



LA LEY 1153 DE 2007: O BUSCANDO -OTRA VEZ- QUÉ HACER CON LA DELINCUENCIA MENOR

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS*

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE MANIZALES

fernareyes@gmail.com

Recibido el 09 de mayo y aprobado el 26 de mayo de 2008

RESUMEN

El presente escrito aborda desde una perspectiva crítica la configuración de la Ley 1153, denominada en el ámbito jurídico “*Ley de pequeñas causas*”. Analizando sus implicaciones sociales en la prevención del delito, se hace una reflexión desde los postulados de la descongestión de la justicia, discurriendo por los principios de defensa y legalidad. Posteriormente, y en atención al papel del juez en el modelo penal acusatorio que rige nuestra administración de justicia, se hace un análisis desde la óptica jurisprudencial de la Corte Constitucional. Finalmente, se hace una reflexión acerca del papel de la Ley frente al combate de la delincuencia, para invitar a hacer un balance, de la bondad de haber recortado en tan intensa forma el proceso ordinario previsto para los delitos, como se ha hecho en la Ley 1153 de 2007.

PALABRAS CLAVE

Ley 1153, pequeñas causas, contravenciones, delitos, descongestión de la justicia.

* Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales. Profesor de la Universidad de Caldas (Teoría del Delito) y Universidad Externado de Colombia (Derecho Disciplinario).

LAW 1153 OF 2007: OR ONCE AGAIN LOOKING WHAT TO DO WITH MINOR DELINQUENCY

ABSTRACT

This article addresses from a critical perspective the configuration of Law 1153, named in the legal field “Small Causes Law”. Analyzing its social implications in crime prevention, a reflection is made on the basis of justice decongestion, running through the principles of legality and defense. Subsequently, in response to the role of judge in the criminal justice model that governs our justice system, an analysis is made from the jurisprudence viewpoint of the Constitutional Court. Finally, there is a debate regarding the role of law in crime fighting, which invites the reader to review the goodness of having intensely cut the regular process provided for crimes, as Law 1153 of 2007 has done.

KEY WORDS

Law 1153, small causes, violations, crimes, decongesting justice.

EL AYER Y EL HOY DE LAS CONTRAVENCIONES PUNIBLES

1. Vivimos en una permanente provisionalidad que, sin embargo –como noria–, revive los ensayos del pasado de esa eterna preocupación de nuestros legisladores, acerca de qué hacer con la llamada delincuencia menor; esa que no se distingue por su intensidad en el daño al bien jurídico, sino en su perniciosa reiteración, y por ello en la gran alarma social que se crea, al punto que en veces genera verdaderas y auténticas crisis de los sistemas de procesamiento penal, pues las gentes se sienten inseguras y con una gran impresión de impunidad, porque ante todo los rapazueros proliferan, y más tardan las autoridades en ponerlos ante el juez, que aquéllos en volver tras sus andadas.

Siempre habrá que decir, adelante de otras consideraciones dogmáticas y no por simple afán heurístico, que no existe mejor política criminal que una adecuada política social. Porque los destinatarios de estas normas siempre son los mismos: los delincuentes de esquina, aquellos que deambulan entre transeúntes, esculcando sus bolsillos o arrebatando el elegante móvil celular de quien conversa con su interlocutor a gritos entre el tráfico.

Tal es la clientela de nuestros sistemas penales, cuando de estas temáticas debe hablarse: pobres y drogodependientes, que en círculo vicioso en veces, entran y salen de la puerta giratoria de los juzgados de causas menores a la penitenciaria y de allí, a la calle para retornar al juzgado. Todo ello debe advertirse, para no

caer en un análisis soporífero, con precisión dogmática pero ayuno de ubicación política.

Y es que, con seguridad, la pobreza se combate de mejor manera con un alto cubrimiento educativo, que garantice acceso efectivo hasta niveles superiores; por supuesto con la creación de más y mejor empleo, bien remunerado y digno; más posibilidades de acceso a la vivienda, a través de la instauración de subsidios reales y dignos; fomento a la microempresa y un largo etcétera. La pobreza no se combate pues, con normas, o como dice el cantor uruguayo Alfredo Zitarrosa: *“Si alguien conoce el secreto/ supongo que me dirá/ porque donde falta el pan/ siempre sobran los decretos”*.

Y así, en el escenario de la discusión constitucional, el asunto también convoca otras temáticas, pues, no es nuevo lo que aquí se diga en punto a que dado el origen y el *ethos* de las personas que son procesadas por estos procedimientos rápidos y sumarios, existe una no disimulada tendencia a relajar las garantías a tal punto que las mismas prácticamente desaparecen¹. No parece digno de propalar cierto pensamiento asentado en la idea de que *“ciertas causas”* y *“ciertas personas”* no merezcan el arropamiento a ultranza de la Constitución Política; por esa vía, la de rebajar la dignidad de ciertas personas, hoy se construyen las doctrinas del derecho penal de enemigo, la inversión de la carga de la prueba en ciertas ocasiones, la relajación de las garantías del debido proceso, entre otras (HASSEMER, 1998: 63 y ss.). Hay que repetir que cuando una democracia empieza a desandar lo que ha construido con tanto celo por razón de las amargas experiencias del pasado, empieza a volver a la caverna, en fin, a la oscuridad de los aciagos tiempos.

Por otra parte, ya nos hemos acostumbrado a que el legislador salte de las contravenciones a los delitos y de éstos otra vez a las contravenciones, de manera apenas coyuntural o, lo que es lo mismo, según los afanes de la última hora –dígase descongestión carcelaria, descongestión de los juzgados o, como ahora, descongestión de la Fiscalía–. En consecuencia, las valoraciones de orden político-criminal, que son aquellas que han de dar entibo a decisiones de esa trascendencia, no aparecen en parte alguna².

¹ En contra de tal práctica ha dicho la Corte Constitucional: *“El proceso de investigación y juzgamiento de las contravenciones es un proceso penal, en el cual deben aplicarse todos los principios que informan la materia procedimental en esta rama del derecho”* (Sentencia C-542 de 1996).

² En efecto, calificar una conducta de contravencional o delictual, precisa de valoraciones profundas y no apenas instrumentales o de simple conveniencia. La jurisprudencia constitucional precisa la naturaleza de las contravenciones: *“Las contravenciones, como especie de infracción penal, son aquellas conductas que lesionan de manera menos grave los intereses sociales y que por esa misma razón, son castigadas con sanciones menos graves”* (Sentencia C-542 de 1996). Que la diferencia entre delito y contravención es sólo *cuantitativa* y no *calitativa*, lo enfatiza Juan Fernández Carrasquilla al recordar que la clasificación en una u otra categoría depende de un juicio axiológico, contingente y variable del legislador histórico (FERNÁNDEZ, 2004: 346).

LA LEY 1153: ELEMENTO DE DESCONGESTIÓN DE LA JUSTICIA

2. Y bien. Con la Ley 1153 de 2007 y a propósito de una perceptible sensación de impunidad, generada en la imposibilidad física del aparato de justicia de atender todos y cada uno de los eventos delictivos que acontecen en esta convulsionada nación, al par de la ineficacia exhibida por la Ley 906 de 2004 en lo que respecta a los llamados mecanismos alternativos de solución de conflictos³, o el principio de oportunidad⁴, entre otros, surge la solución de la que podría llamarse la *Jurisdicción de Pequeñas Causas*.

La estrategia de procesamiento es clara: la policía encargada de la seguridad, será ahora la misma que funja de acusadora, con lo cual se da al traste con la ilusión de una policía judicial científicamente capacitada; el juez, ante la incompetencia jurídica de la policía o de la víctima, terminará siendo quien delinee jurídicamente la acusación, decretando las pruebas que lograrán el atisbo de justicia que se pretende y, finalmente, una víctima cargada de deberes jurídicos de cara a su pretensión, terminará cejando en el empeño de la justicia y la reparación.

Así pues, está puesto el tinglado para una justicia que, en los tiempos del sistema acusatorio, vuelve al juez inquisitivo y parcial, donde la policía no puede ni tiene cómo asumir el encargo jurídico que se le hace y, reiterarse, se carga a la víctima con el deber de defender sus pretensiones. No dudamos en decir que todo ello va construyendo un remedo de justicia en el que simplemente no se quiere dejar la sensación de que se pretende la despenalización de ciertas conductas, pero a la vista de cómo funcionan las cosas en *el mundo del ser* —que no del deber ser— parece que en ciertas ocasiones las mismas se diseñan para que no funcionen.

LA TRAICIÓN DEL NÚCLEO ESENCIAL DE LAS GARANTÍAS

3. **La defensa.** Y bien es cierto que habida cuenta de a) la existencia de un injusto que lesiona mayormente al ciudadano individualmente considerado que a la propia comunidad organizada y, b) que el interés puesto en duda por el delito por lo general no reviste gran trascendencia, es posible de alguna manera no exigir una intensidad garantista como la que es de usanza en los delitos, pero lo que sí no parece posible es tolerar que, so pretexto de ello, se entre en el núcleo esencial de las garantías procesales fundamentales del ciudadano sujeto a investigación penal y lo que es

³ Al respecto, ANGULO GONZÁLEZ, Guillermo. (2006). *La Justicia restaurativa en el Nuevo sistema procesal penal Ley 906 de 2004*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

⁴ Al respecto, BAZZANI MONTOYA, Darío. (2006). *El principio de oportunidad y la terminación anticipada del proceso en el nuevo sistema procesal penal*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

peor aún, contraviniendo por ejemplo, añosa jurisprudencia constitucional⁵ que proscribía la defensa de imputados de contravenciones, por parte de estudiantes de derecho (Artículo 56 Ley 1153 de 2007).

A ello súmese que la nueva normatividad no ha hecho imperativa la defensa por parte de la defensoría pública, con lo cual se ha dado un inmenso salto hacia atrás pues, los jueces habrán otra vez de deambular entre pasillos y cafeterías, rogando la caridad de algún abogado que buenamente quiera encargarse de la defensa del último indiciado que ha llegado a su despacho por reparto. Es urgente que esa entidad –la Defensoría del Pueblo– se apropie del sentido de su existencia y entienda que la defensa de cualquier ciudadano, es una de sus misiones fundantes. Empero, otra vez las excusas del presupuesto, la carencia de recursos y otras de parecido jaez, se ponen al orden del día... Y bien es cierto que a nadie puede obligarse a lo imposible.

4. El principio de legalidad. La Ley 1153 ha previsto algunos tipos penales –Artículo 27 y ss.– y sus respectivas penas –principales y accesorias– y medidas de seguridad, amén de la forma de tasarlas y el cómo se cumplirán las mismas (Artículo 7 a 16)⁶. Llama la atención que en punto del abuso de confianza simple del Artículo 249 del Código Penal, el legislador haya omitido la pena aplicable a tal contravención.

En efecto, si se repara la normatividad prevista para las contravenciones que afectan el patrimonio económico, es evidente el vacío en la previsión de la pena aplicable a tal delincuencia⁷. La pregunta es, *¿frente de dicha situación, qué deben hacer*

⁵ Entre otras las Sentencias C-592 de 1993, C-430 de 1996, C-431 de 1996, C-617 de 1996, y C-626 de 1996.

⁶ **Artículo 8. Penas Principales.** Son penas principales el trabajo social no remunerado en dominicales y festivos, la multa y el arresto en los casos previstos en la presente Ley.

⁷ **Artículo 30. Contravenciones contra el patrimonio económico.** Excepto el hurto con violencia sobre las personas; o colocando a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad o aprovechándose de tales condiciones; sobre medio motorizado, o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos; sobre cabeza de ganado mayor o menor; sobre efectos y armas destinadas a la seguridad y defensa nacional; sobre los bienes que conforman el patrimonio cultural de la Nación; sobre petróleo o sus derivados cuando se sustraigan de un oleoducto, gasoducto, poliducto o fuentes inmediatas de abastecimiento; sobre materiales nucleares o elementos radiactivos; y bienes u otros elementos destinados a comunicaciones telefónicas, telegráficas, informáticas, telemáticas y satelitales, o a la producción y conducción de energía eléctrica y gas domiciliario son constitutivas de contravenciones penales, cuando la cuantía no supere los diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, las siguientes conductas: **1.** Hurto (Código Penal, Artículo 239). **2.** Hurto calificado (Código Penal, Artículo 240). **3.** Hurto agravado (Código Penal, Artículo 241). **4.** Hurto atenuado (Código Penal, Artículo 242). **5.** Estafa (Código Penal, Artículos 246 y 247). **6.** Emisión y transferencia ilegal de cheque (Código Penal, Artículo 248). **7.** Abuso de confianza (Código Penal, Artículo 249). **8.** Abuso de confianza calificado (Código Penal, Artículo 250). **9.** Aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito (Código Penal, Artículo 252). **10.** Alzamiento de bienes (Código Penal, Artículo 253). **11.** Disposición de bien propio gravado con prenda (Código Penal, Artículo 255). **12.** Defraudación de fluidos (Código Penal, Artículo 256). **13.** Perturbación de la posesión sobre inmueble (Código Penal, Artículo 264). **14.** Daño en bien ajeno (Código Penal, Artículos 265 y 266). **Parágrafo 1.** La pena a imponer para las contravenciones de que tratan los numerales 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12, 13 y 14, será de trabajo social no remunerado de dos (2) a doce (12) semanas. **Parágrafo 2.** La pena a imponer en los casos de hurto (Código Penal, Artículos 239, 240, 241), estafa agravada (Código Penal, Artículo 247) y el abuso de confianza calificado (Código Penal, Artículo 250) será de

los jueces? Esto se dice por cuanto se ha observado que en ciertas oportunidades, nuestra Corte Constitucional ante abismos de indeterminación punitiva, ha efectuado interpretaciones plausibles de cara a encontrar cuál sería la pena aplicable⁸. Con todo, somos de la opinión de que el principio de determinación legal también se extiende a la pena y no se circunscribe sólo a la descripción comportamental⁹ lo que nos deja una conducta prohibida pero sin pena legalmente determinada. Estimamos que en tanto tal vacío no se llene por quien se halla habilitado constitucionalmente para fijar los delitos y *las penas*, no puede el juez acudir a requiebros hermenéuticos para solucionar esa omisión. Es clara verdad que no es misión del juez tratar de hacer justicia de cualquiera manera, incluso mutando su papel de juzgador por el de legislador *ad hoc*, pues que a ello equivaldría el forzarle a hallar una pena que olvidó decretar el hacedor de las normas.

5. Estupefacientes y su consumo ante menores, ¿cuál es el bien jurídico protegido? Se ha establecido en la Ley 1153, una conducta contravencional que se dice atenta “*contra la salud pública*” –tal es el bien jurídico protegido– y por medio de la cual se castiga a quien “*en presencia de menores de edad consume estupefacientes o sustancias que produzcan dependencia*”. Si “*el consumo de sustancias estupefacientes o alucinógenas (se efectúa) en presencia de menores de edad*” se realiza “*en lugar público o abierto al público o en establecimiento comercial de esparcimiento, la policía procederá inmediatamente a retirar del lugar de los hechos al infractor y a decomisar la sustancia objeto de la contravención. Así mismo, pondrá el hecho en conocimiento de las autoridades competentes. La omisión o la tardanza en el cumplimiento de tal deber por parte de los miembros de la policía serán sancionadas con la destitución del empleo*”.

Se trata de una curiosa tipificación de peligro abstracto¹⁰ que hace radicar el bien digno de protección en el interés superior del menor; empero, no se ve

arresto efectivo e ininterrumpido de un (1) año a dos (2) años.

⁸ Sentencia C-1080 de 2002 (Artículo 384 del Código Penal).

⁹ Al respecto, Juan Fernández Carrasquilla, estima que “*como la legalidad estricta del derecho penal se refiere tanto a los delitos como a las penas, también éstas han de ser típicas (previstas en la ley de forma expresa, clara e inequívoca). Aunque BELING hablaba sólo del hecho “típicamente antijurídico y culpable” en ningún caso ni a él ni a sus seguidores –que somos todos los penalistas “dogmáticos” posteriores– se les ocurrió la idea de que la punibilidad (o penalidad) pueda estar al margen de similares exigencias de legalidad previa, estricta y cierta*” (FERNÁNDEZ, 1998: 178). También la Corte Constitucional ha dicho en el mismo sentido que “*la contravención es una conducta regulada, definida, y juzgada de conformidad con normas de derecho penal*” (Sentencia C-542 de 1996).

¹⁰ Es clásica la distinción entre dos clases de peligro: el concreto y el abstracto. En los primeros el tipo requiere la concreta puesta en peligro del bien jurídico; el peligro concreto es el resultado típico. En los de peligro abstracto, por el contrario, se castiga una acción “típicamente peligrosa” o peligrosa “en abstracto”, en su peligrosidad típica, sin exigir como en el caso concreto que se haya puesto efectivamente en peligro el bien jurídico protegido. El criterio clave es, pues, la perspectiva *ex ante* (peligrosidad de la acción) o *ex post* (resultado de peligro) adoptada para evaluarlos. Sobre la proliferación en estos tiempos, de los delitos de peligro abstracto, consultar HASSEMER, Winfried. (1993). “Crisis y características del moderno derecho penal”. En: *Actualidad Penal* No. 43, Traducción al castellano por Francisco Muñoz Conde, p. 640. También, MENDOZA BUERGO, Blanca. (2001). *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, pp. 67 y ss.

claro cómo una conducta prohibida como esta, pueda ser llevada a los estrados judiciales, a la vista de la Sentencia C-221 de 1994 que ha entendido el consumo de estupefacientes en dosis personal, como una conducta socialmente adecuada, en tanto es expresión del libre desarrollo de la personalidad de cada individuo; luego, semejante acotación –*que no se haga en presencia de menores de edad*– resulta una inadmisibles limitación del derecho fundamental, misma que no se justifica en el pretense interés superior del menor –pues el bien jurídico protegido no es tal interés sino *la salubridad pública*– por lo que aludir a la presencia de menores para justificar su punición, no es más que una impostura argumentativa fincada en el más chocante perfeccionismo ético¹¹.

Lo que aquí se entrevé es el prurito gubernamental de los últimos seis años, varias veces desatendido por el legislativo, de penalizar lo impenalizable en una sociedad democrática y pluralista, alejada de los falsos y odiosos perfeccionismos, tan propios de los regímenes fascistoides y autoritarios.

En efecto, penalizar el consumo de estupefacientes, en cualquier cantidad, es consustancial al denostado derecho penal de autor, modelo *juspunitivo* propio del nazismo hitleriano (GÓMEZ, 2007: 115 y ss.); en efecto, se conculca el principio de culpabilidad al pretenderse castigar una simple expresión del “*cómo llevar la vida*”, por lo que la conducta descrita en el Artículo 31 de la Ley 1153 de 2007 es, *prima facie*, inconstitucional. Tanto peor es ello, si ni siquiera se hace esfuerzo alguno en diferenciar la edad del menor que presencia el ahora *aberrante hecho*, lo que genera que el comportamiento sea punible tanto en frente del bebé de brazos que no advierte ni valora lo que pasa a su alrededor, como de aquel menor adulto que frisa los dieciocho años. No hay ponderación alguna ni menos diferenciación de ninguna especie.

EL JUEZ INQUISITIVO: ¿UN PASO ADELANTE?

6. Nótese cómo a la cabeza de la guarda de las garantías del indiciado de una conducta contravencional, se halla ahora un juez, y ello significa una decisión político-constitucional digna de realce, si se recuerda que en otros tiempos, tales cuestiones se dejaban a autoridades administrativas –inspectores de policía–, actuación ésta a todas luces traidora de las enseñanzas de la ilustración, en que se sellaba indeleble, el mandato de reserva judicial en el manejo de la libertad ambulatoria.

¹¹ Al respecto la Corte Constitucional ha señala que “*en efecto, el sometimiento de tales medidas a las exigencias mencionadas garantiza justamente que las mismas no degeneren en un ejercicio de arbitrariedad o de “perfeccionismo” moral incompatible con un Estado constitucional de derecho*” (Sentencia C-720 de 2007). También las Sentencias C-040 de 2006 y C-309 de 1997, entre otras.

Con todo, siendo ello algo que merece ser destacado, es lo cierto que la práctica conjunción de las funciones de control de garantías, acusación, juicio y fallo en una misma cabeza, no se acompasa con los tiempos del *principio acusatorio*¹², tan caros a la democracia pero asimismo, a la concepción científica del proceso. En el fondo subyace la necesidad de adelantar un proceso económico –pues el recurso humano es escaso y costoso, se nos tiene dicho–, lo que no quiere decir que tal fin sea *per se* admisible constitucionalmente, pues, si se van a imponer penas que llegan incluso al ahorroamiento, no parece respetuoso de la dignidad humana, que tan crematístico argumento tenga un carácter fuerte.

Con todo, la Corte Constitucional ha acogido como constitucional la instauración de *juicios rápidos* cuando se trata de eventos contravencionales, por ejemplo, la Sentencia C-626 de 1996, en los que no se precisa la intervención de la Fiscalía. Empero, tales decisiones son anteriores al Acto Legislativo No. 3 de 2002 y en todo caso en momentos en que el llamado *principio acusatorio* no gozaba tanto del prestigio científico como democrático de estos tiempos. Con seguridad que a la vista de la reconfiguración de la Administración de Justicia de estos tiempos, aquellas posturas deben hoy matizarse.

Volviendo al punto, vemos como en la Ley 1153 de 2007, se ha entregado la indagación e investigación de las contravenciones, a la Policía Nacional (Artículo 36); de su tarea depende en gran medida el éxito del proceso. De paso, dígame que el Ministerio Público debe intervenir de manera obligatoria si existe flagrancia.

Y entonces surge la primera preocupación, pues, es lo cierto que la Policía Nacional, a términos de lo dispuesto por el Artículo 218 de la Constitución Política, su *“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”*. No pergeño allí el constituyente una policía con funciones de ser prácticamente *órgano de la Administración de Justicia*, como se concibe en la Ley 1153 en cita.

Esta es una severa tacha de inconstitucionalidad que permite de entrada no sólo reafirmar nuestras desconfianzas del inicio de estos párrafos –acerca de los fines no explícitos de la Ley– sino que permite colegir que al legislador poco le importa si la ley es científicamente correcta, pues, a nadie se le había ocurrido que el captor, el policía de esquina, el vigilante, el gendarme de andar despaciosos y atento, vigía y guarda de la seguridad de los transeúntes, por arte de birlibirloque debe ser ahora un sesudo acusador.

¹² Detalles sobre la trascendencia de este principio en MONTERO AROCA, Juan. (2008). “Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político”. En: *Prueba y proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 17 y ss.

La pregunta que surge anticipada es ¿y entonces será la policía quien acuse, como si fuera el fiscal de la causa? Porque en parte alguna se habla aquí de la Fiscalía. La policía habrá de impulsar la actuación, si de hechos flagrantes se trata; pero en tratándose de querellantes legítimos, de ellos dependerá el éxito de la causa: se erigen en un *¡acusador particular!*

Esta carga por supuesto deja por puertas muchas averiguaciones contravencionales pues, no se esconde la evidente revictimización del ciudadano quien, en una patria violenta e insegura como ésta, ahora tendría que enfrentar cara a cara, a su agresor. Serán mar las oportunidades en que el ciudadano, mejor desistirá de acudir ante los jueces que exponer su cara y su humanidad, ante quien le ha desconocido sus derechos.

En mi sentir existe una evidente *infraprotección* constitucional de varios derechos (integridad personal, patrimonio, entre otros) pues, no puede forzarse a la víctima a comparecer a los estrados más que en calidad de denunciante pero jamás podrá compelérsele a que enfrente el careo que la Ley introduce de una manera tan altamente significativa, con las consecuencias de que su no impulso, incluso puede llevar a que el asunto precluya (Artículo 50, Parágrafo 1).

Un panorama como el advertido, obliga reiterar que el juez de estas causas no puede ser el juez del modelo tendencialmente adversarial de la Ley 906 de 2004, si es que no se pretende erigir este sistema de juzgamiento en una simple fachada de apariencia de justicia, pues, ni la policía está obligada a ser un perfilado dogmático que delinea conductas y agravantes, con acertados juicios de correspondencia entre hechos y adecuación (congruencia) ni tampoco los querellantes deben ser sesudos penalistas que así obren.

Porque si así están las cosas, será el juez quien termine fijando las pruebas por practicar, acomodando la imputación, entre otras, pues, la ausencia de un auténtico sistema de partes, torna a un juez de tendencia inquisitiva.

LAS TIPICIDADES PREVISTAS

7. La Ley se ha ocupado de tipificar las conductas punibles llamadas “*contravenciones*” y de manera evidente surge la conclusión de que son aquellas fruslerías que atafagan los despachos de los fiscales y que desde el inicio se condenan al olvido, por clara imposibilidad de desatender los asuntos que enseñan mayor envidia. Por ello mismo las consecuencias jurídicas comportan una menor invasión de los derechos fundamentales... *pero ello apenas en apariencia.*

Y esto se dice porque a pesar de que se prevea como preponderante consecuencia jurídica, el llamado “*trabajo social no remunerado*”, es claro que éste siempre es convertible en arresto y que, bajo ninguna circunstancia, es posible que quien registre antecedentes penales, sea cobijado con gracia alguna –*rebajas, negociaciones, acuerdos, posibilidades de conciliación, etc.*– (Ley 1153 de 2007, Artículos 10-5, 12, 18, 19, 37, 39, 54, 55, entre otros). Si ya hemos dicho que los destinatarios de estas normas, son casi siempre los mismos, resulta claro que tarde o temprano reincidirán y ya no encontrarán más posibilidad que, primero, ir en arresto preventivo (Artículo 52) y ser indefectiblemente condenados a esta pena (*Ibid.*).

Y al inicio decíamos que esto es como una noria: ante el desasosiego de los ciudadanos, que ven los pequeños rapaces entrar y salir al juzgado, como si nada, se ensaya la solución de la pena, pero cuando las cárceles se ponen a tutiplén, entonces es hora de ensayar la desjudicialización, la desprisionización, las emergencias judiciales, etc. Y vendrá la reforma de la ¡Ley 1153 de 2007!

Vemos como la Ley se ha cuidado de establecer unas condiciones mínimas de la estructura dogmática de la contravención, así como para la graduación de la consecuencia jurídica, aspectos todos ellos que como se ven son tomados al pie de la letra del Código Penal en vigor, los cuales a su vez son insuficientes por lo que es obligado el acudimiento a dicha legislación, lo que también acontece con el estatuto procesal.

8. Es tarea de los jueces en cada caso acopiar esa información y entender que es su misión puntual *convencer* con sólidos argumentos, tanto en lo que respecta a la tipificación del punible y su antijuridicidad como a la culpabilidad del autor; de igual manera, en lo que atañe a la prueba del evento. Se precisa de un Ministerio Público serio intelectualmente, trabajador, comprometido, y que dimensione la grandeza de la misión entregada, tanto en punto a controvertir las consideraciones jurídicas del juez, pues, en la mayoría de ocasiones será la única persona versada jurídicamente con posibilidad de hacerlo, pero asimismo, dispuesta a que las garantías tanto de la víctima como del victimario, permanezcan incólumes (Ley 1153, Artículos 1, 17, 21, 22).

Y esto además porque la amplia competencia entregada a la Policía Nacional (ante todo Artículos 36 y 49, pero también los Artículos 17, 26, 31, entre otros), debe ser objeto de escrutinio y vigilancia permanente, a la vista de la experiencia del pasado, en que la arbitrariedad no ha podido ser desterrada de un tajo, a pesar de los esfuerzos institucionales para que ello sea cada vez menos.

9. Por otra parte, la necesidad de un juez comprometido con la justicia ha de reflejarse en el examen de cuestiones fundamentales, de rango constitucional, que a no dudar dejarán perplejos a los mentores de la Ley, pues, es evidente la

inconstitucionalidad del tratamiento dado a los incursos en estas “*pequeñeces*” contravencionales, pues, a quien reincide: a) se dispone, sin excepción, arresto preventivo, lo que no ocurre en la Ley 906; b) no puede entrar en acuerdos y negociaciones para rebajar pena (Artículo 19, Ley 1153), lo que no ocurre en la Ley 906; c) no puede conciliar o indemnizar de manera integral, con fines de precluir el proceso (Artículos 37, 39 y 54, Ley 1153); d) no puede ser cobijado con el criterio de la *no necesidad de pena*, en las contravenciones culposas (Artículo 19, Ley 1153) normadas en el Artículo 32 del Código Penal para los delitos culposos.

Si como es sabido en la doctrina, y aunque no haya unanimidad en ello, las contravenciones son un injusto menor en comparación con los delitos (sea porque el ataque al bien jurídico reviste menor intensidad o porque una decisión político-criminal ha mutado la naturaleza de delito a contravención), no se entiende que, precisamente, los punibles de levísima intensidad, reciban un mayor rigor, tanto en el tratamiento procesal como en la posibilidad de acceder a beneficios punitivos, lo que comporta una chocante discriminación de cara al principio de igualdad.

Los jueces deben entonces, efectuar el respectivo *tertium comparationis* para esclarecer si en el respectivo caso, se violenta tal garantía y, muy a pesar de la existencia de antecedentes, actualizar por la vía de la excepción, el mandato constitucional inserto en el Artículo 13. En todo caso, ya la Corte Constitucional de antaño se ha ocupado de esta problemática y su jurisprudencia es plenamente aplicable a estos desaguizados. En efecto, la Corte Constitucional ha dicho:

De la confrontación realizada entre la contravención y el delito infiere la Corte que no sólo se estableció la misma pena, sino que se asignó a la contravención un tratamiento más gravoso que a aquél, lo cual resulta desproporcionado e irrazonable. Si el legislador consideraba que la conducta de hurto calificado, cuando el valor de lo apropiado es inferior a diez salarios mínimos legales mensuales, es un hecho de menor transcendencia sociojurídica, y lo calificó como contravención, debió ser consecuente con su valoración y, por tanto, debió otorgarle un trato punitivo menos gravoso que el fijado para el delito (Sentencia C- 364 de 1996).

10. Con esta Ley se aspira pues, a que la Fiscalía y en general la jurisdicción penal, puedan dedicar sus esfuerzos al combate de la gran delincuencia; esa que en veces arrodilla la democracia y que debe ser combatida en aras de la paz y convivencia ciudadana. Deberá pues hacerse un balance, a corto plazo, de la bondad de haber recortado en tan intensa forma el proceso ordinario previsto para los delitos, como se ha hecho en la Ley 1153 de 2007. De no observarse plausibles resultados, que muestren por ejemplo que no es cierto que la corrupción se haya terminado en la Administración Pública —por que las estadísticas parecen así quererlo mostrar— entonces podremos concluir que nos hallamos ante una nueva frustración.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANGULO GONZÁLEZ, Guillermo. (2006). *La Justicia restaurativa en el Nuevo sistema procesal penal Ley 906 de 2004*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- BAZZANI MONTOYA, Darío. (2006). *El principio de oportunidad y la terminación anticipada del proceso en el nuevo sistema procesal penal*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- CÓDIGO PENAL. (2008). Bogotá: Legis.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. (2008). Bogotá: Legis.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. (1998). *Principios y Normas rectoras del derecho penal*. Bogotá: Leyer.
- _____. (2004). *Derecho Penal Fundamental I*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 3 Edición.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor. (2007). *El derecho penal de autor*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- HASSEMER, Winfried. (1993). “Crisis y características del moderno derecho penal”. En: *Actualidad Penal* No. 43. Traducción al castellano por Francisco Muñoz Conde.
- _____. (1998). *Crítica al derecho penal de hoy. “Lineamientos de un proceso penal en el Estado de derecho”*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. (2001). *Limites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro*. Granada: Comares.
- MONTERO AROCA, Juan. (2008). “Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político”. En: *Prueba y proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- Corte Constitucional. Sentencia C-592 de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-430 de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-542 de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-617 de 1996. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional. Sentencia C-626 de 1996. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional. Sentencia C-309 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-1080 de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia C-040 de 2006. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional. Sentencia C-720 de 2007. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.