar que dichos mecanismos (rebaja de pena por aceptación de imputación y los acuerdos y negociaciones) se habían convertido en la práctica judicial en la forma más viable, y expedita de llegar a la sanción penal en los delitos atentatorios de la vida e integridad personal, la libertad personal y la integridad sexual siendo víctimas los niños y adolescentes.

23. *Los nuevos fundamentos de las pruebas penales: Una reflexión desde la estructura constitucional del proceso penal colombiano.* José Joaquín Urbano Martínez. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Consejo Superior de la Judicatura. 2004

De igual manera con la ley 1142 de 2007, se amplía el marco de aplicación de la detención preventiva, convirtiendo ésta en la regla y no en la excepción, se reducen las exigencias para la imposición de una medida de aseguramiento, se prohíbe la detención domiciliaria para un amplio espectro de conductas punibles, se aumenta la punibilidad de manera abrupta todo ello en el supuesto de una seguridad democrática con miras a eliminar la supuesta sensación de impunidad que en la exposición de motivos de la ley nunca fue demostrada.

Pero resulta por demás irónico que se argumente que las conductas más cotidianas son las que generan la sensación de inseguridad, se incrementen las penas para las mismas y a la par se implemente otro tipo de leyes que teniendo en cuenta consideraciones políticas fundamentadas en la paz, propósito por demás loable, implementen penas más benignas para conductas que revisten suma gravedad, generando una desproporción punitiva que no resiste la lógica. Para ello basta un ejemplo. Para los beneficiarios de la ley de justicia y paz la máxima punibilidad está contemplada en ocho (08) años. Con la ley 1142 de 2007, el hurto de un celular, de un contador de agua, se convierte por se en hurto calificado con una punibilidad mínima de cinco (05) años y máxima de doce (12) años. Y si lo realizan dos personas se incrementa la punibilidad de la mitad a las tres cuartas partes, es decir que este hurto en concreto tendría una pena mínima de 7.5 años como mínimo y de 21 años como máximo, pena que confrontada con la de la ley 975 resulta desproporcionada atendiendo el impacto social que genera la comisión de una y otra conducta.

Pero así mismo son inexplicables los giros de la política criminal actual. Con la ley 1142 de 2007 de junio 28 el hurto calificado de conformidad con el artículo 241 numerales 3 y 4, norma en la que por regla general se enmarca el hurto de residencia, tiene una punibilidad de seis (06) años a catorce (14) años. En la exposición de motivos de la ley 1142 ese hurto fue argumento para el incremento punitivo de los delitos contra el patrimonio económico pues se mostró una estadística de 14.777 eventos. Un mes más tarde se aprueba la ley 1153 de 2007 (julio 31) y ese mismo hurto pasa a ser contravención con punibilidad de uno (1) a dos (2) años.

Estos simples ejemplos han de poner en alerta a los operadores jurídicos y a quienes tienen un compromiso con el Estado Social y Democrático de Derecho. La política criminal del Estado debe ser fijada a largo plazo, debe ser estable de manera tal que consolide la naturaleza del Estado que predicamos y no puede estar sujeta a intereses electorales de momento o a la superación de márgenes de opinión desfavorables.

De continuarse con ésta tendencia y en la medida que las reformas a la ley penal se aparten de los fines constitucionales que soportaron el acto legislativo 003 de

2002, que los controles constitucionales al ejercicio punitivo del Estado se hagan más laxos, flexibles y relajados y que la libertad se convierta paulatinamente en la excepción y no en la regla, en esa medida se estará perdiendo la estructura de un Estado Social y democrático de derecho que se fundamenta en el respeto a la dignidad humana y en esa medida se estará generando mayor sensación de inseguridad ciudadana en la sociedad colombiana porque los temores no se cifraran en las acciones de la delincuencia sino en la inestabilidad de una política criminal acorde con los postulados constitucionales.

5. PROCEDIMIENTO LEY 1153 DE 2007

Autor: Javier Garcia Prieto.

Juez 48 Penal Municipal con Funcion de Control de Garantías.

INTRODUCCION

La ley de pequeñas causas-ley 1153 de 2007- o ley de contravenciones se desarrolla en sesenta (60) artículos los cuales están clasificados en tres(3) títulos y un total de trece (13) capítulos..

En cuanto a lo específico de los procedimientos se condensan en el título III, a partir del artículo 34, subdividido dicho título en seis (6) capítulos. Una primera parte que se extiende entre los artículos 34 a 41, que con base en una interpretación sistemática de la norma debería corresponder a un capítulo V del título I (es decir la parte General) pero quedo inserto como un capítulo I del Título III, es decir de los procedimientos. Un capítulo II que especifica el procedimiento ordinario, el capítulo III que trata de procedimiento en flagrancia (una especie de abreviado), el capítulo IV que trata de la medida y de la libertad, el capítulo V , de la conciliación y el capítulo VI que trae las disposiciones finales.

La ley de pequeñas causas o ley de contravenciones, establece en términos generales dos procedimientos centrales. Uno que se denomina PROCEDIMIENTO ORDINARIO y otro con el cual se tramitan los casos en donde se ha efectuado una captura en flagrancia, llamado así por la ley, PROCEDIMIENTO EN CASO DE FLAGRANCIA.

Cada uno de ellos va a tener diversas variantes en su desarrollo procedimental teniendo en cuenta si se trata de un caso en averiguación de responsables, de un caso en donde hay querrelado conocido y los trámites que se derivarían si hay aceptación o no de cargos en la audiencia preliminar De igual modo en los casos de flagrancia también surgirían variantes en casos de aceptación o no de cargos.

Por ello para efectos de estas líneas se iniciara con la descripción de lo que sería en primer lugar el trámite ordinario, pues a partir de éste se podrán establecer las diferentes variantes del procedimiento atendiendo a algunas particularidades específicas. De igual manera se procederá con el caso del procedimiento en flagrancia.

Partiendo de lo anterior se presentan grosso modo cinco (5) variantes procedimentales, que se derivan del procedimiento ordinario en averiguación de responsables, tanto cuando no se logra la individualización del probable autor o participe, como cuando se logra dentro del término, y cuando se presenta querrela con querrellado conocido, se aceptan o no los cargos o hay obligación a acudir al trámite de persona ausente.

En el procedimiento en flagrancia emergerían dos (2) variables, determinada cada una de ellas por la aceptación o no de los cargos.

1. COMPORTAMIENTOS QUE SE CONVIERTEN EN CONTRAVENCIONES

Previo al desarrollo de cada uno de los procedimientos, conveniente es primero, indicar que todos los aspectos de la dogmática y del derecho penal sustancial como procesal consagrados en las leyes 599 de 2000 y 906 de 2004, aplican a la ley 1153 de 2007 por mandato expreso del artículo 1, razón por la cual las discusiones y problemáticas que se generan en estas se trasladan al ámbito de la presente ley, por lo cual no pueden ser desconocidas, por el solo hecho de que se trata de contravenciones las líneas jurisprudenciales que con referencia a la ley 906 y al sistema acusatorio ha sido producida tanto por las Cortes, Constitucional y Suprema, como por los diferentes Tribunales a nivel Nacional y ser aplicadas en lo pertinente con la presente ley.

Se resalta en especial, todo aquello referente a los derechos fundamentales, a la visión constitucional de los procedimientos, a la aplicación del Bloque de Constitucionalidad, los principios rectores de la ley 906, las normas sustanciales del Código Penal y 906 y los principios rectores.

De igual manera también es conveniente así sea en forma enunciativa indicar los comportamientos punibles que con ocasión a la entrada en vigencia de la ley 1153, se trasforman en contravenciones penales.

1.1 INTEGRIDAD PERSONAL

Se convierten en contravenciones las conductas descritas en el artículo 112 LESIONES PERSONALES DOLOSAS CON INCAPACIDAD PARA TRABAJAR O ENFERMEDAD QUE NO PASE DE TREINTA (30) DIAS.

1.1.1 La ley 1153 fija consecuencias punitivas de arresto efectivo e ininterrumpido de seis (6) a un año (12 meses) cuando la incapacidad no pasa de DIEZ (10) días y no se presenta secuela alguna .

1.1.2 Cuando la incapacidad o enfermedad es entre los once (11) y los treinta (30) días sin secuelas se duplica la pena y queda ARRESTO EFECTIVO de uno (1) a dos (2) años.

1.1.3 Cuando en las lesiones personales dolosas concurren las agravantes del artículo 104 del Código penal, se aumentan las penas de una tercera parte a la mitad.

1.1.4 El artículo 27 de la ley de pequeñas causas indica que cuando la víctima de las lesiones personales contravencionales sean niños o niñas menores de 14 años, las penas se aumentarían al doble.

Este inciso final de artículo 27 de la ley de pequeñas causas presenta diversas complejidades que se van a materializar cuando durante el trámite de la audiencia preliminar se maneje la controversia referente a las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones y nulidades ya que en virtud de la remisión expresa de la ley de pequeñas causas, los citados temas se resuelven al tenor de lo dispuesto en la ley 906.

Y va a ser de complejidad el punto por cuanto hay una diversidad de normas que tienen vocación de ser aplicadas en lo que tiene que ver con este inciso final del artículo 27 pues nos encontramos con la norma de la 1153 de 2007, pero así mismo hay que tener en cuenta que hay norma sobre violencia intrafamiliar recientemente modificada por la ley 1142 de 2007 e igualmente ha de tomarse en cuenta el artículo 199 de la ley 1098 de 2004 o ley de infancia. Obsérvese como en este solo caso la tipificación de una lesión en un niño o niña puede ser interpretado en el caso de vínculos consanguíneos como una lesión agravada contravencional o como delito de violencia intrafamiliar

1.1.5 Así mismo se convierte en contravención la conducta descrita en el artículo 13 del Código Penal, OMISIÓN DE SOCORRO por cuanto así es señalado por el artículo 29 de la ley de pequeñas causas

1.2 CONDUCTAS ATENTATORIAS DEL PATRIMONIO ECONOMICO

En materia de atentados contra el patrimonio económico, es en donde mayor número de conductas punibles se desplazan a la categoría de contravenciones. La regla general está determinada por la cuantía y en el caso del hurto calificado entra a jugar igualmente en tres casos como criterio la modalidad de la conducta todo ello cuando la cuantía establecida no supera los diez salarios mínimos. Tales conductas son

1.2.1. EL HURTO SIMPLE (ART. 239)-

1.2.2. HURTO CALIFICADO (Art. 240) siempre y cuando se presenten las circunstancias de los numerales 1-3-4, es decir 1. violencia sobre las cosas – 3. mediante penetración o permanencia arbitraria, engañosa o clandestina en lugar habitado o en sus dependencias inmediatas, aunque allí no se encuentren sus moradores- y - 4. con escalamiento, o con llave sustraída o falsa, ganzúa o cualquier otro instrumento similar, o violando o superando seguridades electrónicas u otras semejantes.

Hay que indicar en este punto que el HURTO DE LOS CELULARES cualquiera que sea la modalidad de comisión de la conducta no ingresa al campo de las contravenciones, ello por cuanto que con la ley 1142 de 2007, dicho tipo de comportamiento se comenzó a denominar hurto calificado y en razón además que está dentro de las excepciones que taxativamente se consagran en el artículo 30 de la ley de pequeñas causas, haciendo advertencia de la discusión que puede presentarse porque con la ley de pequeñas causas se exceptúa una expresión que no está en la ley 1142 y es la expresión “ bienes “.

1.2.3. HURTO CON CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA (Art. 241) en cuanto a los numerales 1-2-3-4-5-7-8-9-10-11. Aquí toca aclarar que queda como delito los hurto agravados de los numerales 12-13-14-15 y además del numeral 8, lo concerniente a el hurto cuando se trata de GANADO DE CABEZA MAYOR O MENOR .

1.2.4. HURTOS ATENUADOS (Art. 242) tradicionalmente conocidos como Hurto de Uso y Hurto entre condueños

1.2.5. ESTAFA (Art. 246)

1.2.6. ESTAFA AGRAVADA (Art. 247)

1.2.7. FRAUDE MEDIANTE CHEQUE (Art. 248).

1.2.8. ABUSO DE CONFIANZA (Art. 249). Es de anotar que de conformidad con lo que se indica en los parágrafos 1 y 2 del artículo 30 de la ley de pequeñas causas, esta modalidad de abuso de confianza queda desprovista de punibilidad.

1.2.9. ABUSO DE CONFIANZA CALIFICADO (Art. 250)

1.2.10 APROVECHAMIENTO DE ERROR AJENO O CASO FORTUITO (Art. 252)

1.2.11. DISPOSICIÓN DE BIEN GRAVADO CON PRENDA (Art. 255)

1.2.12. DEFRAUDACIÓN DE FLUIDOS (Art. 256)

1.2.13. PERTURBACIÓN DE POSESION DE BIEN INMUEBLE (Art. 264)

1.2.14. DAÑO EN BIEN AJENO (Art. 265)

1.2.15. DAÑO EN BIEN AJENO AGRAVADO (Art. 266)

1.3 CONDUCTAS CONTRA EL SENTIMIENTO RELIGIOSO Y RESPETO A LOS DIFUNTOS

Todas las descripciones típicas que están en el capítulo noveno (9) del Título III del Código Penal se convierten en contravenciones de conformidad con el artículo 33 de la ley 1153 de 2007. Ellas serían.

1.3.1. VIOLACIÓN A LA LIBERTAD RELIGIOSA (Art. 201)

1.3.2. IMPEDIMENTO Y PERTURBACIÓN DE CEREMONIA RELIGIOSA (Art. 202)

1.3.3. DAÑOS O AGRAVIOS A PERSONAS O A COSAS DESTINADAS AL CULTO (Art. 203)

1.3.4. IRRESPETO A CADÁVERES (Art. 204).

1.4 CONTRAVENCIONES CONTRA LA SALUD PUBLICA

Mediante los artículos 31 y 32 de la ley de pequeñas causas ingresan en la orbita de conductas objeto de reproche penal dos comportamientos que se presentan como protectores del bien jurídico de la salud pública y cuya descripción típica en los términos en que queda, va a presentar diversas problemáticas, fundamentalmente en lo que tiene que ver con el concepto de libre desarrollo de la personalidad. Tales comportamientos consisten en:

1.4.1. CONSUMO DE SUSTANCIAS EN PRESENCIA DE MENORES (Art. 31).

1.4.2. CONSUMO DE SUSTANCIAS EN ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO O DOMICILIO (Art. 32)

2. DEL PROCEDIMIENTO EN LAS PEQUEÑAS CAUSAS

2.1 ALGUNOS ASPECTOS GENERALES Y PROBLEMÁTICOS

La ley 1153 de 2007, implementa dos grandes estructuras procedimentales consistentes en un procedimiento cuando no hay captura en flagrancia, al cual denomina procedimiento ordinario y un procedimiento sumario, breve, que se deriva de la captura en flagrancia y que denomina PROCEDIMIENTO EN CASO DE FLAGRANCIA.

Cada uno de ellos va a tener diversas modalidades para el desarrollo de las actividades de los Jueces de pequeñas causas. Es así entonces que el PROCEDIMIENTO ORDINARIO podría tener dos variables centrales. Una cuando se trata de averiguación de responsables y otra cuando se trata de una querrela en la que se precisa individualizar o identificar al o los probables autores o partícipes de la infracción. Así mismo el procedimiento en averiguación de responsables tendría dos variables. Una cuando no se logra identificar o individualizar al probable o probables autores o partícipes y otra cuando a través de las actividades de investigación de la Policía Nacional, se logra la misma. Cuando se trata de querrelas contra persona determinada el procedimiento tendría a su vez diversas variables, determinadas la primera de ellas por la aceptación o no de los cargos y la segunda determinada por la no comparecencia del infractor que conllevaría al trámite de persona ausente.

Ahora bien, entratándose del procedimiento en flagrancia, también se generan dos variables centrales determinadas por la aceptación o no de los cargos.

Para efectos de la comprensión global de los trámites consignados en la ley 1153 de 2007, señalaremos inicialmente los aspectos correspondientes al procedimiento ordinario, para que teniendo como base éste se pueda generar el entendimiento de las otras variables que se pueden generar.

Lo primero que se debe recordar es que en la ley de pequeñas se implementa la oralidad en los procedimientos y que de conformidad con el artículo 1 de la misma debe ser de obligatoria aplicación “ de manera armónica y sistemática, el bloque de Constitucionalidad, la Constitución Política, los principios rectores y las normas del código penal y de la ley 906 de 2004 “¹. Ello conlleva entonces a insistir que la sistemática que se ha estado desarrollando con base en la ley 906 de 2004 ha de ser aplicada en lo pertinente cuando de interpretar la ley de contravenciones se trate.

1. Art. 1 ley 1153 de 2007

Este punto es de significativa importancia, que debe ser manejado por los Jueces, claro está, en el entendido que la aplicación ha de darse dentro de un contexto sistemático y no de antagonismo pues algunas normas bien podrían producirnos esa sensación, dado que en la ley de pequeñas causas se hacen nuevas propuestas de carácter procedimental, particularmente en lo que tiene que ver (1) con el ejercicio de acciones punitivas, que se delegan a los particulares y (2) en cuanto que el Juez que tramita lo concerniente a la audiencia preliminar y la de juzgamiento es el mismo

Sin entrar a discutir la probable inconstitucionalidad de la ley de pequeñas causas, dado que no se trata con el presente material de centrarse en esa discusión, basta recordar e insistir en que los marcos de definición de carácter constitucional son los mismos. Que los principios rectores del Código Penal y de Procedimiento se aplican en este procedimiento y que todo el espectro jurisprudencial y legal en materia de derechos y garantías fundamentales tiene igualmente aplicación.

Para efectos del entendimiento de la ley 1153 de 2007, los primeros conceptos que hay que tener claros es que el ejercicio de la acción contravencional fue delegado a los particulares y ello se desprende de los artículos 44 y 50, el primero de ellos en cuanto al procedimiento ordinario y el segundo en lo que toca al procedimiento en caso e flagrancia.

En efecto las normas en cita indican que el querellante deberá hacer la precisión de los hechos y el Juez al finalizar la audiencia, en el caso del procedimiento ordinario (Art. 44) “ instará al querellante o a su abogado para que precise la calificación de los cargos ” y en el caso del procedimiento en flagrancia el querellante formula la querrela respectiva y si no esta presente se le nombra un abogado de oficio quien “ hará la imputación ”.

Ello significa que necesariamente la imputación que se haga por parte del querellante o de su abogado debe tener los componentes fáctico y jurídico.

Aquí comienza a gestarse las primeras confusiones en la interpretación de la ley pues en el articulo 44 la exigencia es de precisión de los hechos y pretensiones por parte del querellante, ya que se tiene como presupuesto que se ha presentado querrela, y en el parágrafo final de la norma es el juez el que insta bien sea al querellante o a su abogado para que precise la calificación de los cargos.

Si la ley 1153 remite a la ley 906 la discusión que surge se concreta en el papel que el Juez de Pequeñas Causas debe cumplir en desarrollo de las audiencias preliminares. ¿ como y en que términos interviene el juez para efectos de la imputación jurídica ?. ¿ Su papel consiste en corregir la adecuación típica que

haga el denunciante o su abogado ? o ¿ su papel consiste en insistir en la precisión de los mismos sin que ello signifique sugerencia alguna en torno a la calificación jurídica (que en otros términos es adecuación típica de los hechos) de los cargos contenidos en la imputación, dado el inciso final del artículo 44?.

Otro aspecto que la ley no resuelve es el consistente con las infracciones contravencionales de los artículos 31 y 32 de la ley 1153 de 2007, teniendo en cuenta que el titular del bien jurídico es la sociedad. Cuando se trate de este tipo de contravenciones quien hace la imputación ?. ¿ El Ministerio Público, ? ¿ el defensor de familia en consideración a que tanto la una como la otra sancionan los comportamientos por la presencia de menores ?

Otro punto problemático se genera con el procedimiento en flagrancia pues el artículo 50, para efectos de la audiencia preliminar indica que el querellante debe estar presente para que formule la querrela respectiva (que no necesariamente implica adecuación típica de los hechos) pero en el caso en que no esté presente es el abogado de oficio de la víctima quien hace la imputación que implica los componentes fáctico y jurídico.

No menos compleja resulta la remisión que hace la ley 1153 de 2007 al procedimiento de la ley 906.

De acuerdo con el texto de la ley, el mismo juez que tramita la audiencia preliminar, bien por el tramite ordinario o bien por el tramite de flagrancia, es el mismo juez que tiene que asumir la audiencia de juzgamiento. Ello ya de por si rompe con los presupuestos de imparcialidad y objetividad que hacen que en la ley 906 sean diferentes los Jueces que actúan en calidad de Garantías o de conocimiento.

Otro aspecto que va a ser neurálgico en la audiencia preliminar es lo referente a las pruebas, pues de igual manera la ley de pequeñas causas remite a la ley 906 y ya sobre este tópico la Honorable Corte Constitucional ha hecho pronunciamientos, los que por remisión del Art. 1 deben ser de aplicación en el procedimiento de la ley 1153 de 2007. ²

También reviste complejidad, dada la remisión a la ley 906 de 2004, lo que tiene que ver con la legalidad de la recolección de las evidencias y elementos materiales probatorios cuando dicho acopio ha de obtenerse con la necesaria violación de los derechos fundamentales. Para fines de ilustración supongamos dos eventos. Aquel

2. Sentencia C- 396-07 que analiza el artículo 361 de la ley 906 y mediante la cual se declaró la exequibilidad del mismo consistente en la prohibición del decreto oficioso de pruebas.

en el cual la Policía Nacional a través de las investigaciones que debe adelantar ubica el paradero de los bienes que fueron objeto de un hurto de residencia (Art. 240 numeral 3) y para su recuperación se requiere de un allanamiento. ¿ Como debe actuar ese funcionario?, ¿ ante quien acudir para obtener dicha orden ?, ¿ debe el Juez de Pequeñas causas dar dicha orden ? ¿ Quien hace la solicitud de allanamiento, la policía o el particular victima?.

Otro ejemplo. En los casos en los cuales el ciudadano es objeto de atentado contra su patrimonio a través del Internet. (pago de servicios públicos domiciliarios-retiros fraudulento de cualquier otro genero), casos éstos que la Fiscalía General de la Nación venía adecuando típicamente o bien a través de la estafa o bien como Hurto calificado en su numeral 4 (superando seguridades electrónicas u otras semejantes), conductas éstas por lo general inferiores a los 10 salarios y que para su investigación requieren de la emisión de la orden de búsqueda selectiva en base de datos actividad ésta que de conformidad con la sentencia C-336-07 debe ser sometida a control previo por parte de un Juez de Garantías. En el contexto de la ley de pequeñas causas quien ejerce ése control ?. Y surgen los mismos interrogantes anteriores o quizás más.

Por ultimo, otro inconveniente y que se desprende del artículo 40 de la ley es que no hay un mínimo de referencia con el cual pueda definirse lo que significa un trámite especial

Indudablemente que no son solo estos, sino que surgirán infinidad de interrogantes que emergen como consecuencia de la remisión que la ley de pequeñas causas hace a la ley 906 de 2004.

Pero si algo ha de quedar claro a todos los jueces que asuman la función o el cargo en los términos de la ley 1153 de 2007, es que no porque se llamen contravenciones, no por ello deja de producirse afectación de derechos fundamentales que deben ser objeto de control por parte de la jurisdicción y que dicho control es de carácter esencialmente constitucional.

2.2 INCOMPETENCIA, IMPEDIMENTOS, RECUSACIONES Y NULIDADES

Unas breves reflexiones en torno a las incompetencias impedimentos recusaciones y nulidades recusaciones.

La ley 1153 de 2007 en sus artículos 44 y 50, la primera de ellas que describe el procedimiento ordinario y la segunda el trámite cuando se trata de flagrancia, remite en esta materia de la ley 906 de 2004, es decir a los artículos 54 a 65 de ésta ley

En esa orientación con la entrada en vigencia de la ley 1153 de 2007, viable es que se presenten colisiones de Fiscalía y Jueces, colisiones entre jueces o solicitudes de los intervinientes que converjan en esta temática.

Atendiendo entonces a que se remite a la ley 906 de 2004 para efectos del trámite de las mismas, en el caso que se presente una colisión entre Fiscalía y jueces, que sería propiamente un conflicto de jurisdicción, éste tendría que ser resuelto por las Sala disciplinarias tanto del Consejo Superior de la Judicatura o los Consejos Seccionales de la Judicatura según el caso, y entratándose de otra serie de conflictos, los mismos tendrían que ser resueltos por las Salas de Decisión de los Tribunales Superiores o por la Corte Suprema si es el caso.

Hay igualmente una expresión contenida en el artículo 40 de la ley de contravenciones que no hay referencia para su interpretación. Se trata de los trámites especiales.

No hay claridad para poder interpretar que es un trámite especial en el contexto de la ley de contravenciones y ello porque tampoco en la ley 906 de 2004 se tiene referencia a ello de la manera general como se expresa en la ley 1152 de 2007. Quizás lo más aproximado que pudiera pensarse, y ello acudiendo más a la imaginación que a la reflexión sistemática, sería circunstancias especiales en las cuales se tenga que acudir a prácticas propias de la ley 906 de 2004, como sería el caso de los allanamientos (por decir en un hurto) o la búsqueda selectiva en base de datos (por decir en una estafa) casos en los cuales se habrían dificultades en virtud a que para efectos de los allanamientos no se puede hacer remisión a la ley 906 en consideración a que en la ley de pequeñas causas la Fiscalía desaparece del escenario jurídico procesal y esa facultad de emitir dichas ordenes sin previo control están asignadas por mandato constitucional de manera privativa a la Fiscalía General de la Nación y con respecto a la búsqueda selectiva en base de datos se tendría que hacer control previo de dicha actividad, pero nos encontramos ante el problema de quien emitiría la orden y en atención a una interpretación lo más cercana posible a la ley 906 y sin ánimo de problematizar el asunto y sin que ello signifique una toma de posición definitiva de quien escribe éstas líneas, -porque ello sería objeto de controversia- le correspondería la emisión de dicha orden (1) a la policía que cumpla las funciones de policía judicial en las contravenciones con control previo de un juez que sería de garantías, y que necesariamente tendría que ser del Sistema Penal Acusatorio, o (2) Que la orden de allanamiento la expida el Juez de pequeñas causas, lo que genera el inconveniente de que inexorablemente queda incurso en causal de incompetencia, (para estos casos, siendo ellos solo ejemplos) del artículo 56 de la ley 906 y por efectos de la remisión concreta que hace la ley 1153. Interesante asunto que el desarrollo de ésta ley de pequeñas causas, tanto en sus aspectos prácticos como jurisprudenciales, nos estarán dando

las soluciones respectivas pues ya la simple proposición primera está generando la solución a un interrogante ¿ Es competente el Juez de Garantías del SPA para el ejercicio de control de Garantías en ley 1153 de 2007 ?

2.3. DEL TRAMITE ORDINARIO

Se indicó anteriormente que desde el punto de vista metodológico se daría la visión de un procedimiento ordinario teniendo en cuenta las siguientes variables 1. Hay una denuncia 2. el querellado está plenamente individualizado 3. Ese imputado comparece al proceso 4. No hay discusión en torno a las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones y nulidades y 5 El imputado no acepta los cargos 6. El querellante comparece a la audiencia.

El primer paso dentro del procedimiento ordinario consiste en la presentación de la querella.

Para tal fin la ley de pequeñas causas (Art. 42) establece un formato en el cual se consignaran los datos correspondientes al caso tal como lo señala dicho artículo. Ha de indicarse que la no presentación de la querella en el formato que prepara el Consejo Superior de la Judicatura, no puede ser motivo para efectos de no recepcionar dicha querella. Téngase en cuenta que para efectos de la recepción de las mismas se encuentran habilitados todos los puntos que la administración pública en general ha establecido y a los cuales puede acudir un ciudadano con miras a presentar una queja cualquiera que ella sea (estaciones de policía-Urispersonerías-etc). Le corresponderá al servidor público que la recepcione remitir la misma a la autoridad competente que en el presente caso sería el Centro de Servicios o bien el Juez que esté en turno para aquellos sitios en donde por aspectos logísticas no pueda implementarse un centro de servicios.

El artículo 42 hace especial énfasis en la colaboración que el servidor público debe prestar al ciudadano y tal colaboración debe centrarse en los puntos contentivos de la querella, de tal manera que se permita tener una visión panorámica del caso. De particular importancia se convierte la precisión que el querellante debe hacer acerca de los daños y perjuicios ocasionados con la conducta contravencional, aspecto que no puede ser confundido con la cuantía de la infracción, al momento de cometerse la misma, pues anualmente ésta cuantía va a ser determinada por los salarios mínimos legales mensuales vigentes. La querella igualmente deberá contener las solicitudes correspondientes a la acreditación de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta contravencional, es decir que ha de incluir tanto peticiones orientadas a la acreditación de la responsabilidad contravencional como de los aspectos civiles en materia de daños y se concluye en ello porque al momento de proferir el fallo el Juez de pequeñas causas, la ley le faculta un

receso de hasta dos (2) horas para proferir el fallo en el que deberá pronunciarse sobre la reparación de las víctimas. En conclusión, pareciera que en el trámite contravencional ordinario no habría lo que en el SPA se tiene como trámite del incidente de reparación integral, ello porque a pesar de la remisión a la ley 906 no se encuentra oportunidad procesal para ello en lo contemplado en la ley 1153 de 2007. Debo advertir que este punto aún no ha sido suficientemente decantado, en virtud a lo confuso de la ley.

Recepcionada la querrela, desde el mismo centro de servicios se hará la citación a la audiencia preliminar o subsidiariamente, una vez hecho el reparto el juez correspondiente determinara hora, fecha y lugar de la misma, audiencia que debe ser celebrada dentro de los 30 días siguientes a la radicación de la querrela.

2.3.1 AUDIENCIA PRELIMINAR

Llegado el día y la hora de la practica de la audiencia preliminar lo primero a realizar es la identificación de las partes.

La norma refiere que el paso siguientes debe ser la discusión en torno a la causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones y nulidades y que una vez resuelto esto se procedería a la formulación de los cargos.

Se considera que lo pertinente ha de ser realizar primero los aspectos relativos a la precisión de los hechos y pretensiones por el querellante, dado que solo con base en dicha alegación es que se puede determinar la existencia o no de causal alguna de incompetencia etc, pues los asuntos atinentes a dicha alegación, deben tener un marco preciso y éste solo puede ser delimitado por los hechos, los cuales una vez conocidos por parte del Juez y de los demás intervinientes permitirán una toma de decisión al respecto al ser objeto de valoración y con ello verificar la posibilidad del trámite de los impedimentos etc.

Presentados los hechos y pretensiones por parte del querellante y ante la no aceptación de los mismos por parte del querellado se continua con el petitorio de pruebas. Aquí emerge un punto central de discusión y que debe ser resuelto con base en la norma de remisión del artículo 1 de la ley de pequeñas causas. Se trata del acto de imputación de los cargos. Atendiendo al inciso final del artículo 44, debe entenderse que no se trata de una simple precisión de los hechos, sino que igualmente ello conlleva la valoración jurídica de adecuación correspondiente, pues solo así puede tener sentido la posibilidad de allanamiento o no a los cargos. Es decir que en esa intervención se impone que el querellante o su abogado además de hacer la imputación fáctica haga imputación jurídica. Este acto de imputación deberá en lo pertinente, regirse por las reglas del artículo

288 de la ley 906 en cuanto a la individualización, la relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, pues téngase en cuenta que la contravención también comporta la estructura de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de conformidad con el artículo 2 de la ley. En el caso de las contravenciones no debería (sin perjuicio de que se dé) presentarse la discusión de la no exhibición de los elementos materiales de prueba y evidencia físicas en razón a que con la querrela y de conformidad con el artículo 42 de la ley, ésta debe contener “ la relación de todas las pruebas que se pretendan solicitar o aportar al proceso “ (Subraya y negrilla más). Es decir que se utiliza la misma condición exigible en el acto legislativo 003 de 2002 para el escrito de acusación a una simple querrela, referencia por demás inconveniente. En este acto de imputación ha de jugar un papel activo el Juez, sobre todo cuando se trata del ciudadano que no acude a la audiencia apoyado por un abogado. No se trata de que el Juez determine los hechos sino que oriente al querellante en el entendimiento jurídico de la conducta para efectos de igualmente garantizar los derechos del querrellado

Hecha la imputación deberá darse trámite por parte del juez a correr el traslado respectivo de los mismos y poner de presente el artículo 8 de la ley 906 de 2004 pues el artículo 1 de la ley 1153 de 2007 remite a los principios rectores de ésta, y debe tenerse en cuenta que el querrellado va a resultar eventualmente afectado con una pena que lleva incita indefectiblemente la limitación de su libertad sea ésta intramural o no por lo que el entendimiento de los cargos y el conocimiento pleno de sus derechos tienen la misma importancia trascendental que en la ley 906 de 2004.

Aquí debo abrir un paréntesis en consideración a que los artículos 31 y 32 de la ley 1153 de 2007 tipifica dos contravenciones que formalmente pretenden proteger el bien jurídico de la salud pública y a los niños y adolescentes.

Teniendo en cuenta los parámetros establecidos en la ley 1153 de 2007 y tratando de dar una interpretación sistemática de la norma y en consideración a que la ley igualmente hace remisión en su artículo 42 al artículo 71 de la ley 906, le corresponderá en concordancia igualmente con los artículos 81, 82 y 89 de la ley 1098 de 2006 o ley de infancia y adolescencia, ejercer al defensor de familia la función de querellante legítimo, cuando se trate de las contravenciones del artículo 31 y 32 de la ley de pequeñas causas (subraya y negrilla más) en concreto cuando el infractor o infractores sean los padres o representantes legales del niño o adolescente. Solo así podría materializarse una sanción con ocasión de alguna de estas dos contravenciones.

Una vez que el querrellado tiene pleno conocimiento de sus derechos se le interrogara sobre su aceptación o no de los mismos. Como estamos ante el supuesto

de que no hay aceptación, entonces en atención a los presupuestos lógicos que corresponderían al trámite procesal, el paso siguiente sería el de definir si procede o no procede el ARRESTO PREVENTIVO, discusión que estaría determinada a que fuese solicitada por el querellante o su abogado.

De conformidad con el artículo 52 de la ley de pequeñas causas solo procedería el arresto preventivo (1) cuando se ha declarado la legalidad de la captura y el querellado hubiere sido imputado por conducta constitutiva de delito o contravención dentro del año inmediatamente anterior aspecto éste que comprendería la flagrancia y (2) cuando sin que se hubiere presentado la captura en flagrancia el querellado “ registre condena anterior por delito o contravención prevista en ésta ley “. En torno a los criterios sobre la imposición del arresto preventivo es tema de otro apartado, no sin antes cuestionarnos como va a hacer el particular para obtener ese registro de antecedentes y como va a ser la relación que el particular tenga con la policía Nacional para efectos de los actos de investigación cuando se presenta la querrela y hay querrellado individualizado o que papel va a desarrollar el Juez de pequeñas causas en el punto en mención para efectos de que en la audiencia preliminar este acreditado ese registro de antecedentes. Una probable salida práctica, que también trae aparejada discusión, por lo que tiene que ver con los aspectos probatorios, es que el Juez de pequeñas causas haga dicha solicitud cuando avoca el conocimiento de la querrela

Resuelto lo anterior se procederá por parte del juez a dar el uso de la palabra al querellante para que haga su petitorio de pruebas y luego tal solicitud será realizada por la defensa y el querrellado.

Agotadas las peticiones probatorias el Juez procederá a decretar las mismas de conformidad con los parámetros de la ley 906 de 2004.

Aquí igualmente se traslada la problemática probatoria que se deriva de la aplicación de las reglas de la ley 906 de 2004 y quizás el asunto más intenso tenga que ver con el ordenamiento oficioso de pruebas.

Si se hace la remisión, como corolario de la misma es que los parámetros fijados por la Corte Constitucional, en materia de la prohibición del decreto oficioso de pruebas es aplicable a la ley de pequeñas causas. Y hay que inclinarse por dicha interpretación en razón a que es el mismo artículo 42 de la ley 1153 de 2007, exige al querellante “ la relación de todas las pruebas que se pretendan solicitar o aportar al proceso “ y porque del contexto de la ley se desprende que el ejercicio de la acción contravencional no es del Juez sino que es de parte, es decir del querellante, máxime cuando las conductas previstas requieren querrela y cuando la imputación se hace por intermedio del quejoso o su abogado.

En desarrollo de la audiencia preliminar, debe ser centro de atención para el Juez el instar y tratar hasta donde le sea posible que los interesados lleguen a la conciliación. En este terreno debe ser muy habilidoso el Juez pues de un papel activo en este aspecto depende no solo que el caso termine en ésta primera audiencia sino que las partes en conflicto lleguen a un buen entendimiento que cumpla con los cometidos de la justicia restaurativa, tomando en cuenta claro está las previsiones de los artículos 37 y 39 en donde hay una clara prohibición a la extinción de la acción contravencional por conciliación e indemnización integral cuando el contraventor registre antecedentes penales y contravencionales.

Tal sería el desarrollo en lógica de la audiencia preliminar cuando se presentan las variables indicadas anteriormente muy a pesar de que en la redacción de la ley se señala otro orden en el trámite. En conclusión los pasos serían los siguientes:

1. Presentación querella.
2. Tramites del Centro de Servicios o Secretaría del Juzgado correspondiente.
3. Audiencia preliminar.
 - 3.1 Instalación.
 - 3.2 Presentación e identificación partes.
 - 3.3 Precisión de los hechos y pretensiones por querellante.
 - 3.4 Definición de incompetencia.
 - 3.5 Imputación de cargos.
 - 3.6 Conocimiento al querellado de sus derechos.
 - 3.7 Interrogatorio sobre aceptación o no.
 - 3.8 Definición de la medida cautelar personal si es peticionada.
 - 3.9 Solicitudes probatorias.
 - 3.10 Decreto de las pruebas solicitadas.
 - 3.11 Fijación de fecha y hora de audiencia de juzgamiento dentro del termino de 10 días.

2.3.2 AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO.

El artículo 46 de la ley de pequeñas causas fija el desarrollo de la audiencia de juzgamiento comenzando por la instalación para posteriormente iniciar la practica de pruebas en las que se hace remisión a la ley 906 de 2004.

El aspecto más complejo del tramite contravencional va a tener como escenario precisamente la practica de pruebas porque al hacerse la remisión a la practica probatoria del Sistema Acusatorio, se le impone una carga al ciudadano que tiene que ver con la acreditación del testigo, el interrogatorio y contra-interrogatorio,

punto éste en el cual no puede intervenir el Juez, precisamente por la remisión a que hace referencia el artículo 46 y el artículo 1 de ésta ley.

Luego de la practica de pruebas proceden los alegatos de cada una de las partes en el orden de la ley 906, imponiéndosele al querellante o su abogado el análisis de la prueba practicada y la tipificación de la conducta sobre la cual se solicita la condena.

Una vez finalizado el debate probatorio se procede a un receso de dos horas para proferir el fallo debidamente motivado. Pareciera entonces que con la redacción normativa se tratara del fallo en si, pero teniendo en cuenta la remisión a la ley 906 de 2004, debe entenderse que se trata del sentido del fallo, pues si se interpreta literalmente no habría tramite de incidente, lo que representaría que la victima quedase desprotegida en su pretensión indemnizatoria, por lo que en razón al artículo 1 de la ley, tendría que darse inicio al tramite del incidente de reparación integral si a ello hubiere lugar.

2.3.3 DEL TRAMITE DE PERSONA AUSENTE

Es una variable que se consigna en el artículo 45 ante la no comparecencia del querellado, cuya declaratoria estará presidida por un riguroso examen por parte del Juez de pequeñas causas sobre las gestiones realizadas por la Policía Nacional para lograr dicha comparecencia, pues de no desarrollarse todos los esfuerzos posibles de realizar y de no tenerse un elemento de juicio que permita inferir la injustificada comparecencia no procedería dicha declaratoria.

En caso de verificación de los presupuestos para la declaratoria de persona ausente, el primer paso es la fijación de edicto en la secretaria del despacho por el término de 3 días y su publicación en pagina web de la Policía Nacional hasta el termino de prescripción de la pena. Una vez realizado esto procede una nueva audiencia en donde se continuara con el tramite de la declaratoria de persona ausente, nombramiento de defensor y los tramites ya señalados anteriormente.

La norma hace una referencia al libramiento de mandato escrito de orden de captura con el único fin de “ asegurar la comparecencia del presunto contraventor “, aspecto éste en el cual se debe tener mucha prudencia por parte de los jueces pues no se debe olvidar que la orden de captura tiene unos presupuesto de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad que le son inherentes, y el artículo 45 no hace distinción entre contravenciones con arresto o sin el, por lo que no sería viable librar ordenes de captura por contravenciones cuya sanción no sean de arresto efectivo, ya que se convertiría en excesiva tal medida. Debe igualmente el Juez

valorar el libramiento de dicha orden con el derecho que tiene el querellado a no comparecer, derecho consagrado en el artículo 8 de la ley 906 de 2004.

2.4 TRAMITE DE FLAGRANCIA

El artículo 49 refiere del tramite en flagrancia donde la actividad de la Policía es mas acentuada en tanto que como órgano de indagación e investigación es quien acude ante el Juez de Pequeñas causas, poniendo a disposición al capturado para efectos del tramite de la Audiencia Preliminar en la que luego de la instalación y presentación de las partes se procede al análisis de la captura, donde deberá hacerse la exposición por parte del aprehensor sobre los aspectos que dieron motivo a la retención de la persona. Aquí indudablemente que es más activo el papel del Juez en cuanto que puede interrogar sobre el tema a ese “testigo” para poder concluir si se cumple o no con una captura en flagrancia. Es de anotarse que para los casos de flagrancia la presencia del Ministerio Publico es de carácter obligatorio de conformidad con el artículo 41 de la ley 1153 de 2007. Una vez definida la legalidad o no de la captura deberá procederse a la precisión de los hechos y pretensiones por parte del querellante quien en ese instante instaura la querrela, se discutirá lo referente a la competencia, impedimentos, recusaciones y nulidades. En caso de no comparecencia de la victima, es deber del Juez nombrarle un abogado de oficio para que con éste se haga la imputación, desarrollándose los mismos pasos correspondiente al tramite ordinario. Aquí se presenta una incoherencia en la ley, pues en su tenor literal y ante el nombramiento de un defensor de oficio y la posibilidad de allanamiento a los cargos pareciera que procedería la discusión sobre el arresto preventivo, pero, nótese como el parágrafo primero del artículo 49 indica que de existir querrela se continuara con el procedimiento ordinario, pero que ante la ausencia de ésta, la actuación quedará en el centro de servicios judiciales a la espera de que se presente la misma o se produzca la caducidad, razón por la cual no tiene sentido, que a pesar de la captura en flagrancia, su declaratoria de legalidad y ante la ausencia de la victima se continúe con nombramiento de defensor de ésta para que por su intermedio se formule la imputación, se de posibilidad de allanamiento cuando no se ha cumplido con el presupuesto procesal sustancial de la querrela y las diligencias tenga que esperar la presentación de la misma en el centro de servicios o en la secretaria del juzgado.

Acorde con lo señalado en el parágrafo primero, ante la ilegalidad de la captura o la no comparecencia del querellante, no podría el juez darle continuidad a la formulación de los cargos por intermedio de un defensor de oficio pues ante la inexistencia de querrela, no hay presupuestos procesales sustanciales para posteriores tramites por lo que si no comparece la victima, el juez se vera obligado

a tramitar solamente lo referente a la legalidad de la captura y tendrá que disponer la libertad del capturado.

3. CONCLUSIONES

La ley 1153 de 2007, resulta ser compleja en su desarrollo operativo, pues a pesar de que instaura la oralidad en los procedimientos, es quizás lo único que tiene de común con el Sistema Penal Acusatorio. Al remitir la ley a los procedimientos aplicables en la ley 906 en donde hay dos partes claramente diferenciadas, en donde hay un Juez de Garantías y otro de conocimiento, en donde hay una clara diferenciación de funciones en general, en donde no hay practica oficiosa de pruebas, y al prever la ley de pequeñas causas un solo Juez para que tramite tanto la audiencia preliminar como la audiencia de juzgamiento, ya de por si la remisión se hace compleja en su aplicación y se hacen aparentemente incomprensibles algunos aspectos del procedimiento de la ley de contravenciones. Estas primeras líneas no son definitivas, se trata de una primera observación del panorama.

4. PROCEDIMIENTO.

*Autor: Luis Fernando Ramírez Contreras
Juez 18 Penal del Circuito de Bogotá*

El procedimiento en las pequeñas causas es diferente si hay situación de flagrancia en la realización de la conducta contravencional, o no la hay.

NO FLAGRANCIA

Cuando no hay flagrancia, es decir, cuando el ciudadano víctima o quejoso que cree que ha sido cometida una contravención en contra sus intereses, se dirigirá él personalmente al Centro de Servicios o secretaría del Juzgado Municipal que esté conociendo de las pequeñas causas. Si no sabe como entablar una querrela, ese centro de servicios o secretaría le indicará cómo llenar un formato que establece el Consejo Superior de la Judicatura por orden de la ley; llena allí los datos

Cuando dentro de los 6 meses no se logra establecer quien es el autor de la conducta contravencional, el centro de servicios presentará un informe al juez basado en uno de la policía sobre la imposibilidad de encontrar quien es el autor, y con ese informe el juez deberá tomar la decisión de Archivo de ésta actuación. Esa decisión, como es una decisión trascendental para la actuación y para los intereses de la víctima, debe serle comunicada y está sujeta a recursos ordinarios.

Permanecerá en archivo ésta actuación, hasta cuando se conozca nueva noticia, haya nuevos elementos de conocimiento que permitan afirmar que determinada persona es autora de la contravención. El archivo será provisional por 5 años, porque la acción contravencional tiene prescripción de 5 años. Entonces, si aparecen nuevos elementos de conocimiento se desarchivará esa actuación y se dirá que hay autor conocido y que la acción no ha prescrito, el centro de servicios queda en situación de tener una querrela con querrellado conocido, por esa razón el centro de servicios o secretario procede a citar a quienes deben ser citados, a una audiencia preliminar; esto naturalmente se hará de acuerdo con el cronograma de tiempos de audiencia del Juez.

AUDIENCIA PRELIMINAR, IMPUTACIÓN FÁCTICA

Se realiza ésta audiencia preliminar, en la que el Juez escuchará la querrela; se requiere al querellante para que describa los hechos y sus pretensiones, así

como una calificación que debe ser provisionalmente evaluada por el Juez. No necesariamente hay abogado de la víctima sino un querellante ciudadano particular. Éste, aunque haya estado asesorado por la secretaría del Juzgado, puede hacer una calificación jurídica de la conducta que no sea compartida por el Juez. Será el Juez en función de pequeñas causas el que diga si ésta conducta es contravención o no lo es, y por lo tanto avoca conocimiento o no lo avoca.

Esa calificación que haga el querellante o su abogado es necesariamente provisional pues veremos posteriormente que ya dentro de la audiencia de juzgamiento está previsto que en los alegatos se haga la tipificación de la conducta, y solo allí podría decirse que hay una calificación jurídica definitiva por la cual se pide sentencia.

CUESTIONES PREVIAS

El Juez observará esa imputación fáctica; deducimos que debe hacer esa calificación jurídica provisional, y si avoca el conocimiento a continuación entra a escuchar o tramitar otras cuestiones previas que son las que siempre hay que verificar para que se pueda adelantar un procedimiento: causales de incompetencia, impedimento, recusación, nulidad. Si las hay se define el punto y cuando sea superado, con base en esos hechos que han sido imputados y la calificación que el Juez adopte, será la que determine que si continúa con el conocimiento.

PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

En este momento el juez procederá a estudiar la posibilidad de imponer arresto preventivo, medida de aseguramiento única que queda prevista en éste proceso contravencional, es decir, a definir la situación de libertad del querellado. Es muy inquietante la manera como quedo regulada esta procedencia en la Ley 1153, prácticamente como una decisión automática frente al reincidente, lo cual puede tener visos de inconstitucionalidad. No ordena la ley que deba observarse el procedimiento lógico de la ley 906 (inferencia razonable de autoría o participación, necesidad de aplicar esta medida por alguna de las causales del artículo 308, aplicabilidad por cuantía de la pena), sino un comparación objetiva de si al querellado le aparecen o no antecedentes, imputaciones no objeto de preclusión o absolución en el último año. Posiblemente un análisis de constitucionalidad podrá determinar que deben aplicarse los fines de la medida de aseguramiento al arresto preventivo, y que por lo tanto se deberá aplicar ese procedimiento lógico para su imposición.

PRETENSION ECONÓMICA

Cuando el querellante dice cuales son los hechos, prevé la ley también que fije cuales son sus pretensiones y es obvio y es lógico, porque tratándose de querellas si no hay interés particular no hay actuación jurisdiccional. Habrá una pretensión de carácter económico, aunque por integración con ley 906 puede presentarse la pretensión no económica, “pedir disculpas o perdón”.

FLAGRANCIA

Ahora podemos comenzar; por otro lado, a ver los casos en que la conducta contravencional está siendo cometida. En flagrancia, ya sea por iniciativa de la policía, o por iniciativa del ciudadano afectado, o por iniciativa de otros ciudadanos, el autor es capturado.

A la persona plenamente identificada, o a la persona que no está plenamente identificada pero sí plenamente individualizada, de manera inmediata pero a más tardar dentro de las 36 horas siguientes la policía la pondrá a disposición del Juez.

Ponerla a disposición del Juez es un decir: se pone a disposición de la secretaría o del centro de servicios para que éste según las instrucciones del Juez establezca en qué momento, a cual hora va a ser escuchado en diligencia el agente de policía o el ciudadano que captura y al capturado con defensor, para establecer en audiencia preliminar si la captura fue o no fue legalmente realizada.

SOBRE EL TÉRMINO PARA PONER A DISPOSICIÓN

Deteniéndonos en ese asunto de las 36 horas siguientes, es muy importante tener en cuenta que la ley dice que cuando la persona es capturada debe ser inmediatamente o a más tardar dentro de las 36 horas puesta a disposición del Juez. Este punto ha sido muy conflictivo por el criterio, seguramente equivocado o falta de contextualización o sindéresis, en el sentido de que la persona es capturada y si pasan 3, 4 o 5 horas y no ha sido puesto a disposición del Juez el capturado, deciden algunos jueces que eso es ilegal, y por lo tanto queda en libertad la persona.

Esas horas que transcurran debe ser entendido de una manera apropiada al contexto social. Si la policía tiene el deber de identificar y aún más el deber de tramitar el registro de la persona no identificada -lo dice expresamente la ley- no

puede exigírsele que de manera inmediata, o en determinados minutos o pocas horas, realice ésta puesta a disposición; pero hay otras circunstancias que obligan a que pasen unas cuantas horas, sobre todo cuando el contraventor está o ha sido lesionado y la policía se ve obligada a defenderle también su derecho a la vida e integridad personal y llevarlo a un centro de salud para que le presten los primeros auxilios y esté en condiciones de afrontar una audiencia preliminar.

Todas éstas horas de atención médica, como las horas que se requieran en el trámites de desplazamiento, de aseguramiento de las personas porque muchas veces hay que asegurarles que no van a ser agredidas por el ofendido, o la demora por la acumulación de personas que van llegando a las estaciones de policía capturadas por los policías y administrativamente la policía tiene la necesidad de hacer unos registros en sus libros y luego dar el trámite necesario para llevar a las personas ante los jueces, son circunstancias que se deben ponderar con razonabilidad y proporcionalidad, con criterio según el contexto, según las circunstancias del sector, del municipio o ciudad, para que se pueda decir si se cumplió con el deber adecuado, dentro de los conceptos de inmediatez relativa y máximo de 36 horas de puesta a disposición de la persona capturada ante los jueces.

Además, la puesta a disposición del Juez significa puesta a disposición de la jurisdicción, de la rama judicial, es decir, del centro de servicios o secretaría de los juzgados, porque algunos han entendido que si la audiencia preliminar no comenzó dentro de las 36 horas siguientes hay violación de la ley, pero ese no es el propósito de la ley, ni ha sido el propósito de ésta clase de protección ofrecida en los instrumentos internacionales o en la ley colombiana. Lo que se ha pretendido con los instrumentos internacionales que ordenan que cuando la persona sea capturada sea dejada a disposición en el menor tiempo posible ante los jueces, o cuando la ley colombiana dice que sea puesta a disposición de manera pronta pero a más tardar dentro de las 36 horas siguientes, es puesta ante la jurisdicción, es decir, que la persona no quede a disposición de la policía, o de otros organismos, o de los ciudadanos particulares, por más tiempo que ése; porque es en este tiempo, antes de dársele el conocimiento a la jurisdicción, donde es necesario proteger los derechos humanos y fundamentales de los ciudadanos.

Estas previsiones están dirigidas a evitar desaparecimientos, torturas, violación de derechos fundamentales, por parte de organismos que no tengan control judicial, de manera que desde el momento en que se pone a disposición del Juzgado, por medio de la secretaría o del centro de servicios, ya hay una protección judicial, ya no se puede decir que la persona no existe, desapareció, o que está siendo sometida a conductas indebidas: la protección comienza desde el momento en que se entrega al centro de servicios o secretaría, la información de que ésta persona está capturada y se solicita audiencia preliminar. Si pasa algún tiempo, aún horas,

entre éste momento y la iniciación real de la audiencia preliminar, éste tiempo no significa violación de los derechos o de esta previsión legal.

Recibido por el centro de servicios o secretaría, el informe de policía que pone a disposición a la persona y solicita la realización de audiencia preliminar, se determinará por el juzgado la hora en que se inicie la audiencia.

IDENTIFICACIÓN Y REGISTRO POR LA POLICÍA

La policía en éste caso debe realizar unas actividades que la ley le ordena sobre la identificación plena del autor y en caso de que no este plenamente identificado, por ejemplo cuando es indocumentado, o cuando en realidad no quiere decir que ya tiene identificación, la policía queda obligada a realizar unas actividades para registrar a ésta personas.

Este punto es bastante problemático, porque lo mismo ya existe dentro del proceso penal ordinario, y la policía -como la fiscalía- se ve en la grave dificultad para cumplir lo que le ordena la ley (llevar el caso ante la Registraduría Nacional, para que al indocumentado se le de un cupo numérico); la Registraduría no puede darle cumplimiento esa orden porque requiere de una parte el RH de la persona y su registro civil de nacimiento, y como no los tiene no puede darle el cupo numérico o expedirle una identificación.

De manera que, como en el proceso penal, nos vemos en la necesidad, en esos casos, de continuar con el proceso y seguir condenando a los acusados con la individualización y no con identificación plena como lo quiere la ley porque se quedarían los casos en suspenso y el transcurso del tiempo llevaría a la extinción de la acción contravencional o penal, por una exigencia de la ley que no es posible cumplir.

Se podría pensar que la Registraduría le de cumplimiento a estas ordenes de la ley, pero no expida una cédula, expida un registro numérico, es decir, le reserve ese registro numérico a ese ciudadano, pero no le expida la cédula porque faltan determinados requisitos, de manera que se crearía una base de datos de personas que están en proceso de ser ceduladas pero su procedimiento no puede terminarse por un determinado motivo. Esto está en discusión con la Registraduría y no se sabe todavía cual ha de ser el camino definitivo.

AUDIENCIA PRELIMINAR

En ésta audiencia se tramitará primero la legalización de la captura. Ésta ley de pequeñas causas prevé que en éste trámite estará presente el funcionario policía, o la persona, o ambos, que hayan intervenido en la captura. Llegan con el capturado ante el Juez. Puede llegar el policía solo, sin víctima presente, es decir, el policía con el capturado ante el Juez, y éste deberá interrogarlo a él directamente; no a otro, se requiere que sea éste mismo o los mismos que participaron en la captura, que estén presentes ante el Juez para ese control de cómo se realizó la captura. (Es decir: mientras en el proceso delictual vale la prueba de referencia en esta audiencia y puede un agente informar que otro realizó la captura, en este ley no se permite la referencia y debe presentarse el mismo que la realizó).

Si el Juez encuentra que la captura no fue legalmente realizada, el capturado quedará en libertad a partir de ese momento si no está presente la víctima; y en ese caso, la actuación, el informe de policía quedará en el centro de servicios en espera a que se presente la querrela después, o a que caduque la acción contravencional.

Como novedad, es obligatoria la intervención del Ministerio Público cuando se trata de captura en flagrancia. Pero es importante precisar que cuando el policía trae al capturado ante el Juez en audiencia preliminar necesariamente el capturado estará representado por un defensor; ésta defensa es la que se viene realizando por la defensoría pública normalmente, pero ahora puede ser realizada estudiantes de consultorio jurídico. Debe entenderse de todas maneras que es la defensoría pública el organismo al cual puede acudir el capturado, y que el centro de servicios se verá en la necesidad de informarle inmediatamente a la defensoría pública que hay un capturado que requiere defensa para que se lleve a cabo la audiencia preliminar.

Si la captura fue declarada legal y la víctima está presente, en ésta misma audiencia preliminar hará el relato de los hechos y las pretensiones, y prevé la ley que el juez pedirá al querellante que haga una calificación de esos hechos.

Si la víctima no está presente y la captura ha sido declarada legal, el Juez debe nombrar un abogado de oficio que represente a la víctima y haga la imputación. Se introduce nuevamente en el procedimiento la función del Juez de nombrar abogados de oficio, ya no para que defiendan al procesado, sino para que defiendan a las víctimas.

Hay una ventaja prevista en ésta ley para la celeridad de los procedimientos: los jueces de pequeñas causas estarán ubicados preferencialmente en las estaciones de policía; de manera que cuando las estaciones de policía adecúen debidamente

los sitios para salas de audiencias, seguramente también tendrán una delegación de la defensoría pública de manera permanente y en la medida que llegan los policías con los capturados, tienen la asistencia de defensor público, o las estaciones de policía permitirán o facilitarán la presencia de defensores particulares, y concretada cual va a ser la defensa de éste capturado y estando el juzgado allí mismo instalado, podrá iniciarse de manera pronta la audiencia preliminar.

PROCEDIMIENTO COMÚN

Ya sea el abogado de oficio o el querellante informan de una imputación fáctica y de una calificación jurídica al Juez. Éste analizará si corresponde a una contravención o no y por lo tanto le aplicará el procedimiento de contravención o alternativamente ordenará que se dé el trámite de un proceso ordinario penal, por lo cual deberá señalarles que deben dirigirse a la Fiscalía. La definición de competencia en caso de desacuerdo deberá ser resuelta por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

Hay que tener en cuenta que el Juez Municipal (fuera de las grandes ciudades) cumple alternativamente la función de Juez de Control de Garantías, de conocimiento y de pequeñas causas, y esté nombrado o le esté discernido el cargo para esas funciones. Si éste Juez encuentra que la imputación que se hace es una contravención puede actuar con el procedimiento de contravención, pero si encuentra que la imputación corresponde a un delito, como Juez de Pequeñas Causas ha determinado si la captura fue legal o ilegal, pero solo con la iniciativa de la Fiscalía puede presidir la imputación.

La ley prevé que existan jueces de pequeñas causas, independientes de los Jueces Penales Municipales, pero esta circunstancia que estamos observando nos permite afirmar que lo previsto por la ley de manera excepcional, o transitoria o provisional en su artículo 58 originales, de que los jueces municipales puedan realizar las funciones de jueces de pequeñas causas, mientras el Consejo Superior crea los jueces definitivos de pequeñas causas, es posible que lo provisional quede como definitivo en muchos casos, porque el Juez en control de garantías, controla las garantías sobre la captura y escucha la imputación, ahí mismo puede definir si debe avocar el conocimiento como contravención o dar por cumplido el trámite de garantías para que se inicie el trámite de como delito.

RECAPITULACIÓN

Ya sea porque la actuación comenzó con captura en flagrancia o comenzó mediante querrela de la cual hay querellado conocido, se ha llegado a la audiencia preliminar en la que se escucha una imputación fáctica y las pretensiones de un querellante particular o de un abogado del querellante o de víctima no presente. El Juez que está conociendo define que sí es una contravención, tramita las cuestiones previas, definirá la situación de libertad o arresto preventivo del capturado.

Es posible que en este momento el querellado acepte la autoría y responsabilidad en la conducta, caso en el cual el Juez procederá a dictar el fallo con rebaja de la mitad de la pena. No hay otras reducciones de pena diferentes, de la tercera o sexta parte que rige en el proceso penal delictual.

Pero formulada la pretensión puede suceder que el querellado esté en desacuerdo con ella. prevé la ley que el Juez nombre un perito de la lista oficial. El perito rendirá su informe; este es un informe pericial que puede ser controvertido y por lo tanto el perito se debe presentar a audiencia para que sea preguntado y contrapreguntado sobre las razones, la técnica o los pasos que siguió para llegar a esa conclusión, lo cual nos está diciendo que la audiencia preliminar puede no realizarse dentro de una misma sesión.

Una vez que se haya establecido la conclusión del informe pericial, el querellado conoce la pretensión de manera firme y por lo tanto puede decidir si indemniza o concilia con el querellante; la conciliación puede ser extraprocesal o procesal, con facultades para el Juez de pequeñas causas de proponer o instar a las partes a que concilien, es decir, se prevé un juez activo al respecto. Ambas maneras de terminación anticipada del proceso pueden interponerse “en cualquier momento”, por lo cual debe entenderse que son posibles antes de que se dicte sentencia de segunda instancia pues la ley no lo limitó. Se decretará la preclusión en estos casos si el querellado no tiene antecedentes penales o contravencionales; si los tiene debe deducirse que es obligatoria la sentencia condenatoria.

PETICIÓN DE PRUEBAS

En el caso que no haya aceptación, ni conciliación, ni indemnización integral, la audiencia preliminar continúa con la petición de pruebas que hace tanto el querellante como el querellado, y su decreto. Ésta decisión está sujeta a recursos ordinarios. Decretadas las pruebas, se cita a audiencia de juzgamiento que debe realizarse en un término no mayor de 30 días a partir de ésta fecha.

Hay que considerar una situación: la ley es muy precisa y de pronto demasiado estricta, en el sentido que si en ésta audiencia preliminar el querellado aceptó, se pasa a dictar el fallo con rebaja de pena; como no hay las otras rebajas que sí se prevén en el otro proceso penal delictual, parecería en primer momento que si no aceptó en ese momento ya no tiene posibilidad de aceptar, y que por lo tanto nos veríamos obligados a realizar la audiencia de juzgamiento, sin ninguna alternativa, y llegar a una sentencia sin posibilidad de rebaja.

Tendremos que interpretar la situación para seguramente, llegar a la conclusión que aunque el querellado no haya aceptado en ésta audiencia la pretensión o los cargos y se haya continuado con la audiencia preliminar y se hayan pedido y decretado las pruebas, mientras no se haya realizado la audiencia de juzgamiento se pueda escuchar al querellado en su voluntad de aceptar tardíamente los cargos, y por lo tanto evitar la audiencia de juzgamiento. Para ello debemos acogernos a los principios de celeridad y economía procesal y de alguna manera a las regulaciones de la ley 906.

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

No se reguló con la precisión que tiene la ley 906, que haya de presentarse una teoría del caso, pero seguramente la necesidad práctica ordenará que para poder recordar de qué se está tratando el querellante dirá por qué estamos en audiencia, cuales fueron los hechos que sucedieron y qué actuación se ha surtido. La audiencia de juzgamiento esta prevista para la práctica de las pruebas, y esta práctica estará regida por la ley 906, es decir, se aplicarán los principios de oralidad, publicidad, intermediación, concentración y demás que perfilan el nuevo sistema.

Luego de practicadas las pruebas, en primer lugar las del querellante y luego las del querellado con las reglas de la pruebas en general de la ley 906, las partes tendrán el uso de la palabra para que presenten sus alegatos.

TIPIFICACIÓN

Específicamente dice la ley, que en estos alegatos se realizará la tipificación de la conducta lo cual nos permite decir que esa tipificación es definitiva solamente en ese momento, como también corresponde con la ley 906 en donde es en el alegato de conclusión donde la fiscalía hace la petición de condena por un tipo determinado, de manera que las anteriores tipificaciones o calificaciones son todas provisionales.

Se escucharán los alegatos de la defensa. No se prevé como en el proceso penal delictual que haya controversia y réplica, pero posiblemente el Juez para mejor proveer podrá escuchar nuevamente al querellante y querellado; no lo prevé la ley, pero cuando el juez percibe que hay vacíos de información, en nuestro concepto puede hacerlo. Así lo aplicamos actualmente en el incidente de reparación integral de perjuicios en el proceso penal delictual, donde no está previsto que en los alegatos del incidente haya oportunidad de controversia y réplica, pero la necesidad práctica nos ha indicado que es conveniente hacerlo y ha sido una fuente de importantes de soluciones y decisiones.

Así el Juez queda en disposición de dictar la sentencia, la que deberá dictar allí mismo, según se deduce dentro de la regulación de los artículos 46 y 51. Será una sentencia que se pronuncia de manera oral y pública, naturalmente motivada como todas las decisiones judiciales en Colombia, y prevé la norma que si la sentencia es condenatoria el Juez se pronunciará sobre la pretensión de indemnización de perjuicios.

REPARACIÓN DE PERJUICIOS

Este último punto, nos presenta algunas dificultades y alternativas, porque no se prevé un incidente de reparación integral de perjuicios, ni tampoco se estableció el momento procesal en el que se dicte el sentido del fallo, no hay trámite de la audiencia del 447 de la ley 906, audiencia para sentencia o estimaciones punitivas, y no hay trámite expreso de incidente de reparación de perjuicios.

Esto habrá que llenarlo con los principios generales, con la *sindéresis* y la lógica del sentido común, porque la dosificación de la sentencia sigue estando regulada expresamente por la definición del rango de pena imponible, la definición de los cuartos dentro de ese rango, la escogencia del cuarto en el que se ha de dosificar y de terminar la pena.

En nuestro concepto será necesario anunciar que el sentido del fallo será condenatorio para que las partes aporten información que corresponde. Aquí surge algo muy interesante: la pena se modifica cuando hay reincidencia, pero la reincidencia seguramente no es conocida por el querellante particular. Se requiere entonces una actuación de oficio del centro de servicios u ordenada por el Juez para que se obtenga la información sobre si esa persona ha tenido anteriores sentencias penales o contravencionales. Para que sea expedito el manejo, antes de llegar a audiencia de juzgamiento el centro de servicios deberá haber acopiado la información respectiva para el evento de que llegue a ser necesaria.

En cuanto a la condena en concreto, todos sabemos que desde hace bastantes años ya, por lo menos 15 o 20, el procedimiento colombiano ha ido pasando de las condenas abstractas donde se dice “condénase en perjuicios” pero no se dice en cuánto, tanto en lo civil como en lo penal, a las exigencias de la ley de que el Juez condene en concreto, se condena a pagar un valor expreso en dinero o calculable mediante bases que queden definidas en la sentencia. Eso es una protección de los derechos de las víctimas o demandantes, pues si el Juez debe condenar en concreto en el proceso contravencional, por una parte tendrá en cuenta el peritazgo que debió realizarse en la audiencia preliminar y debió ser controvertido; superada la controversia el valor definido es el que vincula, lo cual nos diría que la prueba de los perjuicios está realizada de manera previa, pero si no hubo peritazgo en la audiencia preliminar porque por ejemplo el querellado se declara inocente de ella, no tiene interés alguno en tramitar el valor de las pretensiones, por lo tanto el Juez no habrá decretado ningún peritazgo, entonces en la audiencia de juzgamiento llega a la conclusión de que el fallo será condenatorio y no tiene como condenar en concreto; se verá en la obligación de abrir una articulación o incidente para considerar tanto la pretensión como la oposición y tomar la decisión del caso, en aplicación de los principios generales de la ley 906.

5. IMPUTACIÓN.

Autor: Giancarlo Martínez López.

Oficial mayor Juzgado 18 Penal del Circuito de Bogotá.

El tema de la imputación de que trata la Ley 1153 de 2007, es de trascendental importancia en el estudio de la ley de pequeñas causas, ya que de dicha actividad sustancial – procesal, da génesis a la actividad procesal contravencional, razón por la cual requerirá de especial estudio y análisis en la actividad a desplegar por parte del operador judicial.

De la lectura de la Ley 1153 de 2007 al respecto, surgen varias inquietudes, que se tratarán de señalar y evidenciar en éste módulo de estudio, con el fin de brindar alguna de las posibles actividades que el Juez podrá llevar a cabo, con el fin de dar claridad a dicha etapa procesal.

Así las cosas, se procederá a realizar un estudio de la normatividad que en concreto trata el tema de la imputación en la ley 1153 de 2007, así:

Describe el artículo 42 de la ley 1153 de 2007, que la querrela deberá ser elaborada en formato diseñado por el Consejo Superior de la Judicatura, el cual deberá contener, entre otros, datos del querellante y querellado, la relación detallada de los hechos objeto de queja, así como la cuantía de la contravención, en caso de ser requerida (para efectos de la tipificación de la conducta?).

De lo anterior, podemos concluir que nos encontramos frente a una primera imputación realizada por parte del quejoso o víctima, la cual obviamente será tenida como imputación fáctica.

ART. 44. Al darse inicio a la audiencia preliminar, las partes podrán expresar las causales de nulidad, impedimentos, recusación e incompetencia, las cuales deberán ser resueltas por el Juez.

De ser así, y en tratándose de una causal de falta de competencia, podría llegar a estudiarse en algunas oportunidades por parte del Juez, una posible imputación, al tener que establecer la clase de conducta contravencional y la cuantía de la misma, conllevando esto a una imputación ya fáctica y jurídica.

Acto seguido indica la norma, que el querrellado podrá aceptar la imputación

realizada, y aquí debemos entender que se refiere a la imputación fáctica efectuada por el quejoso, y por qué no, a la jurídica que haya tenido que desarrollar el Juez al momento de resolver la petición de declaratoria de incompetencia.

El inciso final de éste artículo señala que el Juez “instará” al querellante, o a su representante judicial, para que “precise” la calificación de los cargos, lo que nuevamente será una imputación fáctica si es efectuada por el quejoso, y en su defecto jurídica si es elaborada por su abogado representante.¹

Pero en todo caso, parece ser claro que la imputación estaría en cabeza exclusiva del querellante y/o su apoderado judicial y no sería potestad del Juez.

ART. 50. Procedimiento en caso de captura en flagrancia del querellado. ...

Deberá decirse que el tema concerniente a la imputación, guarda los mismos lineamientos del artículo 44, al contemplarse el procedimiento mediante iniciación por presentación de querrela.

La única diferencia radica en el punto de señalar que si la víctima se encontrare presente, se le concederá el uso de la palabra para que formule la querrela, la cual se entenderá como imputación fáctica, y en caso de estar ausente el Juez le designará un abogado representante quien formulará la Imputación, ésta si, jurídica ², con el fin que el querrellado decida aceptarla o no.

Pero nuevamente se evidencia que tal actividad deberá ser promovida por la parte afectada y no por el Juez de conocimiento del proceso.

Sin embargo, y teniendo en cuenta que la Ley 1153 de 2007, en su artículo 1º consagra claramente la obligatoriedad de observar los lineamientos del Bloque de Constitucionalidad y entre otras las normas de la Ley 906 de 2004, la actividad del Juez, al momento de escuchar ya sea una imputación fáctica realizada por la víctima o querellante, (o jurídica por parte de su abogado representante,) deberá estar presto a garantizar los derechos del quejoso, y así preservar sus derechos fundamentales, en aras de evitar una aceptación de cargos, por hechos que realmente no llegasen a constituir conducta contravencional alguna o una diferente a la descrita en la situación fáctica.

1. También es posible, debemos plantearnos, si la ley no pide imputación jurídica por las partes sino cuando en la audiencia de juzgamiento, después de practicadas las pruebas se da el turno para alegar y se pide la tipificación. Si es así, solo cuando se presenta incompetencia las partes o el juez formularían una calificación jurídica. La intervención de abogado no necesariamente implica que la ley exija una imputación jurídica. ¿???

2. El mismo comentario anterior

Lo anterior, teniendo como sustento los pronunciamientos de la Honorable Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Penal, en lo concerniente a la actividad a desarrollar por los Jueces de Control de Garantías y conocimiento en el sistema penal acusatorio (Ley 906/04).

Tal vez la más relevante en tal materia es la sentencia No. 25724 M.P. ALVARO ORLANDO PEREZ PINZÓN, de fecha 19 de octubre de 2006. En dicha sentencia, queda claro que el Juez debe controlar no sólo la legalidad de la aceptación del imputado, sino las de los delitos y de las penas, con lo cual claramente queda establecida la posibilidad que el Juez con funciones de control de Garantías actúe activamente en la imputación jurídica que realiza la Fiscalía, y no está llamado a ser un testigo? pasivo en dicha audiencia, se reitera.³

De Igual forma, deberá entenderse que si dentro del procedimiento señalado por la Ley de Pequeñas Causas, en el momento en que el querellado acepta la imputación de los cargos a él efectuada, el Juez deberá proferir sentencia condenatoria inmediatamente, razón por la cual, resulta aplicable la necesidad que dicho funcionario estudie la legalidad de los cargos aceptados por el contraventor, y así de ésta manera preservar sus derechos fundamentales, conllevando a un nuevo control a la imputación fáctica realizada por el querellante o su abogado, tal y como lo expresa la Honorable Corte Suprema en sentencia de fecha 30 de noviembre de 2006, No. 25108, M.P. MAURO SOLARTE PORTILLA.

Por último, nótese que en el mismo desarrollo de la audiencia de juzgamiento prevista en la Ley 1153 de 2007, se exige al abogado representante de la víctima que concrete la calificación jurídica de los hechos objeto de juzgamiento, con lo cual podría llegar pensar que tan solo en dicho estadio procesal nos encontramos frente a la calificación jurídica definitiva a la cual se debe enfrentar el Juez, en aras de proferir el fallo que en derecho corresponda; por lo que claro es que, el término de imputación de que trata la ley de pequeñas causas, puede tener sustanciales variaciones a lo largo de todo su desarrollo proceso, tal y como quedó dicho en párrafos anteriores.

3. Sobre este punto lo que hemos hecho últimamente nos lleva a precisar que el juez de garantías sí interviene o debe intervenir, pero no para modificarle la imputación al fiscal pues ese es una cto de parte del que esa parte debe sufrir u obtener sus consecuencias, sino para que si el juez encuentra o interpreta que es una imputación errada, como garante debe asegurarse de que haya defensa efectiva que advierta adecuadamente al imputado sobre la situación que enfrente, y si aún así el imputado manifiesta su allanamiento el juez deje en claro que no lo da por manifestado, para que sea el juez de conocimiento quien en su examen definitivamente se pronuncie sobre si esa imputación está debidamente expresada o no lo está. Así, si el juez de control de garantías dio por aceptados los cargos, lo que el juez de conocimiento anula cuando los encuentra ilegales es la actividad judicial que no controló debidamente las garantías del procesado.

6. REGIMEN DE LIBERTAD

*Autor: Carlos Alberto Moreno
Juez 3 Penal Municipal de Bogotá*

1. INTRODUCCIÓN Y MARCO CONSTITUCIONAL.

El régimen de libertad en la ley de pequeñas causas implementado en Colombia deviene directamente de la Constitución Política, pues tanto lo relacionado con la captura, como lo relativo a la medida de aseguramiento tiene origen y reglamentación constitucional, aunado a que la ley 1153 de 2.007 en su primer artículo remite a la ley 906 de 2.004 que a su vez abreva directamente del acto legislativo 03 de 2.002 que instituyó el sistema penal acusatorio en Colombia. Este hito es básico para cualquier análisis que se realice sobre el tema de la libertad dentro del proceso penal, inclusive para uno atenuado como el que hoy racionalizamos en el presente escrito. En consecuencia, los puntos de vista que se viertan sobre este tópico deben hacerse en un marco constitucional, que son las líneas esenciales a las que están irremediabilmente sometidos los intervinientes en este singular procedimiento, en especial el Juez y la totalidad de la policía que hará las veces de investigador de forma autónoma, pues en estos eventos la Fiscalía ha desaparecido por decisión del legislador.

En ese marco ya enunciado, se observa que el papel del Juez de pequeñas causas es relevante desde el punto de vista constitucional, no solo por mandato explícito de la ley en cuestión que obliga al juzgador a la aplicación del Bloque de Constitucionalidad, la Constitución política, los principios y normas rectoras del código penal y la ley 906 de 2.004 o c.p.p. en ese orden ¹. De donde se desprende necesariamente la primacía de la óptica Constitucional en el tema de la libertad, que es un derecho fundamental de la esencia del Estado Social de Derecho y que solo puede ser restringido excepcionalmente de acuerdo a esa perspectiva mencionada, pues de lo contrario se estaría contrariando en materia grave la esencia libertaria de nuestra Carta Magna. En este escrito nos remitiremos a dos temas específicos sobre la libertad: La captura y la medida de aseguramiento restrictiva de la misma, toda vez que en este último evento solo existe una: El arresto preventivo ².

1. Ver artículo 1 de la ley 1153 de 2.007 al respecto.

2. Ver artículos 52 y 53 de la ley 1153 de 2.007.

Antes de entrar en materia específica, es importante detenernos brevemente en algunos aspectos generales pero esenciales de este nuevo ordenamiento penal al que nos vamos a ver enfrentados los jueces penales, en este caso los de pequeñas causas. El primer tópico, que se vislumbra con fuerza es que la intervención del Juez de pequeñas causas es inquisitiva, es decir se ve involucrado tanto en la fase preliminar como en al de juzgamiento no existiendo una real, efectiva y material separación de las funciones como existe en la ley 906 de 2.004. Lo expuesto en precedencia se concreta en la intervención del Juez tanto en audiencias preliminares tales como la de legalidad de la captura, imputación, imposición de medida de aseguramiento como en las de Juzgamiento, incluyendo las que preparan estas últimas (Resolución de problemas previos tales como incompetencia, impedimentos, recusaciones y nulidades y audiencia de decreto de pruebas). En nuestro criterio, este es un retroceso frente a lo avanzado con el sistema penal acusatorio, pues pese a existir una base constitucional que irriga íntegramente el proceso penal, en el sentido de acoger la tendencia acusatoria por ser más garantista tanto para la víctima como para el imputado, se decide contradictoria y confusamente asignar competencia en cabeza de un solo juez, el de pequeñas causas, conductas penales degradadas a contravención en franco desmedro del principio acusatorio, que se concreta en la eliminación de la Fiscalía como ente investigador y quién imputa, transfiriendo estas funciones exclusivas por Constitución a la policía y al particular víctima respectivamente. Sin embargo, no podemos dejar de precisar que el hecho de abandonar la estructura acusatoria, en tratándose de las contravenciones de la ley 1153 de 2.007, ello no significa que el responsable de la dirección de estos procesos, el juez de pequeñas causas, pueda soslayar criterios, normas rectoras atinentes al sistema penal acusatorio, pues como lo anotamos arriba existe una norma de integración contenida en el estatuto de las contravenciones que es de obligatorio cumplimiento para el funcionario judicial. El segundo tópico, hace referencia a la circunstancia legal de haberse suprimido la actividad de la Fiscalía³ dentro de este proceso contravencional, lo que supone una vez leída y analizada en detalle la estructura de la ley que la policía, tanto la de vigilancia como la judicial, asumirán autónomamente la investigación de las conductas allí previstas, implicando con ello la decisión de su orientación y la aplicación del correspondiente plan metodológico en cabeza de este ente estatal. Semejante decisión por parte del legislador significa una mayor responsabilidad para los jueces, quienes deberán asumir su doble condición de juzgadores pero también de control material de las actividades propias de la policía. El tercer tópico, que solo lo enunciaremos brevemente, pues el mismo se expondrá en los dos próximos acápite en detalle,

3. Esta decisión del legislador en opinión de quién esto escribe es inconstitucional, pues es principio obligatorio el sistema acusatorio en todos los eventos de hechos punibles, y las contravenciones lo son.

hace relación a que la libertad es la regla general y cuando quiera que la misma se afecte se debe acudir a criterios estrictos de necesidad y proporcionalidad para que su restricción sea admisible constitucionalmente.

2. RÉGIMEN DE LIBERTAD EN LAS LEYES 1153 DE 2.007, 906 DE 2.004 EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1.991.

La Carta Política que nos rige hoy, no solo consagra la libertad como uno de los derechos fundamentales basilares de su contexto filosófico, sino que decide por voluntad del constituyente primario y derivado reglamentarlo ⁴ para así imponer unas directrices de obligatorio cumplimiento para los funcionarios del Estado que intervienen en su garantía o eventual restricción que no pueden soslayar, para imponer criterios exclusivamente de orden legal, es decir de inferior categoría a la ley fundamental, incluido el bloque de constitucionalidad, normativa que es imperativa en la ley de pequeñas causas pues allí se mencionan expresamente estos criterios aquí aludidos.

Dentro de ese marco constitucional donde la libertad es un derecho fundamental, que de restringirse dentro del proceso penal debe hacerse de forma excepcional, el Juez de pequeñas causas, se constituye en garante único de la misma, para así evitar que se desvirtúe la esencia libertaria de la Constitución Política. Lo anterior lo afirmamos en el entendido que la estructura misma de la ley le otorga de forma exclusiva esta función, sin que la policía pudiese hacer este tipo de control material, excepto que solo la puede restringir bajo la vigencia de la normatividad en comento producto de la flagrancia o una orden de captura sustentada en una sentencia en firme originada en una contravención.

2.1 La Captura.

El régimen de la misma encuentra su génesis y reglamentación inicial en nuestra Carta Política, cuando desde allí se enuncia por decisión soberana del constituyente primario, que la misma solo puede ser ordenada por un Juez de la República (Reserva Judicial) y las únicas excepciones a esa estricta regla son a saber: La flagrancia o la orden excepcionalísima del Fiscal bajo circunstancias extremas ⁵, este último evento en los delitos contemplados en la ley 906 de 2.004, pues en pequeñas causas la orden del juez solo puede ser como consecuencia de una medida de arresto impuesta en el procedimiento ordinario y de flagrancia o de una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada. El otro asunto que sobre

4. Ver el preámbulo, artículos 1, 28,30, numeral 1 del 250 de la Constitución Política.

5. Inciso 3 del art 250 de la Constitución Política.

captura debe sopesar y tener un criterio definido el Juez de pequeñas causas en su calidad de director judicial en el proceso penal de la ley pluricitada, es el referente a la denominada captura administrativa, tema sobre el cual la doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre si la misma esta o no vigente a la luz de la nueva Constitución Política que rige a Colombia desde 1.991. En tratándose del asunto en cuestión adelantaremos los criterios que más se han debatido, en especial entre jueces y fiscales con ocasión de la implementación del sistema penal acusatorio en Colombia y que a continuación exponaremos ⁶. Como consecuencia de la promulgación de la nueva Constitución que sustituyó en su totalidad la de 1.886, varió sustancialmente el contenido de la misma, en especial en lo referente a que autoridades pueden afectar el derecho fundamental de la libertad, pues en la Carta derogada se hablaba indiscriminadamente de cualquier autoridad, mientras que la vigente es tajante en poner en cabeza de autoridad judicial la afectación del derecho de la libertad, constituyéndose así una verdadera reserva judicial para estos efectos, situación normativa que ha sido refrendada en forma reiterada por la jurisprudencia Constitucional. La primera de las sentencias que apuntan al tema es la C-024 de 1.994, M.P. Carlos Gaviria D. que ratifica que al entrar a regir la nueva ley fundamental de Colombia para afectar la libertad solo lo puede hacer un Juez, sin embargo al analizar el inciso segundo del art 28 de la Carta Política ⁷ deduce la existencia de la captura administrativa en condiciones excepcionalísimas al imponer ⁹ condicionamientos ⁸ para que pueda ser admitida constitucionalmente en nuestro ordenamiento. Sin embargo, en decisiones posteriores se hace hincapié en la reserva judicial para afectar la libertad, en especial la sentencia C-176 de 2.007 M.P. Marco Gerardo Monroy C, que le cierra al parecer en forma definitiva la vigencia a la figura de la captura administrativa, pues profundiza el tema y retoma la sentencia C-024-04 citándola de forma expresa, lo que debería tomarse como un cambio jurisprudencial sobre la posición inicial sostenida desde 1.994. Para reforzar la tesis expuesta debemos retomar el texto mismo de la reforma constitucional contenida en el acto legislativo 03 de 2.002, que al tocar el tema en comentario le concedió esa facultad de restringir la libertad al juez que ejerza la función de Control de Garantías tanto en materia de capturas como en el evento de las medidas de aseguramiento que comporten restricción a la libertad y le confirió de forma excepcional esa capacidad al Fiscal General de la Nación, lo que leído en armonía con el artículo 28 de la Constitución Política significa que la decisión del constituyente derivado es el de reforzar la reserva judicial en materia de libertad ⁹.

La anterior tesis no es mayoritaria, en consecuencia es nuestro deber sostener o mejor, exponer la contraria, que sostiene la existencia de la misma, es decir de la vigencia de la captura administrativa como una herramienta que el Estado Colombiano tiene para combatir la criminalidad en casos graves o de delincuencia altamente organizada, argumentando que en esos eventos debe prevalecer la

colaboración entre las diferentes ramas del poder público. Aunado a ese fundamento político – constitucional, le agregan que dentro del denominado bloque de constitucionalidad no se haya prohibida la captura administrativa en especial la Convención Americana de Derechos humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumentos internacionales ratificado por Colombia en donde no se prevé la exclusión de la figura en comento. Por último los defensores de la postura en referencia, argumentan que la tesis jurisprudencial constitucional vigente es la expuesta en la citada sentencia C-024 de 1.994 que no ha sido revaluada por la Corte Constitucional, pues dentro de la técnica jurisprudencial al existir una nueva postura esta se debe explicitar por la corporación que decide tal variación y a la fecha ello no ha sucedido. Es de anotar que el argumento para sustentar la vigencia de la captura administrativa en el sentido de aplicarla para combatir la delincuencia organizada o en casos graves se desmorona con los tipos contravencionales a que se refiere la ley, pues es evidente que estamos en presencia de actuaciones de menor entidad desde el punto de vista penal.

6. Ver [www.ramajudicia.gov.co/sistemapenalacusatorio.conversatorio.capturaadministrativa-documento final](http://www.ramajudicia.gov.co/sistemapenalacusatorio.conversatorio.capturaadministrativa-documento%20final).

7. Expresa el inciso del art 28 de la C.N: “La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley”.

8. Los condicionamientos de la Corte Constitucional sobre la captura administrativa para su validez son a saber: “En primer término, la detención preventiva gubernativa tiene que basarse en razones objetivas, en motivos fundados.”

“En segundo término, la detención preventiva debe ser necesaria, esto es, debe operar en situaciones de apremio en las cuáles no pueda exigirse la orden judicial, porque si la autoridad policial tuviera que esperar a ella para actuar, ya probablemente la orden resultaría ineficaz.”

“En tercer término, esta detención preventiva tiene como único objeto verificar de manera breve los hechos relacionados con los motivos fundados de la aprehensión o la identidad de la persona y, si es el caso, poner a disposición de las autoridades judiciales competentes a la persona aprehendida para que se investigue su conducta.”

“En cuarto término, esta facultad tiene estrictas limitaciones temporales.”

“Por eso, en quinto término, la aprehensión no sólo se debe dirigir a cumplir un fin preciso -verificar ciertos hechos o identidades- adecuadamente comprendido dentro de la órbita de las autoridades de policía sino que además debe ser proporcionada.”

“En sexto término, como es obvio, para estos casos se aplica plenamente el derecho de Habeas Corpus como una garantía del control de la aprehensión, puesto que el artículo 30 señala que éste se podrá invocar “en todo tiempo”.”

“En séptimo término, esas aprehensiones no pueden traducirse en la práctica en una violación del principio de igualdad de los ciudadanos.”

“En octavo término, reitera la Corte, que la inviolabilidad de domicilio tiene estricta reserva judicial, pues, salvo los casos de flagrancia, el allanamiento sólo puede ser ordenado por autoridad judicial.”

“En noveno término, la persona objeto de una detención preventiva no sólo debe ser “tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (Art 10-1 Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, CP Art 5) sino que además se le deberá informar de las razones de la detención y de sus derechos constitucionales y legales, como el derecho a ser asistido por un abogado (CP Art 29) o el derecho a no declarar contra si mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil (CP Art 33).”

9. La sentencia C-237 de 2.005 de la Honorable Corte Constitucional, M.P. Jaime Araújo R. hace un aporte histórico que nos puede ayudar a resolver si la captura administrativa esta vigente o no, que se refiere a que dentro de la Constituyente de 1.991 se discutió de forma ardorosa el tema y se trajo a colación en la polémica los graves abusos que se cometieron contra la población civil por las autoridades administrativas con ocasión de la aplicación de los artículos 23 y 28 de la Constitución de 1.886, en especial en materia de restricción viciosa del derecho fundamental de la libertad.

Igualmente, en el tema de captura, las partes intervinientes deben ser consistentes en el tema de si la captura es simple o compleja, toda vez que dentro de los Jueces que ejercen Función de Control de Garantías, tema que deberán afrontar los de pequeñas causas, existen divergencias al respecto, que se resumen así: Los que sostienen la tesis de la captura sencilla, consideran que si hubo flagrancia u orden previa no puede existir circunstancia posterior que pueda esgrimirse para efectos de la ilegalización de la misma y lo que procede es una compulsiva de copias penales y disciplinarias si es del caso. A contrario sensu, los que sostienen que es un acto complejo consideran que se deben tomar en cuenta lo sucedido después del acto material de la aprehensión como inescindibles de la captura misma y por ende deben tener esas circunstancias fácticas, consecuencias jurídicas, que en el caso específico es el de la libertad inmediata de la persona, pues no hacerlo así sería legitimar las agresiones físicas y jurídicas (No asistencia de defensa técnica) en cabeza de los que intervienen en esa particular diligencia.,

Así mismo, y como quiera que la ley 1153 de 2.007 prevé que en todos los eventos de flagrancia ¹⁰ existirá captura por parte de la policía, incluso por los particulares ¹¹ eventos ambos en que las autoridades de policía están obligadas a informar los derechos del capturado ¹² a la persona aprehendida y que los mismos se puedan ejercer materialmente, en especial el de la defensa técnica sin que pueda imponer sobre esa persona ninguna actividad intimidatoria que conculqué su derecho a la integridad personal tanto desde el punto de vista físico como moral o psicológico ¹³ aspectos que deberá controlar materialmente el juez, cuya decisión es apelable, según lo previsto en el parágrafo 2 del art 50 de la ley pluricitada.

Por último, el juez deberá examinar con un criterio de razonabilidad el tiempo en el que debe ponerlo a su disposición la policía al retenido, pues en su condición de investigador debe identificarlo o individualizarlo, amén de las diligencias que se pudieran generar que puedan servir de apoyo al Juez para tomar la decisión de imponer la medida de aseguramiento de arresto preventivo cuando esto sea viable legal y constitucionalmente, como a continuación lo analizaremos. Debe tenerse en cuenta que en todo caso el término de las treinta y seis (36) para resolver sobre la legalidad de la captura es aplicable para estos asuntos contravencionales, toda vez que es procedente tanto el art 28 de la Constitución política como el acto legislativo 03 de 2.002 que estableció el sistema penal acusatorio en nuestro medio,

10. Ver art 49 de la ley 1153 de 2.007.

11. Ver art 32 de la Carta Política de 1.991 vigente.

12. Ver art 303 de la ley 906 de 2.004 aplicable en los eventos de las pequeñas causas

13. El art 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos que hace parte del Bloque de Constitucionalidad prevé: "Toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano."

que en todo caso no puede ser excedido, pues de ser así deviene necesariamente la ilegalidad de la captura y las correspondientes investigaciones penales y disciplinarias para los responsables de esta grave anomalía, en virtud a que el término en cuestión ha sido establecido como una garantía para el aprehendido y no como una prerrogativa a favor de las autoridades policivas que la realizan.

2.2. LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EN LA LEY 1153 DE 2.007 O DENOMINADA DE PEQUEÑAS CAUSAS.

El tema que trataremos en este acápite, junto con el de la captura, además de la pena misma, son los más sobresalientes dentro del proceso penal, pues en ambas figuras se restringe seriamente el derecho fundamental de la libertad con el impacto individual y social que producen las mismas. Por eso el gran reto de una justicia pronta y cumplida es que se cumplan de manera perentoria los términos para resolver en forma definitiva la situación jurídica de una persona (Condena o absolución), teniendo en cuenta que la restricción de la libertad producto de una medida de aseguramiento es de carácter esencialmente provisional y excepcional como a continuación lo veremos. En el caso de la ley de pequeñas causas esto se hace más protuberante, pues es una ley con unos términos y procedimientos más expeditos, no exento de garantías constitucionales, que permiten que las decisiones finales se tomen en tiempos más cortos, al punto que se hace más drástica la medida de libertad en caso de incumplirse los mismos ¹⁴.

Con la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio la libertad se convirtió en regla general y la restricción de la misma como la excepción, pues en un Estado Social de Derecho aún dentro de un proceso penal solo es viable la privación de la misma como producto de una medida de aseguramiento o una sentencia condenatoria y solo por vía excepcionalísima su limitación en el primer evento, fundamento que fue elevado a canon constitucional con el acto legislativo 03 de 2.002 y así se desarrolló con el nuevo código de procedimiento penal, tesis válida para la ley 1153 de 2.007 en este tópico. Estos planteamientos que parecen ser exclusivos del régimen acusatorio no los son, pues como lo hemos planteado en este ensayo la libertad es una premisa y derecho fundamental con cimiento en la Carta Política, razón demás para sustentar que la misma es aplicable al sistema de las pequeñas causas, mucho más cuando la ley que regula este proceso hace remisión expresa a la ley 906 de 2.004. En ese sentido consideramos que es aplicable el principio contemplado en el art 295 del código de procedimiento ordinario que hace una afirmación expresa de la libertad como regla general y que anuncia

14. Artículo 53.3 de la ley 1153 de 2.007 prevé la libertad en los siguientes términos: “Cuando hayan transcurrido veinte (20) días desde la captura sin que se haya iniciado la audiencia de juzgamiento.”

que para su restricción se debe acudir a criterios de necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad frente a los contenidos constitucionales para poder aplicar una medida de aseguramiento privativa de la libertad. Antes de continuar con el análisis de la restricción de la libertad producto de una medida de aseguramiento, debemos observar que en la ley objeto de este inacabado estudio solo tiene una: La del arresto preventivo, lo que significa que no es viable jurídicamente imponer una medida diferente a la prevista taxativamente en la legislación, razón lo suficientemente grave para considerar por parte del Juez, que al tomar la decisión que corresponda debe hacerlo dentro de un estricto marco de razonabilidad y proporcionalidad, pues solo así podrá ajustarse a los lineamientos constitucionales y legales previstos para limitar el derecho fundamental de la libertad en el sentido de la excepcionalidad de su restricción, mucho más cuando estamos en presencia de conductas punibles de menor entidad no solo jurídicamente sino socialmente y que en algunos eventos son de los punibles llamados por la doctrina "de bagatela". Es importante resaltar como el arresto preventivo solo procede en las contravenciones de lesiones personales dolosas y culposas que no sobrepasen los treinta (30) días de incapacidad médico legal sin secuelas; hurto (art 239 del c.p.); hurto agravado (art 241 del c.p.); hurto calificado Art 240 numerales 1, 3 y 4 del c.p.); la estafa agravada (art 247 del c.p.) y el abuso de confianza agravado (El simple, el del 249 del c.p., no tiene pena prevista en la ley 1153 de 2.007) ¹⁵. En los eventos de contravenciones contra el patrimonio económico será de competencia de los jueces de pequeñas causas siempre y cuando lo hurtado no supere los 10 salarios mínimos legales vigentes para la época de los hechos ¹⁶.

La ley 1153 de 2.007 al abordar el tema de la medida de aseguramiento única que contempla (Arresto preventivo) no reglamentó o previó cuales eran los requisitos de la misma para su imposición, salvo en dos eventos a saber: a. Que se hubiese legalizado la captura en flagrancia y el retenido se le haya formulado imputación por delito o contravención dentro del laso del año anterior, siempre que no se le haya precluido o declarado inocente o se cumpliera lo previsto en el artículo 52 de la ley 1153 de 2.007 y, b. Cuando a la persona contra la que se esta procediendo registre una condena anterior por contravención o delito, sin embargo este requisito se debe entender en el sentido que la misma sea definitivas a la luz del artículo 248 de la Constitución Política. En ambos eventos reseñados son aplicables tanto para el procedimiento ordinario como el de flagrancia. Al respecto, en el ordinario surge la duda no resuelta de si, ¿es posible imponerla oficiosamente?, o si necesita solicitud de parte?, en cuyo caso ¿quién debe aportar

15. Ver el párrafo 2 del art 30 de la ley 1153 de 2.007

16. Ver artículos 52 y 53.1 de la ley 1153 de 2.007.

las pruebas para su imposición?, pues la ley habla que el régimen probatorio es el de la ley 906 de 2.004. Si observamos detenidamente estos condicionamientos (Tener antecedentes o imputaciones de delitos o contravenciones) para imponer la medida, son de tendencias positivistas o mejor, más propias de un régimen penal de autor y no de acto como lo sostiene nuestra jurisprudencia y doctrina de forma constante. Además de este grave dilema doctrinario, de no poca monta, es importante resaltar como en virtud del art 1 de la ley de pequeñas causas es viable sostener y también por vía constitucional ¹⁷ que además de lo ya enunciado, el Juez debe analizar el tema de la inferencia razonable de autoría o participación de la persona en la conducta imputada y la necesidad de la misma, que debe estar referida necesariamente a tres aspectos a saber: a. Que el imputado va a comparecer al proceso contravencional; b. Que el imputado no va a destruir prueba o a obstruir la comparecencia de un testigo o a intimidarlo para variar su dicho y, c. Que el imputado no representa un riesgo para la seguridad de la comunidad, en especial de las víctimas.

No consideramos que se pueda aplicar en los procesos contravencionales los criterios expuestos en la ley 1142 de 2.007, en tratándose de ser únicamente necesaria la gravedad de la conducta para imponer la medida de aseguramiento prevista para las contravenciones, pues a todas luces el argumento en cita solo tiene cabida para conductas graves como las consideradas delitos en el código penal y que el legislador prevé deben ser tratadas con drasticidad, sin embargo en el caso de las contravenciones ello no es posible, pues la decisión del legislador es degradar esas conductas de delito a contravención, imponiendo a sus autores penas más suaves, incluso no privativas de la libertad como son la multa y el trabajo social no remunerado, pues entiende que estas personas objeto de este proceso contravencional pueden y deben ser reincorporadas a la sociedad a la mayor brevedad posible, en consecuencia penas privativas largas no cumplirían ese cometido.

Adicional a lo expuesto, para considerar que la medida de arresto preventivo es excepcional, fundamos nuestra tesis, valga la redundancia de la excepcionalidad, en que el constituyente derivado del acto legislativo 03 de 2.002 en su art 2 ¹⁸ expresa que solo se pueden imponer medidas de aseguramiento, sin diferenciar entre privativas de la libertad y no restrictivas de la misma, sí se hace necesaria y para establecer esta circunstancia se hace indispensable el test de proporcionalidad.

17. Ver numeral 1 del art 2 del acto legislativo 03 de 2.002 y la sentencia C-774 de 2.001, M.P. Rodrigo Escobar G sobre el tema de la necesidad de la medida.

18. "Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias..."

Otro tópico que debemos abordar frente a este delicado tema de la libertad, es lo previsto en una legislación específica y protectora como la de la niñez y adolescencia o ley 1098 de 2.006, que ha introducido modificaciones sustanciales al régimen de libertad de la ley 906 de 2.004, aplicable en la ley 1153 de 2.007, consistentes en obligar al Juez a imponer medida de aseguramiento de detención preventiva intramural en los delitos lesiones personales dolosas cometidos contra infantes o adolescentes. Así mismo restringe la detención domiciliaria en los casos previstos en los numerales 1 y 2 del art 314 del c.p.p. modificado por la ley 1142 de 2.007 en su art 27. Al observar detenidamente el contenido de la ley en comento, si bien es cierto tiene fuerza constitucional en el sentido de la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, en nuestro sentir las limitaciones al derecho a la libertad cuando los menores de 18 años de edad sean víctimas, en este caso de lesiones dolosas inferiores a 30 días sin secuelas, desconoce la proporcionalidad que debe regir la imposición de las medidas de aseguramiento, que es criterio obligatorio para todos los actores del proceso penal acusatorio colombiano como atrás lo sostuvimos. Además, argumentar la tesis de la prevalencia de los derechos fundamentales de los infantes y adolescentes en forma absoluta como lo prescriben las normas en cita, punto de vista reinante, en especial dentro del legislativo, convierte el proceso penal, aún uno tan atenuado como el contravencional de la ley 1153 de 2.007, en uno carente de garantías mínimas para quienes son sujetos del mismo, lo que puede revertirse en contra de estas víctimas, toda vez que las aflicciones a la libertad se pueden volver en un obstáculo para procesos de justicia restaurativa que es un fin de mayor significación social y de resarcimiento de los derechos de las víctimas que las medidas y penas en contra de los victimarios en estos eventos.

Como conclusión general, no podemos desconocer que esta ley se ha promulgado para actos de poca entidad o consecuencias de menor envergadura o daño en contra de las víctimas, por esta razón no es posible a la luz de una lectura constitucional de las normas de la ley aquí citada en forma múltiple generalizar la restricción de la libertad como se pide desde otros escenarios sociales, pues hacerlo así, sería ir en contravía constitucional volviendo más gravosa la situación del contraventor frente a quién comete delitos, con el único argumento legal de existir previamente una imputación o una condena, rezagándonos a tesis positivistas con gran contenido de derecho penal de autor, como atrás lo enunciamos, so pena de hacer cumplir la ley, dejando de lado herramientas constitucionales como las de la necesidad y la proporcionalidad cuando se trata de derechos fundamentales, como en efecto lo es de forma prevalente la libertad en nuestro ordenamiento jurídico vigente, en especial a partir de la Constitución política de 1.991.

2. RÉGIMEN PROBATORIO.

*Autor: David Ernesto Vega Rincón.
Juez 40 De Control De Garantía De Bogotá.*

Resulta innegable que, el factor probatorio constituye un referente de enorme importancia dentro del ámbito del proceso penal. Si tenemos en cuenta que, en últimas, el objeto de la prueba no es otro que el de conducir al juzgador a un mayor grado de aproximación a la verdad (1 URBANO), para que pueda entonces tomar decisiones que contribuyan a los fines constitucionales de la prueba y del proceso en sí. Esto es, encontrar la verdad, impartir justicia y lograr una reparación de los derechos de las víctimas dentro de un marco de justicia restaurativa.

Lo anterior, que resulta tan obvio, igualmente requiere de gran cautela y precisión ya que no es posible pensar en un proceso penal, vale decir donde se debaten responsabilidades frente a conductas previstas como punibles, sino en un ámbito que debe estar debidamente reglado y cuyas previsiones deben ser estrictamente observadas por aquellos a quienes se les ha encomendado la labor de adelantar actividades relacionadas con tal procedimiento.

Surge así, necesariamente, el primer gran marco de referencia para todo lo relacionado con la actividad probatoria: la Constitución Política. Y decimos que necesariamente, ya que no resulta posible concebir un Estado moderno o que así se considere, si no se trata de una organización política estable, coherente y sujeta a la observancia de unas normas mínimas de convivencia, en las que se asegure el respeto por la dignidad de la persona y en general, por sus derechos más consustanciales con su condición de ser humano. Hablamos entonces de la obligación de respetar los derechos fundamentales de la persona en cada una de las instancias y procedimientos a los que se ve sometido el ciudadano desde el momento en que se ve involucrado en una investigación criminal.

Lo anterior significa, ni mas ni menos, que no resulta posible aceptar ninguna clase de práctica que desemboque en el desconocimiento de los derechos de las personas, ya que no podemos sacrificarlos en función de una tendencia “eficientista”. No se puede admitir que en la búsqueda de resultados dentro de una investigación se desarrollen procedimientos en donde la persona sea desconocida como tal –como ser humano-, degradándolo a la condición de objeto, instrumentalizándolo así a los objetivos que se persiguen dentro de una investigación sin importar lo ético ni lo ajustado a la legalidad de tales actuaciones.

De tal manera que podemos decir que en la medida en que en la práctica probatoria se respeten los derechos de la persona, nos ajustamos a lo que la Carta Magna prescribe en tal sentido y no puede ser de otra forma, si partimos además, del concepto de Estado de Derecho. Agregar que la mejor manera de establecer cuál es el grado de modernidad y respeto de los derechos de las personas en una determinada organización política y social –léase Estado -, es a través de su manera de investigar y enjuiciar ante la ocurrencia de conductas ilícitas, ya es lugar común pero, no por ello resulta menos válido ni acertado.

Por supuesto que hacemos referencia entonces a categorías y conceptos que ya han sido puntualizados y desarrollados a través del estudio de la Ley 906 de 2004 y aún desde más atrás, si tenemos en cuenta que conceptos como el de derechos Fundamentales, Estado de Derecho, Bloque de constitucionalidad no son ni deben resultar extraños al funcionario judicial. En efecto, tales conceptos, específicamente el de estado de derecho necesariamente ha venido siendo estudiado y desarrollado no sólo desde la academia, sino consecuentemente desde los estrados judiciales como que quienes tienen contacto directo con tal actividad –la judicial-, hacen efectivas las formas de expresarse y exteriorizarse un Estado de tal característica, en la medida en que el respeto por el ser humano en todas sus dimensiones debe ser el principal objeto de todas sus actuaciones y las de quienes le representan.

Dentro de éste contexto, es claro que no puede pensarse en derechos fundamentales válidos para un procedimiento, pero de menor valor o carente de él frente a otra manera de administrar justicia. Como tampoco podemos pensar, válidamente, en derechos fundamentales de primera y de segunda clase. Así, entonces llegamos a la conclusión de que los derechos fundamentales lo son en todo ámbito y sólo encuentran limitación en tanto que ésta se encuentra legal y constitucionalmente fundada.

Por ello debemos señalar que los derechos Fundamentales tendrán la misma validez y obligatoriedad de protección por parte del Estado –en tanto que Estado de derecho-, independientemente de si el ámbito desde el cual se estudia la posibilidad de afectarlos se entiende referido a un proceso por una conducta delictual o una contravencional. Es decir, que por ejemplo, el dilema de hasta dónde resulta lícito y permitido invadir el derecho fundamental a la intimidad tendrá la misma solución bien sea que nos hallemos en el escenario de una investigación de una conducta prevista, descrita y sancionada por el legislador como delito o bien que se trate de una cuya tipificación se encuentre dentro del rango de las contravenciones, como ocurre con las previsiones de la Ley 1153 de 2007.

En dicho sentido, resulta entonces claro que así como es exigible que en el proceso de producción, recolección, aducción y valoración de la prueba dentro del procedimiento que se rige por los postulados de la Ley 906/04, deben seguirse las reglas que han sido diseñadas para la protección de los derechos fundamentales tanto de víctima como de victimario, de la misma forma tales procedimientos deben ceñirse a las exigencias ya reseñadas en lo tocante con lo relacionado con la ley 1153/07. En pocas palabras, que no por tratarse de un proceso contravencional se pueda pensar en que se puedan desdeñar los derechos fundamentales de los involucrados.

Por tales razones, resulta de suma importancia tener en cuenta algunos aspectos, desde el ámbito probatorio, en el desarrollo del trámite procesal previsto por la Ley 1153 de 2007, debiéndose resaltar desde ahora, dos aspectos o cometarios. El primero de ellos, la marcada tendencia inquisitiva de dicho procedimiento, como veremos más adelante y en segundo lugar, las notables incoherencias en la redacción y concepción de la citada ley. Aspecto éste último al que ya hicimos referencia en ponencia presentada en el Conversatorio celebrado recientemente (diciembre 2, 3 y 4 de 2007) en la ciudad de Bucaramanga.

Partiendo así de presupuestos como éstos, debemos avanzar indicando que la prueba (por supuesto, legalmente recolectada), no solamente constituyen el principal insumo, como arriba se señalaban para poder llegar a una decisión legalmente fundada, sino que desde otro punto de vista viene a estructurar una garantía en tanto que a través de ella o mejor aún, con su presencia se asegura que cualquier decisión que finalmente tome el fallador, respete la exigencias de que se ajuste estrictamente a lo que pudo establecer en el juicio, como verdad mayormente aproximada a la realidad, vale decir, que finalmente, se trata de una garantía para el procesado.

Así entonces, podemos pensar en que tal garantía tendría por lo menos dos dimensiones:

- La primera de ellas, que no se va a desarrollar un proceso sin que en su contra no exista por lo menos algún elemento de convicción que permita pensar en su posible participación o autoría en una determinada conducta que el legislador haya previsto como punible. Esto reviste gran importancia, ya que guarda estrecha relación con la característica de estado de derecho consagrada en nuestra Carta Magna y además preserva el derecho de la persona a permanecer ajeno a todo tipo de investigación en la que sus derechos pidieran ser limitados, así sea de manera temporal.
- El otro lado de la moneda, hace referencia a la obligatoriedad que nace para el juez de tomar decisiones estrictamente ligadas con el acervo probatorio que se

ha presentado en el juicio, sin que tales determinaciones entonces puedan ser resultado de su libre concepción o arbitrio. De allí se sigue entonces que el juez está obligado a tomar decisiones debidamente fundadas, característica propia además, de un Estado de Derecho.

Pues bien, lo anterior no obsta para mencionar que, de igual forma, desde el referente probatorio, aparece otra garantía consistente en el derecho que tienen los intervinientes de aportar pruebas que sustenten sus dichos y pretensiones. Derecho que se constituye como una obligación si se piensa en que no de otra forma pueden prosperar estas ni considerarse seriamente aquellas.

Pues bien, de otra parte debemos precisar que a pesar de que ya han sido desarrollados en literatura abundante sobre la ley 906/04, hay algunos aspectos sobre los cuales debemos insistir en el momento de entrar en el estudio de la Ley 1153/07 máxime si se tiene en cuenta su primer artículo. En tal sentido resaltaremos algunos solamente:

PRESUNCION DE INOCENCIA

El principio de presunción de inocencia, se constituye como una categoría de enorme valor dentro de toda investigación y es además una garantía fundamental y esencial propia de todo estado moderno y civilizado que se auto proclame como Estado de Derecho. Tiene que ver con el derecho que tiene toda persona a que se le considere inocente hasta el momento en que en su contra exista una sentencia de condena debidamente ejecutoriada. En tal sentido, es muy clara la Carta Magna en su art. 29 , por lo que el Juez de pequeñas causas deberá siempre tener en cuenta tal precepto y abandonar criterios peligrosistas. Vale decir, que deberán ser las pruebas, que de manera lícita hayan sido recopiladas, las que determinen si procede una determinada sanción.

A tal respecto, cabe señalar que el juez de pequeñas causas no puede tener en cuenta, de manera mecánica y exclusiva, los antecedentes que obren con respecto al presunto contraventor. Esto muy a pesar de lo que la misma Ley 1153 señala en repetidas ocasiones , pues brindarle tal contundencia a los antecedentes, por encima de las pruebas que puedan existir y aún a pesar de la ausencia de las mismas, viola derechos fundamentales como el debido proceso, presunción de inocencia y aún el de igualdad.

PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

Ahora bien, es claro que en un Estado de Derecho, democrático y pluralista, el escenario del proceso penal es una de sus principales manifestaciones de tales categorías, si no la principal. Esto es, que dentro del proceso penal se dinamizan y se hacen visibles las fuerzas que intervienen y se constituye entonces en el escenario idóneo para que la manifestación política que subyace, se materialice, por lo que depende de las posibilidades reales que quien se encuentra vinculado en tal procedimiento tenga en lo que respecta a su defensa, para poder afirmar que efectivamente se trata de un espacio donde se materializa y se hace visible el carácter democrático y pluralista del Estado. Contrario sensu, si lo que se puede allí observar es a una persona cuyas posibilidades de defensa aparecen limitadas o inexistentes, no podemos pensar en un escenario de democracia y pluralismo.

En tal dirección, entonces, corresponde al juez una importante labor desde el ámbito probatorio, al efectivizar el derecho a la contradicción que tienen las partes en contienda. Tiene esto, además, íntima relación con que doctrinalmente se ha denominado "igualdad de armas" y que, básicamente consiste en que las partes tienen exactamente las mismas posibilidades y el mismo derecho en lo que toca con la presentación de material probatorio para sustentar sus manifestaciones y peticiones.

Esto también significa que el juez deberá valorar con los mismos parámetros, las pruebas que le son presentadas. Ahora bien, cabría aquí una observación dadas las características especiales del procedimiento a seguir con la ley 1153/07, en el sentido de que tal actitud por parte del juez, comienza desde el mismo momento en que debe valorar si la captura de una persona sorprendida en aparente flagrancia, resulta legal o no.

Pues bien, la ley 1153/07 en su art. 50, únicamente se refiere al tema específico de la flagrancia, por lo que se desprendería del inciso 2º y del párrafo 1º que la legalidad del procedimiento de captura tiene éste único referente, dejando de lado otros aspectos que sí aparecen claramente delineados en la Ley 906/04 a la que, por otro lado, se hace remisión en el art. 1º de la ley de pequeñas causas.

Lo anterior entonces obliga a que el juez sea muy acucioso en exigir que se demuestre, por supuesto con elementos de convicción, no solo la flagrancia como tal, sino que igualmente confluyan las previsiones de los arts. 302 y 303 de la Ley 906/04, vale decir, el respeto a los términos y a los derechos de la persona capturada, como requisitos ineludibles para poder declarar legalmente desarrollado un procedimiento de captura, en tanto que se haya dado cabal cumplimiento a tales preceptos legales.

Tratándose de un procedimiento tan abreviado, tales exigencias resultan apenas mínimas, si se tiene en cuenta que de acuerdo con el Art. 44 de la Ley 1153 una vez legalizada la captura, se procede a escuchar al querellante, quien entonces presentará la imputación por sí o por intermedio de abogado y el querellado señalará si la acepta o no. Ahora, en caso de no aceptación las partes podrán pedir o presentar las pruebas a tener en cuenta en la audiencia de juzgamiento, ante lo que el juez, allí mismo, decretará aquellas que encuentre pertinentes y admisibles. Nótese entonces que aquella persona que aparece como presunto contraventor, ante la declaratoria de legalidad de su captura cuando hay flagrancia, ineludiblemente se verá enfrentado a una imputación y de la misma forma a una posterior audiencia de juzgamiento.

Por ello y teniendo en cuenta que muy posiblemente tal querellado no va a contar con un defensor de confianza, sino con un integrante de un consultorio jurídico, su ejercicio de defensa, la defensa técnica más exactamente, tendrá serias dificultades ante la premura y celeridad en la actuación, para desarrollar su actividad probatoria. Allí entonces el juez deberá ser flexible y permitir que aquel dialogue con su defensor, sin presiones en lo que a factor tiempo se refiere ni por supuesto de ninguna otra clase, ya que no contará con ninguna otra oportunidad para estructurar una estrategia de defensa.

Pero, además, es claro que la ley 1153/07 revive, en el ámbito procesal una clase de defensa que había sido desterrado por la Ley 906/04: la defensa de oficio. Efectivamente, si tenemos en cuenta que el art 56 faculta a los miembros de los consultorios jurídicos para representar a los querellantes y a los querellados, sin mencionar tal norma, la ley 1153, a la Defensoría Pública, esto se vislumbra ya que es de todos conocido que los consultorios jurídicos por razón de las vacaciones de las universidades, dejan de funcionar aproximadamente cuatro meses en el año.

Esto necesariamente da origen a que en tal lapso y teniendo en cuenta que la Defensoría Pública no es mencionada para tales fines, deberá acudirse a designar a quienes sin ser defensores de confianza, ya que no son llevados al proceso directamente por el querellado, sean abogados titulados y estén en disposición de atender tales diligencias, lo que de por sí, no garantiza un ejercicio real de una eficaz e idónea defensa técnica.

Esto puede arrojar entonces, situaciones en donde el querellado no contará con una real y completa práctica de pruebas tendiente a demostrar su falta de responsabilidad en un a de las conductas previstas por la ley y en algunos casos puede dar origen a anomalías que determinen vicios procedí mentales no subsanados a tiempo.

Este panorama, ya de por sí bastante delicado, será aún mas problemático en provincia, en ciudades y poblaciones en donde no existan facultades de derecho y lógicamente no funcionen consultorios jurídicos, por razones apenas obvias, lo que puede llegar a revivir viejas usanzas, la necesidad de acudir a una persona honorable del lugar, que además ya fueron desterradas felizmente de la práctica judicial y en realidad dentro de un Estado de Derecho no puede ser bien visto el recurrir a salidas que no garantizan debidamente el ejercicio pleno del derecho de defensa de una persona. Si se efectúan críticas sobre la presencia de personas tituladas que en realidad no tienen un real vínculo profesional con el procesado ni con la actuación, legal y éticamente hablando, menos resulta aceptable la presencia de quienes carecen de preparación para tal finalidad. En ambos casos lo que resulta común es que se apela a tal opción, únicamente por llenar un requisito formal y el poder contar con la firma de alguien para una determinada diligencia, pero desatendiendo el derecho que tiene el vinculado a contar con una verdadera defensa actuante y eficaz, con un interés real en la actuación y una comunidad de intereses con su representado.

Debe resaltarse igualmente, que es muy diferente el panorama para el querellado en el caso del procedimiento ordinario previsto en los arts. 42 y ss. de la citada ley. En efecto, si se observa bien, desde la presentación de la queja, el querellante está obligado a relacionar las pruebas que pretende hacer valer en audiencia.

El querellado, por su parte, goza en éste procedimiento del derecho apenas elemental, de ser citado indicándosele la información básica, donde además se le indicará que puede tener acceso a copia de la querella y de los documentos (o sea las pruebas) que presentó el querellante, para así poder preparar su defensa.

Salta a la vista, entonces, la gran diferencia que existe para quien resulta vinculado por captura en flagrancia, frente a quien es querellado y es objeto del trámite ordinario, en punto al ejercicio de la actividad probatoria. Esto permite resaltar que ante tan notable desequilibrio, el juez debe morigerar tal situación, permitiendo sin afanes injustificados que el implicado tenga una real oportunidad de trazar una estrategia de defensa, coordinando con su defensor la solicitud y presentación de pruebas en aplicación de principio de igualdad, contradicción y respeto además del derecho a la dignidad que le es propio a todo ser humano.

El Principio de Contradicción en la Audiencia de Juzgamiento de la Ley 1153/07

Continuando por la línea de abordar el aspecto probatorio en la Ley 1153/07, teniendo en cuenta la 906/04 a la cual se halla referida por su primer artículo, debemos entonces reiterar que al juez de pequeñas causas en la audiencia de

juzgamiento, básicamente le corresponde el mismo grado de responsabilidad en su desarrollo, en cuanto a velar porque los derechos de las partes involucradas –llámese querellante o querellado-, se respeten desde todo punto de vista.

Siendo así, nuevamente cobra especial importancia, el derecho a la contradicción, si se tiene en cuenta lo arriba expuesto y con mayor razón si se tiene en cuenta que será el ámbito en el que se entra a analizar si cabe responsabilidad en los hechos que le han sido imputados al querellado.

Por ello, entonces no puede pensarse en la realización de una audiencia de tal naturaleza , si el ahora imputado no se halla acompañado de un defensor y pensaríamos que además de un defensor idóneo, entendiéndose por tal, aquel que cuente con una verdadera preparación para tales eventos, que su actividad sea visible e innegable y que, por lo demás, haya tenido tiempo para entrevistarse con su protegido antes de la audiencia preliminar, o sea, que verdaderamente conozca no solo al querellado, sino el caso mismo.

Ahora, de otro lado, tal ejercicio de contradicción necesariamente se encuentra ligado a la práctica probatoria. Es decir, que las partes tienen todo el derecho de que practiquen las pruebas que previamente han sido decretadas por el juez. Así, en los arts. 46 y 51 de la ley 1153 se señala dicho procedimiento, debiéndose resaltar que primero se practicarán las del querellante y enseguida las del querellado; de la misma manera es de subrayar que tal práctica, se desarrollará de conformidad con las reglas que para el efecto se encuentran previstas en la Ley 906 /04, o sea lo que establece en el Título IV, Capítulo III, Arts. 372 a 382:

“Artículo 372. Fines. Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe.

“Artículo 373. Libertad. Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.

“Artículo 374. Oportunidad de pruebas. Toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357, y se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público.

“Artículo 375. Pertinencia. El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o

circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito.

“Artículo 376. Admisibilidad. Toda prueba pertinente es admisible, salvo en alguno de los siguientes casos:

- a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido;
- b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y
- c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento.

Como pareciera obvio, la Publicidad hace referencia a que la prueba se practique en la audiencia del juicio, en presencia de las partes, intervinientes y público; la Contradicción, a la facultad que tienen las partes para controvertir las pruebas presentadas en el juicio o las que sean practicadas por fuera del mismo (si bien la prueba anticipada en éste procedimiento será muy escasa y por lo tanto, exótica); la Inmediación en cuanto que se valorará por parte del juez únicamente la prueba que practique en su presencia y además la excepcionalidad de la prueba de referencia, señalándose en el art. 381:

“Artículo 381. Conocimiento para condenar. Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.”

Por lo tanto, es claro que si en el proceso contravencional se aprecia que en contra del imputado sólo concurren pruebas de referencia, no será posible edificar con ellas una sentencia de condena. Esto es lógico, si se tiene en cuenta que la ley 906 la describe así:

“Artículo 437. Noción. Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.”

Se puede afirmar, entonces que tal prueba resulta muy precaria, frente a su valor probatorio, al tener origen fuera del juicio, sobre hechos y dichos en éste

caso relativos a la contravención estudiada, sin que de manera directa se pueda aducir, sino que resulta preciso recurrir a terceros. Esto de por sí, desdibuja el valor que debe tener toda prueba, ya que no resulta posible controvertirla y por lo demás, el sólo hecho de la falta de la característica propia del principio de inmediación, origina una nueva anomalía, esta demasiado importante, en cuanto que la prueba debe ser practicada ante el juez en el juicio. De allí que no sea posible estructurar una condena, basándose exclusivamente en pruebas de tan escaso valor, esto sería atentatorio contra el derecho de defensa y el debido proceso y por supuesto originaría anomalías que determinarían la nulidad de la actuación correspondiente.

Artículo 382. Medios de conocimiento. Son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico.

En lo que respecta a ésta última disposición, aplicada entonces al procedimiento contravencional, debe mencionarse que establece entonces en cabeza de las partes la posibilidad de emplear diversos medios de conocimiento para lograr llevar al administrador de justicia al convencimiento de que su pretensión es justa. Así entonces, tanto querellante como querellado tiene la facultad de emplear tales medios que aparecen relacionados y aún –abriendo un amplísimo espectro de posibilidades-, “cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico”.

Pues bien, al respecto cabe efectuar algunos comentarios como que, por ejemplo, en lo que respecta al querellante existirán muchos casos –quizá la gran mayoría– en los que éste carece de conocimientos jurídicos y de recursos económicos para asesorarse debidamente y por lo tanto, tendrá serias dificultades para lograr demostrar la justeza de sus peticiones. Se ora parte, la práctica diaria y la experiencia nos enseñan que en las entidades sean públicas o privadas, son renuentes a facilitar que un particular, aún siendo abogado, acceda a archivos y documentaciones o a efectuar alguna actividad que se requiera para tales finalidades. Piénsese por ejemplo en la eventualidad de que un lesionado quiera obtener –motu proprio-, prueba de alcoholemia de quien en un accidente de tránsito lo atropelló o cuando se requiera consultar bases de datos en una entidad financiera o en una empresa de telefonía móvil para identificar plenamente a quien se tiene como autor o partícipe de alguna conducta contravencional.

Tal ejercicio probatorio, tendrá enormes dificultades remarcándose aquí, la característica claramente inquisitiva ya anteriormente señalada de éste procedimiento contravencional en el aspecto probatorio, ya que en mucha s

oportunidades el juez de pequeñas causas, para buscar la verdad y la justicia y en el afán de proteger y asegurar los intereses de las víctimas, no sólo podrá sino que deberá actuar oficiosamente ordenando pruebas para lograr una verdadera restauración de los derechos de aquellas y en otras ocasiones, lo hará para equilibrar la balanza y buscar que ante la ausencia de una defensa idónea se recauden aquellas pruebas que aseguren que no se llegue a una sentencia de condena por inactividad o desconocimiento de la ley.

PRUEBA ILÍCITA. EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA.

Aspectos como los referidos anteriormente, igualmente nos llevan a efectuar algunos comentarios acerca de la legalidad de la prueba, referida ésta a su origen a la forma como se obtiene. Esto se encuentra necesariamente ligado a la concepción de estado de Derecho a la que se ha hecho alusión a lo largo de éste escrito.

Efectivamente, si tenemos en cuenta lo preceptuado por el art. 29 de la Carta Política, encontramos que allí se señala claramente que “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. Y no podría ser de otra forma, si como ya se ha reiterado hasta el cansancio, el colombiano es un Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista , lo que determina entonces que, teniendo en cuenta que por lo demás, la misma disposición, señala que dicha organización jurídico política se funda en el respeto a la dignidad humana, no resulta posible ni admisible la práctica de conductas dentro de un engranaje jurídico como es la administración de justicia que propicie y tolere procedimientos que conculquen derechos humanos.

No vamos a abundar en detalle sobre éste aspecto, máxime si para fines académicos y prácticos en el momento resulta suficiente con lo expuesto en tal materia por tratadistas de la talla de los Dres. Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Lynett , Jairo Parra Quijano y José Joaquín Urbano

Cabe sí recalcar que, tal y como señalan los Dres. Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Lynett en la obra citada arriba, cuando se habla de pruebas obtenidas con violación del debido proceso, se está haciendo referencia aquella que se recauda con violación de cualquier derecho fundamental. En tal escrito, los autores aludidos citan acertadamente la Sentencia SU 159 de 2002.

Ahora bien, también debe subrayarse que el funcionario jurídico, ante la evidencia de que existe una prueba producida u obtenida de tal manera, deberá proceder a declarar su exclusión . Igualmente por vía jurisprudencial, ya se ha

obtenido claridad al respecto por parte de la Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad del art. 455 de la Ley 906/04.

Por ello y teniendo en cuenta el art. 1º de la Ley 1153/07, debemos señalar que al juez de pequeñas causas igualmente le corresponde hacer una valoración de la licitud en cuanto a la forma como se obtiene una prueba dentro del proceso contravencional y tomar la decisión que corresponda frente a tal eventualidad.

Lo anterior, nos lleva ineludiblemente a abordar un tema cual es el de la práctica de pruebas que, dentro del sistema acusatorio, requieren de control posterior y aún de aquellas que requieren de un control previo por parte de un Juez de Garantías. Tales mecanismos fueron previstos y desarrollados justamente para evitar que se construyera un proceso edificado sobre la violación del debido proceso.

Sin embargo, la ley 1153 dada su marcada tendencia inquisitiva, no hace alusión directa a dicho control. Pareciera entonces que se podría de alguna manera tolerar prácticas probatorias ajenas a lo arriba expuesto, abriéndose paso así a un Estado no de derecho, sino desconocedor de los derechos fundamentales de las personas. Como esto no es posible, no resulta coherente con los arts. 1º y 29 de la C.P., deberá entenderse entonces que siempre el funcionario judicial deberá proceder al retiro del escenario procesal de las pruebas que se obtengan con violación de los derechos fundamentales.

Ahora bien, en el procedimiento contravencional, quién realizará tal labor? Frente a esto existen dos opiniones o tendencias: La de quienes señalan que será el mismo juez de pequeñas causas quien deberá efectuar el examen ya sea previo o posterior sobre la práctica de una prueba, en los términos de los arts. 213 a 250 de la ley 906/04, en lo que resulte procedente y necesario.

Nosotros., por el contrario, opinamos que deberá ser específicamente un Juez de Control de garantías quien realizará tal labor y no podría ser de otra forma si tenemos en cuenta, en primer lugar, que al Juez de pequeñas causas la ley no le otorga tal función, mientras que al de garantías sí específicamente esta es la labor que le ha sido asignada legal y constitucionalmente. Además jurisprudencialmente esto ha sido precisado en la Sentencia C 591 de 2005.

Por ello pensamos que, ante la necesidad de recaudar alguna prueba que entrañe una eventual intromisión en la esfera de los derechos fundamentales y que requiera autorización previa para ello o luego de efectuarse alguna prueba que requiera control posterior, el interesado en la valoración de la misma deberá acudir para tales fines ante un Juez de control de garantías y luego sí presentarla en la audiencia correspondiente ante el juez de pequeñas causas.

4. COMPETENCIAS JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS.

Autor: Luis Antonio Murillo.

Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cárceza.

INTRODUCCIÓN

Inicialmente los Juzgado de Conocimiento, además de proferir la sentencia condenatoria ejercían la vigilancia y control sobre la pena y medida de seguridad que imponían, pero con la expedición del Decreto Ley 2700 de 1991, su artículo 75 y el acuerdo 54 de 1994, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, la responsabilidad de la vigilancia y garantía de la legalidad en la ejecución de las penas y las medidas de seguridad impuestas mediante sentencia debidamente ejecutoriada, fue asignada a los nuevos jueces denominados “jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad” y de responsabilidad de la dirección general de prisiones, pero como no fueron creado para todos los distritos judiciales, en aquellos distritos donde no existían jueces de penas, seguían con estas funciones los jueces de conocimiento.

Las funciones de ejecución de penas que cumplían los jueces de conocimiento, fue legalizada mediante el párrafo transitorio del artículo 79 de la Ley 600 del 2000, el cual dispuso que en aquellos distritos judiciales donde no se hayan creado las plazas de jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, cumplirán estas funciones, mientras tanto, los jueces de instancia respectivos.

Con la entrada en vigencia de la Ley 906 del 2004 (Sistema Acusatorio), la competencia de la vigilancia y garantía de la legalidad en la ejecución de las penas y las medidas de seguridad impuestas mediante sentencia debidamente ejecutoriada, por la comisión de delitos, con preso o sin preso es de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad.

En una oportunidad los jueces de conocimientos debido al estatuto de seguridad ciudadana fallaron contravenciones especiales, vigilaban y controlaron la ejecución de la sanción. Contravenciones que posteriormente fueron elevadas nuevamente a delitos

Con la Ley 1153 del 2007, se crean nuevamente conductas contravencionales, la vigilancia y garantía de la legalidad en la ejecución de las penas y las medidas de seguridad impuestas mediante sentencia debidamente ejecutoriada, por los jueces de pequeñas causas, les fueron asignadas a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad.

Como en esta ocasión las sanciones impuestas a los contraventores consisten en penas de arresto ininterrumpido, trabajo social no remunerado, muta y medidas de seguridad para los inimputables, sanciones que deben vigilar y controlar los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, haremos algunas precisiones teniendo en cuenta la normatividad derogada, la vigente y la jurisprudencia que existen sobre la competencia y los asuntos sometidos a su conocimiento, para así, presentar una propuesta sobre la vigilancia y control de la sanción y la medida de seguridad impuesta al contraventor.

La propuesta tiene como objetivo implementar mecanismos y alternativas que contribuyan en la formación del contraventor y su grupo familiar de una manera integral durante el cumplimiento de la sanción para que haya inclusión social.

Igualmente determinar que los jueces de pequeñas causas que profieren la sentencia condenatoria con afectación de la libertad del contraventor, que sea recluido para el cumplimiento de la pena de arresto en un Establecimiento carcelario ubicado en un distrito judicial que no existan jueces de penas, la vigilancia y control de la ejecución de la sanción le corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad del circuito carcelario y penitenciario al cual pertenece el juez de pequeñas causas en materia penal que profirió el fallo.

ANTECEDENTES Y CONCEPTO BASICO

Los asuntos asignados dentro de la competencia de los Jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, inicialmente tuvieron su fundamento en el Decreto Ley 2700 de 1991, artículo 75 y en el Acuerdo 54 del 1994, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, los cuales comprenden los siguientes asuntos:

1-De todo lo relacionado con la libertad del condenado que deba otorgarse con posterioridad a la sentencia, rebaja de penas, redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza, y extinción de la condena.

2-De la verificación del lugar y condiciones en que se deba cumplir la pena o la medida de seguridad.

3-De la acumulación jurídica de penas en caso de varias sentencias condenatorias proferidas en procesos distintos contra la misma persona.

4-De la aplicación del principio de favorabilidad cuando debido a una ley posterior hubiere lugar a la aducción o extinción de la pena.

5-Del reconocimiento de la ineficacia de la sentencia condenatoria cuando la norma incriminadora haya sido declarada inexecutable o haya perdido su vigencia.

Sobre la segunda instancia de las providencias proferida por los Jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, la revisión de la decisión según el artículo 76 del decreto 2700 de 1991, le fue asignada a los superior funcional de los Jueces que hayan dictado la sentencia condenatoria de primera instancia.

La competencia de los jueces de penas también fue consagrada en el artículo 51 de la Ley 65 del 1993 (Código Penitenciario y Carcelario), en los siguientes términos:

1- Del cumplimiento de las normas contenidas en este código y en especial de sus principios rectores:

1-De todo lo relacionado con la libertad del condenado que deba otorgarse con posterioridad a la sentencia, rebajada de penas, redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza y extinción de la condena.

2-De la verificación del lugar y condiciones en que se deba cumplir la pena o la medida de seguridad, de la acumulación jurídica de penas en concurso de varias sentencias condenatorias proferidas en procesos distintos contra la misma persona.

3-De la aplicación del principio de favorabilidad cuando debido a una ley posterior, hubiese lugar a reducción o extinción de la pena.

4-Del reconocimiento de la ineficacia de la sentencia condenatoria cuando la norma discriminatoria haya sido declarada inexecutable o haya perdido su vigencia.

5-Del aporte de pruebas para el esclarecimiento de los hechos punibles cometidos en los centros de reclusión, a fin de que sean investigados por las autoridades competentes.

Por lo reciente de la creación de institución de jueces de penas, no existía claridad sobre la competencia atribuida a los mismo y los asunto sometido a su conocimiento, por ello, los jueces responsables de la vigilancia y control de la ejecución de la pena interpretaban de diferente manera el acuerdo 54 del 1994, emitido por el Consejo Superior de la Judicatura, ante esa disparidad de criterio, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, auto de Noviembre 22 del 1996. M.P. Juan Manuel Torres Freneda, determino la competencia de los mismos.

Posteriormente con la entrada en vigencia de un nuevo código de procedimiento penal, la competencia para los Jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad fue consagrada en el artículo 79 de la Ley 600 del 2000 (deroga el decreto Ley 2700 del 1991), en el cual amplía el conocimiento y dispone que en aquellos distritos judiciales donde no se hayan creado las plazas de jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, cumplirán estas funciones, mientras tanto, los jueces de instancia respectivos, igualmente que los condenados que gocen de fuero constitucional y legal, la competencia para la ejecución de la pena permanecerá en la autoridad judicial de conocimiento.

De tal manera que el artículo 79 de la Ley 600 del 2000, determino la competencia de los jueces de penas en el siguiente sentido:

1-De las decisiones necesarias para que las sentencias condenatorias que impongan sanciones penales se cumplan.

2-De la acumulación jurídica de penas en caso de varias sentencias condenatorias proferidas en procesos distintos contra la misma persona.

3-Sobre la libertad condicional y su revocatoria.

4-De lo relacionado con la rebaja de la pena, redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza y sobre la sustitución, suspensión o extinción de la sanción penal.

5-De 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 la libertad.

6-De la verificación del lugar y condiciones en que se deba cumplir la pena y medida de seguridad.

7-De la aplicación del principio de favorabilidad cuando debido a una ley posterior hubiere lugar a reducción, modificación, sustitución o extinción de la acción penal.

8-Del reconocimiento de la ineficiencia de la sentencia condenatoria cuando la norma incriminadora haya sido declarada inexecutable o haya perdido su vigencia. En este caso el artículo 80 de la Ley 600 del 2000, la segunda instancia de las decisiones proferidas por los Jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, se la asigna a la Sala Penal de los Tribunales del distrito que pertenezca el juez, recurso de apelación que según el artículo 193 No 6 de la Ley 600 del 2000, se

concede en el efecto suspensivo y su trámite lo consagra el artículo 194 de la misma norma.

Con la entrada en Vigencia de manera gradual en el territorio Colombiano de la Ley 906 del 2004 (sistema penal acusatorio-actualmente vigente en todo el territorio colombiano), la competencia de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, fue consagrada en el artículo 38 de esa norma jurídica, asignándole los siguientes asuntos:

1- De las condiciones necesarias para que las sentencias ejecutoriadas que impongan sanciones penales se cumplan.

2- de la acumulación Jurídica de penas en caso de varias sentencias condenatorias proferidas en procesos distintos contra la misma persona.

3- Sobre la libertad condicional y su revocatoria.

4- De lo relacionado con la rebaja de la pena y redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza.

5- De la privación previa 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 la libertad.

6- de la verificación del lugar y las condiciones en que se deba cumplir la pena o la medida de seguridad. Así mismo, del control para exigir correctivos o imponerlos si se desatienden, y la forma como se cumplen las medidas de seguridad impuestas a los inimputables.

En ejercicio de esta función, participaran con los gerentes o directores de centros de rehabilitación en todo lo concerniente a los condenados inimputables y ordenara la modificación o cesación de las respectivas medidas, de acuerdo con los informes suministrados por los equipos terapéuticos responsable del cuidado, tratamiento y rehabilitación de estas personas. Si lo estima conveniente podrá ordenar las verificaciones de rigor acudiendo a colaboraciones oficiales o privadas.

7- De la aplicación del principio de favorabilidad cuando debido a una ley posterior hubiere lugar a una reducción, modificación, sustitución, suspensión o extinción de la sanción penal.

8- De la extinción de la sanción penal.

9- Del reconocimiento de la ineficacia de la sentencia condenatoria cuando la norma incriminadora haya sido declarada inexecutable o haya perdido su vigencia.

Igualmente dispuso (Parágrafo), que cuando se trate de condenados que gocen de fuero constitucional o legal, la competencia para la ejecución de las sanciones penales corresponderá, en primera instancia, a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad del lugar donde se encuentren cumpliendo la pena. La segunda instancia corresponderá al respectivo juez de conocimiento. Al respecto se pronunció la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en el sentido que la competencia para la verificación y control de la ejecución de la pena de los privilegiados es de responsabilidad de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad y no de la Corte, para preservar el principio de la doble instancia.

En esta oportunidad el artículo .478.de la Ley 906 del 2004, asigna la segunda instancia de las decisiones de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad a los jueces que profirió la condena de primera o única instancia, cuando la decisión impugnada tiene que ver con los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la rehabilitación, Ante esta situación normativa Jueces inferiores como son los Jueces Penales Municipales y Promiscuo Municipales, revisaran las decisiones de Jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, que tienen la categoría de Circuito, lo que contraria la filosofía que orienta el recurso vertical de apelación y el esquema propio de la justicia.

En los demás caso las decisiones proferida por los Jueces de penas y medidas de seguridad, la segunda instancia le corresponde al Tribuna del Distrito Judicial al cual pertenezca el juez.

El recurso de apelación interpuesto contra las decisiones de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, según el artículo 177 de la Ley 906 del 2004, se concede en el efecto devolutivo y como en la norma jurídica procesal penal no se indicó el trámite que se le debe dar al recurso cuando se apelan las decisiones de los jueces de penas, ante ese vacío normativo se le debe dar el trámite consagrado para el recuso en la norma procesal civil, por remisión normativa y de conformidad al artículo 177 de la Ley 906 del 2004, se concede en el efecto devolutivo.

Por ultimo en el artículo 35 inciso final de la Ley 1153 de 31 de Julio del 2007(ley de las pequeñas causas), asigna competencia a los Jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, para la vigilancia y control de las penas y medidas de seguridad impuesta a los contraventores, por los jueces de pequeñas casas en materia penal.

Sancione que fueron consagradas en el artículo 7 de la Ley 1153 de 2007, para los contraventores imputable las que a continuación se relacionan:

El trabajo social no remunerado en dominicales y festivos

El trabajo social no remunerado impuesto por los jueces de pequeñas causas a los contraventores podrá ejecutarse en instituciones pública o privada que cumplan una función social y será según lo disponga el funcionario fallador, quien al momento de sancionar tendrá en cuenta la profesión, arte u oficio que desempeñe el contraventor, igualmente las labores que aparezcan en los manuales de funciones de la entidad como propias del cargo a realizar y la jornada de trabajo, la duración de la sanción diaria no podrá exceder de ocho(8) horas ni de seis(6) a veinticuatro (24) semanas.

Una vez se encuentre la sentencia debidamente ejecutoriada, el juez de pequeñas causas remitirá las diligencias pertinente al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, del respectivo circuito carcelario y penitenciario al cual pertenece, para el proceso de vigilancia y control de la ejecución de la sanción.

Para efecto del seguimiento y vigilancia el juez de ejecución de penas pedirá informe a la institución donde se encuentre el contraventor realizando el trabajo social.

Igualmente a través de la asistente social, se le abrirá una ficha la cual contendrá una evaluación general del comportamiento del contraventor identificando sus factores de riesgo y protectores, así mismo se realizara un seguimiento del comportamiento prosocial del contraventor durante el termino de la sanción impuesta, en la institución, con relación a sus relaciones interpersonales tanto con la comunidad como con su grupo de trabajo, convirtiéndose en un proceso encaminado a desarrollar comportamientos altruistas y en pro de la sociedad.

Para tal fin la asistente social realizara periódicamente visitas, y en ocasiones con la presencia del juez de penas, para la verificación del lugar y de las condiciones en que se esta dando la ejecución de la sanción y la actividad social en si misma, para garantizar los derechos fundamentales como es la dignidad humana.

Como se trata de una sanción, que comprende un trabajo social que esta sometido a una intensidad horaria, para efecto de su reconocimiento por parte del juez de ejecución de penas, y la posterior extinción y liberación de la pena o ante una acumulación jurídica de penas, es necesario crear una ficha en la cual se establezcan los indicadores consagrados en los artículo 81 y 101 de la ley 65 de 1993, es decir, las horas laboradas, que la calidad del trabajo realizado que sea satisfactorio y su buen comportamiento en el desempeño.

La ficha será enviada a cada institución donde el contraventor se encuentre realizando el trabajo social, para efecto de que mensualmente se envíe la información al juez de ejecución de penas para el reconocimiento de las horas laboradas o dependiendo de la sanción impuesta por el juez natural, para el reconocimiento de las horas laboradas considero que se debe tener en cuenta el concepto rendido por la asistente social, en razón en que a través de ella se está realizando una valoración permanente del comportamiento del contraventor.

Es importante resaltar que el contraventor sancionado goza de seguridad social, por mandato legal. Situación que también debe vigilar el juez de ejecución de penas como garante de los derechos constitucionales fundamentales del sancionado.

La multa.

En lo que tienen que ver con esta pena, el contraventor sancionado deberá sufragarla de manera íntegra e inmediata una vez que la respectiva sentencia haya quedado ejecutoriada, salvo que demuestre su incapacidad material para sufragarla.

Como una vez ejecutoriada la sentencia mediante la cual el juez de pequeñas causas, sanciona al contraventor pierde la competencia y debe enviar las diligencias ante el juez de ejecución de penas, para que asuma el conocimiento de la vigilancia y control de la ejecución de la sanción, asumida la misma, el contraventor deberá dirigir las peticiones ante ese despacho.

Si pretende la concesión de los mecanismos sustitutivos, deberá demostrar su incapacidad material para sufragar la pena de multa. Los mecanismos sustitutivos de la pena de multa consisten en:

1- El fraccionamiento de la multa en cuotas, cuyo número no excederá de veinticuatro (24) con períodos de pago no inferiores a un (1) mes.

2- La amortización total o parcial de la multa a través de trabajo social no remunerado, el cual se cumplirá en los mismos términos establecidos para esta pena. Estos trabajos no podrán imponerse sin el consentimiento del contraventor y el juez de ejecución de penas podrá crear convenio con Instituciones Pública y Privada con objetivo social comunitario, para que el contraventor realice el trabajo social determinado.

Par efecto de demostrar la incapacidad material para sufragar la pena de multa, el contraventor cuenta con los elementos probatorio consagrado en la ley (elementos de pruebas, reporte de DIAN, Certificación Agustín Codazzi ; notariado y registro, tránsito y transporte, tesorería y declaraciones extrajudiciales) probada

la incapacidad material el juez de ejecución de penas concederá el mecanismo sustitutivo solicitado por el contraventor.

Una vez sea concedido cualquiera de los mecanismos sustitutivo, el juez de ejecución de penas deberá verificar el cumplimiento del mismo, requiriendo al contraventor en el caso de las cuotas que aporte ante el despacho que tienen el conocimiento de la vigilancia y control de la ejecución de la sanción copia del desprendible del pago de la cuota que podrá ser aportada a las diligencias dentro de los cinco primeros días de cada mes. En el caso de que sea concedido el mecanismo de trabajo social se aplicaran los criterios establecidos para la pena de trabajo social.

Si el condenado no pagare o incumpliere el sistema de plazos concedido, o no amortizare voluntariamente mediante trabajo social no remunerado, la multa se convertirá en arresto de fin de semana. Bajo los siguientes criterios: En caso de la multa de un (1) salario mínimo mensual legal vigente, equivale 5 arrestos de 36 horas cada uno, y un (1) día de trabajo social corresponde a 24 horas de arresto, el incumplimiento de los arrestos acarreará arresto ininterrumpido.

Como el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad es el encargado de la vigilancia y control de la ejecución de la sanción y a su vez garante de los derechos constitucionales fundamentales del contraventor, en el caso del incumplimiento en el pago de la multa, para su conversión en arresto debe ser previo un procedimiento que garantice el derecho de defensa del contraventor y por ende el debido proceso, de esa manera tendrá la oportunidad de demostrar que su incumplimiento es justificado.

Si el contraventor no logra demostrar ante el juez encargado de la vigilancia y control de la sanción, mediante auto interlocutorio hará la conversión de la multa en arresto.

El procedimiento previo que se debe agotar para la conversión de la multa en arresto considero que por analogía debe ser el consagrado en el artículo 477 de la ley 906 de 2004.

Decidido la conversión de la multa en arresto y una vez ejecutoriada la decisión, si el contraventor no se presentara de manera voluntaria se librará la respectiva orden de captura ante las autoridades pertinentes, para efecto de materializar la decisión, una vez capturado y dejado a disposición del juez de ejecución de penas, este emitirá el documento de limitación de la libertad ante el director del establecimiento penitenciario y carcelario o cárcel municipal más cercano al domicilio del arrestado, para efecto del cumplimiento del arresto.

De igual forma debe generarse un reporte a la Contaduría General de la Nación para que incorpore su nombre como deudor moroso del Estado.

Es pertinente que los contraventores privado de la libertad como consecuencia de la conversión de la multa en arresto, durante ese tiempo elaboren talleres para la demás población interna y participen en talleres de formación liderados por los funcionarios que conforman el comité de desarrollo social o quien haga sus veces en los establecimientos penitenciarios y carcelarios o las cárceles municipales, como actividad pedagógica.

Como el contraventor privado de la libertad debe ser registrado en los libros de guardia, de altas y baja que se lleva en los Establecimiento del INPEC y las cárceles municipales, para efecto de verificar el cumplimiento del arresto como conversión al incumplimiento del pago de la multa por parte del contraventor, y demás decisiones propias del resorte de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, este ultimo solicitara a los directores de los establecimientos penitenciarios, carcelario y cárceles municipales certifiquen el tiempo de permanencia de la privación de la libertad del contraventor.

El contraventor podrá restablecer su libertad de manera definitiva, en cualquier momento siempre y cuando satisfaga el total o la parte de la multa pendiente de pago.

El arresto

La ley 1153 de 2007, consagra el arresto como pena principal, la que es aplicable a ciertas contravenciones que pueden ser ubicada en el titulo II capitulo I y II de la presente ley. Igualmente para aquellos contraventores que presenten antecedentes penales vigentes o contravencionales e incurriere en contravención dentro de los 5 años siguientes de cumplida la condena, quedan excluidos de la rebaja de pena por aceptación de la imputación y a los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad como son la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la liberta condicional.

VERIFICACION Y CONTROL DE LA EJECUCION DE LA PENA DE ARESTO

Una vez proferida la sentencia condenatoria por el juez natural de pequeñas causas y debidamente ejecutoriada, deberá enviar las diligencias al juez de ejecución de penas y medidas del distrito penitenciario y carcelario al cual pertenece, para efecto de la vigilancia y control del la ejecución de la pena.

Frente a la sentencia condenatoria ejecutoriada por la realización de una contravención objeto de pena de arresto ininterrumpido se pueden presentar las siguientes situaciones:

1. Que el contraventor sancionado se encuentre en libertad, en este caso el juez de pequeñas causas librará la orden de captura para efecto de la materialización de la decisión, si no lo hiciere, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad la proferirá.

2. Que el contraventor sancionado se encuentre privado de la libertad en proceso de la ejecución de una pena de arresto y sea nuevamente condenado por otra contravención, el juez de pequeñas causas deberá oficiar al juez quien tiene la vigilancia y control de la ejecución de la pena de arresto por la cual el contraventor se encuentra privado de la libertad y al director del penal donde se encuentra recluso.

Una vez obtenida la libertad será dejado a disposición del juez de penas que tiene la vigilancia y control de la nueva contravención.

3. Cuando el contraventor haya sido capturado en estado de flagrancia y proceda el arresto preventivo una vez proferida la sentencia condenatoria y debidamente ejecutoriada el juez de pequeñas causas remitirá las diligencias al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad y dejara a disposición de ese despacho al condenado para efecto de la vigilancia y control de ejecución de la pena e informara al respecto al director del penal y al sancionado.

Asumido el conocimiento por el juez de penas, a través de la asistente social, deberá abrirse una ficha técnica interna en donde se debe consignar todo los indicadores necesarios que aporte las actas de las audiencias, que sirvan de fundamento para tomar cualquier decisión con respecto a las peticiones hechas por el contraventor o de manera oficiosa decida el despacho.

Igualmente se abrirá una ficha de historia biopsicosocial por la asistente social, para la vigilancia del proceso a nivel cognitivo y comportamental que serán modificadas por el tratamiento penitenciario.

Como proyectos de los despachos de los juzgados de ejecución de pena el proceso de inclusión social del contraventor deberá integrar a la red familiar, para realizar un manejo integral.

El arresto ininterrumpido como penas principal afecta la libertad del contraventor y se debe de ejecutar la sanción impuesta intramuros, por ello, el condenado requiere del trabajo o del estudio como tratamiento penitenciario y a su vez para

redimir penas, redención que será reconocido por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

Para el reconocimiento de la redención es necesario la certificación de las horas laboradas o estudiadas, evaluación satisfactoria de la actividad desarrollada y certificación de conducta expedida por el director del centro penitenciario y carcelario o por el de la cárcel municipal.

El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad que tenga la vigilancia y control de la ejecución de la pena de arresto intramuros en los casos previstos en el artículo 12 inciso primero y segundo de la ley 1153 de 2007, deberá conceder la libertad al contraventor por la pena de arresto cumplida y para tal efecto tendrá en cuenta el tiempo físico de privación de la libertad y el tiempo reconocido por redención.

En las contravenciones que tengan como pena principal el arresto ininterrumpido y que el comportamiento del contraventor no se adecue a lo previsto en el artículo 12 inciso primero de la misma ley se considera que el condenado puede acceder a los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, y cuando se trate de libertad condicional se debe aplicar el artículo 64 de la ley 599 de 2000, modificada por la ley 890 de 2004, artículo 5.

Como la competencia de los jueces de ejecución de penas se trata de un factor de índole personal y a su vez se puede considerar de orden nacional, en los casos de privación efectiva de la libertad, en el caso que un contraventor se encuentre privado de la libertad en un distrito judicial en donde no exista jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, la vigilancia y control de la ejecución de la misma le corresponde al juez de penas del circuito penitenciario y carcelario al cual pertenece el juez de pequeñas causas en materia penal que profirió el fallo condenatorio.

Si en el circuito al cual pertenece el juez de pequeñas causas no existe juez de penas, las funciones pueden ser asumidas por el juez de conocimiento que profirió el fallo, en los casos de contraventores privados de la libertad.

En cuanto a las penas accesorias, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad frente a las mismas le compete vigilar y verificar su cumplimiento, en especial en los casos previstos en el numeral 5, actividad que realizara a través de la asistente social.

Es obligación de los contraventores asistir a capacitaciones o programas de rehabilitación cuando presenten problemas de drogadicción, alcoholismo y del juez de penas solicitar informe a dichas instituciones al respecto.

MEDIDAS DE SEGURIDAD PARA LOS INIMPUTABLES

El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad dentro del asunto de su competencia le corresponde la vigilancia y control las medidas de seguridad impuestas a los contraventores inimputables, las cuales corresponden a las previstas en el artículo 69 del Código Penal y el artículo 7 de la ley 1153-2007, y consisten en:

- 1- La internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada.
- 2- La internación en casa de estudio o trabajo.
- 3- La libertad vigilada

Medida de seguridad que no podrá superar el máximo de cinco años cuando se trate de internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada, e internación en casa de estudio o de trabajo.

En ningún caso el término señalado para el cumplimiento de la medida, podrá exceder el máximo fijado para la pena de arresto de la respectiva contravención y el mínimo dependerá de las necesidades de tratamiento en cada caso concreto. En los eventos de libertad vigilada para inimputables, las obligaciones a imponer no podrán exceder de dieciocho (18) meses.

Para la vigilancia y control de la medida de seguridad impuesta a los inimputables el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, hará un seguimiento al proceso de ejecución de las medidas, en el cual practicará visitas con el fin de verificar las condiciones en que se estén dando el tratamiento y el lugar. Los seguimientos y las visitas se realizarán en asociación de la asistente social.

Igualmente el juez de penas y medidas de seguridad podrá solicitar informes periódicos al comité interdisciplinario encargado del tratamiento de la problemática específica que presente el inimputable, para efectos de suspender la medida en determinado momento dependiendo de la recuperación de este.

También podrá conceder permisos al contraventor para que haya acercamiento con la unidad familiar, previo concepto favorable del comité interdisciplinario que este a cargo del tratamiento psiquiátrico.

Con respecto a las víctimas los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad deberán asegurar los derechos de las víctimas en especial con entidades de trabajo o bienestar social que puedan prestar la atención requerida

CONCLUSION

A manera de conclusión podemos decir hasta el momento que:

- Los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad asumen el conocimiento para la vigilancia y control de la ejecución de las sanciones impuesta a los contraventores, por los jueces de pequeñas causas en materia penal a partir de la ejecutoria de las sentencias condenatoria, con preso y sin preso.
- Que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad asume el conocimiento para la vigilancia y control de la ejecución de la pena de arresto intramuros, cuando el contraventor se encuentre privado de la libertad en un distrito judicial donde no existan jueces de ejecución de penas y el juez de conocimiento que profirió el fallo haga parte del circuito penitenciario y carcelario asignado al juez de ejecución de penas.
- Que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad para efectos de la vigilancia y control de la pena deberá realizar visitas y entrevistas en asocio con la asistente social a los lugares donde se encuentran los contraventores dando cumplimiento a la medida. Así mismo solicitará informes sobre la actividad realizada por el contraventor.
- Que los contraventor privado de la libertad por pena de arresto ininterrumpida tiene derecho a trabajar y estudiar como tratamiento penitenciario y algunos a los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad.
Que los contraventores condenados tienen derecho a la seguridad social y a que se respete su dignidad.

FUENTES CONSULTADAS

Constitución Política de Colombia 1991. Artículo 1.
Decreto No 2700 del 30 de noviembre 1991.
Ley 65 de 19 de agosto 1993.
Ley 600 de julio 24 de 2000.
Ley 599 de julio 24 2000
Ley 906 de 31 de agosto de 2004
Ley 1153 de julio 31 de 2007.
Acuerdo 54 del 1994, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura
Corte suprema de Justicia. Sala de casación penal. Auto de 22 de noviembre de 1996. Magistrado Ponente Manuel Torres Fresneda

Corte de suprema de justicia sala penal auto 20 de junio de 2001 M.P. JORGE E. CORDOBA POVEDA

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Auto de 19 de Noviembre de 2002. M.P. YESID RAMIREZ BASTIDAS.

6. NOTAS DISTINTIVAS Y PERPLEJIDADES

Autor: Alberto Ceballos Velásquez.

Magistrado Sala Administrativa Consejo Seccional de la Judicatura De Antioquia.

1. INTRODUCCIÓN Y MARCO CONSTITUCIONAL.

La ley 1153 de 2007 introduce en el derecho colombiano un tercer sistema de reacción estatal frente a las conductas ilícitas cuyas penas comprometen la libertad personal. Le coexisten dos: el primero, el de la ley 600 de 2000, que regula los procesos relativos a delitos cometidos antes de la vigencia del Sistema Acusatorio Penal. El segundo método es el llamado Sistema Penal Acusatorio vigente en el distrito judicial de Medellín desde el 1º de Enero de 2006 y en el distrito judicial de Antioquia desde el 1º de Enero de 2007. A estos dos modelos, la ley 1153 de 2007 agrega un Sistema Penal Contravencional.

Cualquier analista avisado podrá concluir sin mayor dificultad que las tres técnicas de administración de la conflictividad penal están alentadas por principalísticas distintas; en algunos casos, contradictorias. Ello pone en tela de juicio la integridad y coherencia conceptual de los jueces, quienes están expuestos a una verdadera disociación alucinante porque en cada caso, según uno de los tres regímenes que aplique, está dominado por enunciados fundantes diferentes. Un ejemplo, tomado al azar, puede ilustrar esta preocupación: quienes incurrir en delitos, conductas con el más alto nivel de tacha social, están salvaguardados por el principio de libertad (art. 2, ley 906 de 2004); en tanto, aquellos que son reincidentes en contravenciones, comportamientos que origina una menor censura social, están sometidos a un régimen más severo en cuanto a la restricción de la libertad personal (art. 12, ley 1153 de 2007). En los sujetos del proceso gravitará de modo continuo una perplejidad acerca de la política del estado frente a la libertad de los ciudadanos que tienen desencuentros de grados diversos con la normatividad penal.

Con propósitos fundamentalmente didácticos e ilustrativos a continuación se relacionarán siete (7) características propias de la ley 1153 de 2007.

1. Transforma la naturaleza de algunas conductas punibles.

Un conjunto de comportamientos ilícitos calificados como delitos en la ley sustancial penal (ley 599 de 2000), se transforman en contravenciones. Está integrado por las siguientes especies de contravenciones:

1.1. Contra la integridad personal.

- Lesiones personales dolosas y culposas sin secuelas, cuya incapacidad no supere los treinta (30) días (Arts. 27 y 28, ley 1153 de 2007).
- Omisión de socorro o auxilio a otra persona sin justa causa (art. 28, ibídem).

1.2. Contra el patrimonio económico.

Excluye del Sistema Penal de Delitos catorce conductas punibles, si el valor no supera los 10 salarios mínimos (\$ 4.664.700,00) (art. 30, ibídem).

El texto exceptúa de modo expreso algunos tipos calificados de hurto, atendiendo a las características de la conducta (violencia sobre personas o condiciones de indefensión o inferioridad de la víctima) o a las particularidades de bien objeto de la sustracción (por ejemplo: medio motorizado o partes esenciales de éste; cabeza de ganado mayor o menor; efectos y armas destinados a la seguridad y defensa nacional). En esta última hipótesis el legislador no califica el valor del bien sino su importancia y el tipo de daño que se causa con su sustracción.

1.3. Contra la salud pública.

Convierte en contravenciones el consumo de estupefacientes o de sustancias que produzcan dependencia en presencia de menores y el consumo, porte y almacenamiento de los mismos, en cantidad considerada dosis personal, en establecimientos educativos, en lugares aledaños a éstos o en la residencia de menores (art. 31).

1.4. Contra el patrimonio religioso y el respeto a los difuntos.

Las conductas que afecten la libertad religiosa, que impidan o perturben una ceremonia religiosa, que dañen o agravien personas o cosas destinadas al culto y el irrespeto a cadáveres asumen igualmente la condición de contravenciones (art. 33)

2. Hay un cambio de la técnica de tratamiento estatal de las conductas reprochables: pasan del Sistema Acusatorio Penal (SAP) al Sistema Contravencional Penal (SCP).

Esta transformación de las conductas atrae una consecuencia de hondo significado: son excluidas del Sistema Penal Acusatorio previsto en Constitución Política, pues han perdido su connotación de delitos, han adquirido una nueva entidad

y la reacción social ante la conducta se ha incorporado en un nuevo modelo: El Sistema Contravencional Penal.

La inclusión en un Sistema Contravencional acarrea modificaciones en los principales elementos estructurales: las penas, la titularidad de la pretensión (acción) contravencional, el juez y el procedimiento

3. Hay una variación en Las Penas.

3.1. Finalidades de las pena en materia contravencional.

El principio de coherencia exige que en el caso en el que el juicio de reproche social de una conducta decrece, que si la locución delito se muta por el vocablo contravención, consecuentemente han de variarse la finalidad de la pena y sus tipos.

La ley 1153 de 2007 parece que hiciera un intento inicial de ser leal al enunciado de coherencia.

La contravención es una señal de alarma que compromete el estado actual de la convivencia social. Por ello, el estado reacciona frente a las contravenciones de todo tipo, no sólo las penales, de una manera especial, fundamentalmente preventiva:

- Busca restablecer, en beneficio de las personas dañadas por el comportamiento antijurídico, el estado de cosas perturbado por la conducta contravencional; volver atrás, restituir y reparar.
- Frente a los autores de la conducta. El estado fija dos fines básicos: el restablecimiento o reparación del daño causado a los otros (a bienes públicos o privados) y el profiláctico, dirigido a inducir al contraventor a no reincidir en tal conducta; si bien es posible que se adopten medidas aflictivas como el arresto, lo cierto es la pena contravencional gravita en torno de lo educativo, de la socialización y de la formación.

3.2. Resultados de una primera búsqueda.

Acorde con estos enunciados se puede, en una primera revisión, hallar lo siguiente:

- Las penas principales son el trabajo social no remunerado en dominicales y festivos, la multa y el arresto en los casos previstos en la presente ley (Artículo 9, ley 1153 de 2007).

Hay un primer elemento valioso: la ley pareciera hacer propio el enunciado sobre el carácter liberador, reparador y formativo del trabajo personal en beneficio de la comunidad. Quien ha dañado bienes socialmente relevantes consigue la benevolencia de sus conciudadanos y recupera el afecto de la comunidad si labora en beneficio de aquellos que sufrieron el impacto de una actuación socialmente censurable.

En la estructura de la ley puede decirse que la pena de trabajo social no remunerado en dominicales y festivos es la columna vertebral del sistema, pues es la sanción principal más recurrida. Y además, es sustitutivo de la pena de multa, si se acredita la imposibilidad de pago (Art. 10, 6, *ibídem*).

- Las penas accesorias manifiestan el mismo propósito restaurador del estado de convivencia. En el párrafo del artículo 13 se prescribe: “Las penas accesorias deberán guardar relación con la conducta contravencional que se llevó a cabo o con la propia situación del contraventor.”

Las penas accesorias son las siguientes: inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio; prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas; privación del derecho a conducir vehículos; capacitación obligatoria o participación en programas de rehabilitación para personas con problemas de drogadicción, alcoholismo o similares.

- Sistema local de gestión de penas.

La contravención penal es una conducta prevista por la ley, que es de alcance nacional; igualmente es nacional la organización judicial convocada para juzgarla. Pero no es menos cierto que los efectos de las conductas punibles se producen en lo local.

Hay tres tipos de penas, a saber, el trabajo social no remunerado, la capacitación obligatoria del contraventor y la participación en programas de rehabilitación que exigen la configuración de una red municipal que haga posible la gestión apropiada de estas sanciones, para asegurar que cumplan sus fines.

La administración pública municipal, las demás entidades públicas con objeto conexo con los propósitos de estas penas singulares, las asociaciones privadas de interés social y el poder judicial están irremisiblemente llamados a coordinar el diseño y aprobación de un programa local de administración de estas penas.

- Un elemento emergente que compromete la continuidad del modelo.

Puede afirmarse que lo expuesto hasta ahora en materia de penas armoniza con un sistema de contravenciones penales.

Este panorama descrito sufre un giro copernicano en virtud al modo como la ley regula las reincidencias. Su artículo 12 adopta un severo tratamiento a quien repita conductas contravencionales: “Quien tuviere antecedentes penales o contravencionales e incurriere en contravención dentro de los cinco (5) años siguientes de cumplida la condena, se le impondrá pena de arresto efectivo e ininterrumpido de uno (1) a cuatro (4) años. Tratándose de antecedentes por hurto, la pena a imponer será de arresto efectivo e ininterrumpido de dos (2) a seis (6) años”.

Esto significa llanamente, que todo el régimen ordinario sintetizado anteriormente tiene vigencia sólo respecto de la persona que incurra en contravención por primera vez o que, si hubiere reincidido, la última conducta ocurra pasados cinco (5) años del cumplimiento de la condena.

Reincidir en contravención, cualquiera sea la conducta infractora, se convierte en un tipo penal autónomo, con una pena propia: “arresto efectivo e ininterrumpido de uno (1) a cuatro (4) años. Tratándose de antecedentes por hurto, la pena a imponer será de arresto efectivo e ininterrumpido de dos (2) a seis (6) años”.

Al reincidente no se le conceden beneficios. No procede rebaja de la pena por aceptación de la imputación; ni puede ampararse en los subrogados o mecanismos sustitutivos de suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni a la libertad condicional. La conciliación y la reparación integral, igualmente, no extinguen la acción contravencional en favor del reincidente (Arts. 37,2 y 39).

El reincidente está, también, sometido al medida cautelar de arresto preventivo, decretado en la audiencia preliminar (Art. 52).

Hay, pues, un severo cerco institucional en disfavor de los reincidentes.

4. Titularidad de la pretensión contravencional.

Así como el titular de la pretensión penal referida a delitos es de modo privativo el fiscal delegado competente, en las contravenciones tal titularidad se radica en el querellante legítimo, entendiéndose por tal el sujeto pasivo de la conducta punible (Art. 71 C. P. P.).

El artículo 34 incorpora una variable que tiene consecuencias sobre el orden de los actos que deben seguirse. Dispone: “Querrela y Oficiosidad. La iniciación del

proceso contravencional penal de que trata la presente ley, requerirá querrela de parte, salvo cuando se trate de captura en flagrancia, en cuyo caso el proceso será iniciado de oficio”.

La querrela, escrito calificado en que se afirman unos hechos y se reclama la actuación del juez para que decida e imponga unas consecuencias jurídicas, abre paso un proceso de corte dispositivo en el que, aunque aparezca disonante para quienes se han formado en el universo de las disciplinas penales, hay una pretensión contravencional emitida por el querellante legítimo. Esta pretensión hace las veces de imputación o de acusación, pues estas nociones no se diferencian en el proceso contravencional.

La captura en flagrancia puede resquebrajar la noción de pretensión contravencional en tanto que la aprehensión del contraventor antecede a la manifestación de la querrela. Por ello la ley acude al dispositivo de la representación en caso de que la víctima esté ausente en la audiencia preliminar: el juez designa un abogado de oficio para que, en nombre de la víctima, formule la imputación (afirme hecho, reclame tutela jurídica y solicite pruebas).

Acorde con estas dos formas de iniciar el proceso contravencional, la ley 1153 de 2007, habilita dos procedimientos: el ordinario, instado mediante querrela (Art. 42) y el especial, que opera en caso de captura en flagrancia (Art. 49).

5.El juez competente. Principio de Especialidad (Art. 35).

Las pretensiones contravencionales referidas a las conductas descritas en la ley 1153 de 2007 son procesadas y enjuiciadas en primera instancia por un juez especializado: juez municipal de pequeñas causas.

La segunda instancia corresponde juez de circuito, con funciones en pequeñas causas.

El proceso de ejecución de la pena está a cargo de los jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

La ley ordinaria crea una nueva categoría de juez en el orden municipal. La Sala Administrativa tiene la competencias para establecer el mapa judicial de pequeñas causas, crear los juzgados, fijar ubicación y determinar la planta de cargos.

Los juzgados de pequeñas causas serán implantados de modo gradual, de conformidad con la disponibilidad presupuestales (art. 58). Por ello, hasta tanto entren a funcionar los juzgados de pequeñas causas, asumirán las competencias

de tales, en primera instancia, los jueces penales municipales y promiscuos municipales y, en segunda instancia, los jueces del circuito que señale la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

6. Procedimiento.

No es pensable proceso contravencional penal sin pretensión contravencional ¹; sin acto de parte, de la víctima, que afirme la existencia de hechos constitutivos de infracción contravencional y que reclame la tutela judicial consecucional.

En los dos modelos de procedimiento adoptados por la ley 1153 de 2007 hay pretensión contravencional. El elemento diferenciador es la existencia o no de la captura en flagrancia. Si la hay, es necesario poner al capturado a disposición del juez para que califique la flagrancia y la legalidad de la captura.

Son procedimientos de dos audiencias: la preliminar y la de juzgamiento.

Ambos procedimientos pueden desagregarse en sus momentos determinantes. Con el fin de hacer un paralelo entre ellos, se hará el siguiente ejercicio de separación de actos y audiencias.

6.1. Procedimiento ordinario, por querrella.

La sucesión de actos centrales se puede presentar así:

1. Presentación de la querrella.

Se presenta querrella ante el Centro de Servicios Judiciales de Pequeñas Causas o en Juzgado de Pequeñas Causas, según el caso, en formato diseñado por el Consejo Superior de la Judicatura

2. Fijación de fecha de audiencia preliminar.

El Centro de Servicios Judiciales de Pequeñas Causas o el Juzgado de Pequeñas Causas recibe la querrella y entrega al querellante el desprendible del formato, en el cual consta el lugar, fecha y hora fijadas para la realización de la audiencia preliminar. La fecha de la audiencia se fijará inmediatamente o a más tardar

1. Se define pretensión de la siguiente manera: acto unilateral de un sujeto (el activo) en virtud del cual afirma frente a otro sujeto (el pasivo) unos hechos jurídicamente relevantes y reclama del juez la imposición por vía de autoridad de la consecuencia jurídica correspondiente. Se afirma y se pide. Para los efectos de este escrito, ello sin ahogar futuras discusiones de orden doctrinario, pretensión contravencional e imputación contravencional se tendrán como sinónimos

dentro de los treinta (30) días siguientes a partir de aquel en que se radique la querrela.

3. Audiencia preliminar.

Se realizan las actividades propias de la audiencia premilitar en el sistema oral:

oSaneamiento del proceso. Se exteriorizan y deciden cuestiones atinentes a incompetencias, impedimentos, recusaciones, nulidades-

oDefinición del tema de decisión: El sujeto activo de la pretensión contravencional hará expresión clara de los hechos y deducirá las peticiones relativas a la reparación del daño patrimonial causado.

oTraslado a la parte querrelada de las afirmaciones y peticiones del querellante.

oPetición y adjunción de pruebas por ambas partes.

oDecreto pruebas. El juez emite auto que define las peticiones de naturaleza probatoria. El que las niega es objeto de los recursos de reposición y apelación.

4. Audiencia de juzgamiento.

Debe llevarse a efecto dentro de los diez (10) días siguientes de la terminación de la audiencia preliminar.

En esta audiencia se practican las pruebas decretadas. A renglón seguido las partes y el Ministerio Público, si optó por intervenir, proponen sus alegaciones de conclusión. Luego, el juez cierra el debate y emite la sentencia de primera instancia, previo receso hasta de dos (2) horas si el fallador lo estima conveniente.

5. Audiencia de segunda instancia.

Si en la audiencia de juzgamiento se interpone recurso de apelación, se cita a audiencia de sustentación y decisión. La sustentación es acto necesario; si no se realiza se declarará desierto el recurso. Hechas las alegaciones, el juez dicta la sentencia de cierre, para lo cual podrá ordenar una pausa de dos (2) horas.

6.2. Procedimiento especial, en caso de captura en flagrancia.

La captura en flagrancia es un hecho que puede denominarse externo a la conducta contravencional, porque no es un componente de la acción humana objeto de

reproche, ni de las circunstancias que califican tal comportamiento. Tampoco es evento sometido al control del infractor; para él la captura es un accidente. Por ello, no aparecen nítidas las razones de estado que apoyan la decisión de diferenciar la técnica de administración judicial de la contravención, según que haya ocurrido o no la captura en estado de flagrancia.

El procedimiento en caso de flagrancia finalmente se ajusta a los momentos propios del proceso ordinario. La diferencia se presenta en la fase inicial, pues la captura introduce una variable que exige un tratamiento particular.

Una singularidad es la intervención necesaria del Ministerio Público (Art. 41).

En este procedimiento son distinguibles los siguientes momentos:

1. Captura en flagrancia.

El capturado siempre tiene que estar sometido a la custodia o control de la Policía, bien sea porque la captura la practica un miembro de la organización policial o porque ésta haya sido ejecutada por un particular, pues en este supuesto el acto de captura debe estar inmediatamente seguido del acto de entrega a la Policía.

2. Entrega del capturado al Juez de Pequeñas Causas.

El capturado tiene que ser puesto a disposición del Juez de Pequeñas Causas de modo inmediato o, a más tardar, dentro de las siguientes treinta y seis (36) horas.

3. Audiencia Preliminar.

Tan pronto el capturado es puesto a disposición del Juez de Pequeñas Causas, éste, de inmediato, convoca a audiencia preliminar, a la cual concurrirá el servidor público o la persona que haya efectuado la aprehensión.

La víctima no es sujeto necesario de la audiencia preliminar. El Ministerio Público sí lo es (Art. 41).

Los ciclos de la audiencia son los siguientes.

oEl juez califica la legalidad de la captura.

oSaneamiento del proceso. Se exteriorizan y deciden cuestiones atinentes a incompetencias, impedimentos, recusaciones, nulidades-

oDefinición del tema de decisión. Formulación de la querella.

La víctima, si está presente y opta por hacerlo, formula la querella; propone la pretensión contravencional; hará expresión clara de los hechos y deducirá las peticiones relativas a la reparación del daño patrimonial causado.

Si la víctima está ausente, y sólo bajo este supuesto, el juez nombrará un apoderado de oficio para que en nombre de aquella emita la pretensión contravencional.

A partir de este acto al proceso especial adopta la cuerda propia del proceso ordinario.

Entonces, se corre traslado a la parte querellada de las afirmaciones y peticiones del querellante; se da la petición y adjunción de pruebas por ambas partes y, finalmente, el decreto de pruebas.

4. Audiencia de juzgamiento y 5. Audiencia de segunda instancia.

Tienen la misma estructura de las audiencias del procedimiento ordinario.

7. Vicisitudes de la libertad.

7.1 Contravención y pena principal privativa de la libertad

La dos parecieran nociones antitéticas. La sanción aflictiva que limita libertad parece privativa del delito.

La ley 1153 de 2007, aunque no de manera extensiva, consagra la pena de arresto para los delitos de lesiones personales dolosas y culposas (Arts. 27 y 28), hurto, estafa agravada y abuso de confianza calificado (art. 30, parágrafo 2º) y para los casos de registro de antecedentes (Art. 12).

Esta situación, por sí, genera una perplejidad conceptual: Cuál es, entonces, la diferencia ontológica –de naturaleza- entre el delitos de lesiones personales y la contravención de lesiones personales?.

7.2 El arresto como pena sustitutiva.

La multa y el trabajo social no remunerado en dominicales y festivos son el centro de gravedad sistema punitivo contravencional. Pero el efectivo cumplimiento de la pena reclama que, finalmente, puedan ser transformadas en pena privativa de la libertad.

La serie de mutaciones tiene esta secuencia: multa se cambia por trabajo social; el trabajo social y la multa se reemplazan por arresto de fin de semana; y, éste se permuta por arresto continuo e ininterrumpido.

- La pena de multa es convertible en dos eventos:

- o Es amortizable total o parcialmente por medio del trabajo social cuando el condenado acredita imposibilidad económica que obste el pago.

- o Es sustituible por arresto de fin de semana cuando el condenado no pague o incumple los plazos concedidos por el juez.

- A su vez la pena de trabajo social, en caso de incumplimiento, es sustituible por arresto de fin de semana.

- Y finalmente, el arresto de fin de semana, si el condenado incurre en desacato, se muta en arresto continuo e ininterrumpido (art. 11, inc. 4).

7.3 El arresto preventivo.

El proceso contravencional, dada la índole de las penas, es refractario a las medidas cautelares restrictivas de la libertad.

Pero, consonante con la directriz de la ley dirigida a reprimir severamente al reincidente, el artículo 52 prescribe una especie de arresto preventivo que procede cuando el contraventor haya sido capturado legalmente y se le haya formulado imputación por conducta constitutiva de delito, durante el año anterior a la nueva captura o imputación o cuando registre condena por delito o contravención.

8. Disponibilidad de la pretensión contravencional.

La víctima es el único sujeto habilitado para instar, provocar, el proceso contravencional mediante un acto privativamente suyo: la querrela, que en este nuevo modelo implica la formulación de una pretensión contravencional.

La pretensión contravencional es igualmente disponible: es desistible (Art. 37), lo que quiere decir que es revocable y es conciliable (Arts 54 y 55), lo que significa que querellante y querrelado pueden perfeccionar un negocio eliminatorio del litigio. Desistimiento y Conciliación, por sustracción de materia, originan la preclusión del procedimiento.

La satisfacción de la pretensión civil por medio de la indemnización integral en igual medida da lugar a la extinción de la acción penal y a la preclusión del procedimiento.

Este reconocimiento de la autonomía de los sujetos del litigio, víctima y contraventor, es reducido por la ley que dispone que la conciliación y la indemnización integral no extinguirán la acción contravencional en los casos en que el contraventor registre antecedentes penales o contravencionales (Art. 39).

9. Final.

A partir del primero (1º) de febrero de 2008 inicia la vigencia de la ley 1153 de 2007. Los juicios de constitucionalidad que sobre ella pronuncie la Corte Constitucional y las prácticas de los jueces municipales y de circuito de modo progresivo fijarán con claridad los perfiles de esta ley, que se mueve en el brumoso mundo que separa el interés público y el interés privado.