

Sentencia C-1198/08

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Razones para sustentar cargos deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Inexistencia de cargo

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Inexistencia por contenidos normativos diferentes

La norma dentro de la cual se encuentra el segmento ahora demandado adjudica la competencia para esa clase de procesos (por delitos que requieren querrela aunque el sujeto pasivo sea un menor de edad, un inimputable, o el trasgresor haya sido sorprendido en flagrancia e implique investigación oficiosa), a los jueces penales municipales, distinto a lo preceptuado en el artículo 4° tantas veces referido, que señala entre otras excepciones a esa "condición de procedibilidad de la acción penal" denominada querrela, que haya sido capturado en flagrancia, por lo que no es predicable una identidad en los contenidos analizados, además que en la sentencia C-425 de 2008 la Corte no extendió los efectos de la declaratoria de exequibilidad absoluta del segmento demandado del artículo 4° a la similar contenida en el artículo 2°, situación totalmente entendible pues se trata de dos disposiciones que si bien refieren a delitos perseguibles de oficio o a instancia de la persona ofendida por el delito o del titular del bien jurídico tutelado, en esta última se asigna la competencia para su conocimiento, y en la siguiente cuáles requieren o no de la formulación de querrela.

ACCION PENAL-Naturaleza/ACCION PENAL-Titularidad

La acción penal tiene una naturaleza eminentemente pública, que no se afecta cuando para su ejercicio sea necesaria la manifestación mediante querrela de la víctima o del titular del bien jurídico protegido.

LIBERTAD DE CONFIGURACION NORMATIVA DEL LEGISLADOR-Facultad para regular los procedimientos judiciales

INVESTIGACION PENAL DE OFICIO-Regla general/JUEZ PENAL MUNICIPAL-Competencia para juzgamiento de delitos cuya persecución requiere querrela/JUEZ PENAL MUNICIPAL-Competencia excepcional para juzgamiento de delitos perseguibles de oficio/JUEZ PENAL MUNICIPAL-Aplicación de los efectos propios de la querrela para beneficio y reparación de la víctima en delitos que se investiguen de oficio

La obligación de ejercer la investigación, recae sobre la Fiscalía y no se trunca con la opción del legislador, dentro de la facultad de configuración normativa que constitucionalmente le ha sido otorgada, de perseguir ciertos comportamientos delictivos motu proprio o a instancia del interesado, encontrándose que la redacción del numeral 3° del artículo 2° de la Ley 1142 de 2007 es clara al indicar que al juez penal municipal le compete el juzgamiento de todos los procesos que se inicien por delitos que para su persecución penal requieran querrela y, sin embargo, estipula una excepción a ese requisito de procedibilidad, como es que deba iniciarse oficiosamente la acción penal ante aquellos delitos en los cuales el sujeto pasivo sea un menor de edad o un inimputable, o si el trasgresor ha sido capturado en flagrancia, y en el

inciso 2° del numeral 3° referido, se precisa que si para un proceso por un delito de los que requieren querrela, no hubo lugar a ésta por alguna de las excepciones, ello no es óbice para que se aplique lo que la norma denomina beneficio y reparación al ofendido, como tampoco lo será para el empleo de otras formas especiales de terminación del proceso. Entonces, tampoco se impediría que el presunto responsable pueda terminar prontamente la acción penal, por colaboración hacia la celeridad y la economía procesal y, por ende, sin el innecesario desgaste de la administración de justicia.

#### CONCILIACION EN DELITOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Procedencia/CONCILIACION EN DELITOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Aplicación de reglas del Código de la Infancia y la Adolescencia

Aunque en la exposición de motivos del proyecto presentado por el Gobierno y la Fiscalía General de la Nación se advertía que las conductas constitutivas de violencia intrafamiliar “no serán conciliables, lo cual se explica por la extrema vulnerabilidad de quienes la padecen”, no puede desconocerse el precedente contenido en la sentencia C-425 de 2008, según el cual sí procede la conciliación, recalándose que siempre ha de consultarse el interés superior del menor y las garantías de la familia como núcleo esencial de la sociedad y que en aquellos comportamientos delictivos en los cuales el sujeto pasivo sea o haya sido un niño, una niña o un adolescente, deben los operadores judiciales tener presente, por su especialidad, las reglas consagradas en el Título II del Libro II de la Ley 1098 de 2006, por medio de la cual se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia, que fija unos procedimientos especiales para esas circunstancias.

#### CONCESION DE BENEFICIOS EN DELITOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-No puede supeditarse a la valoración positiva del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF/BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES-Criterios para su concesión

El legislador, al supeditar al concepto favorable del ICBF la concesión de beneficios para el imputado, acusado, procesado o condenado, por delitos tipificados como constitutivos de violencia intrafamiliar, olvidó que eventos como la suspensión condicional de la ejecución de la pena tienen lugar cuando se constaten otros presupuestos, como que la pena impuesta (prisión que no exceda de 3 años) y que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta, sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena; y, en aquellos eventos que sea procedente, estará supeditada al pago total de la multa (adicionada por el artículo 4° de la Ley 890 de 2004). Incluso, puede el juez exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad concurrentes. De igual forma, para el reconocimiento del beneficio de libertad condicional, el artículo 64 del Código Penal preceptúa que podrá el juez concederla, previa valoración de la gravedad de la conducta punible, al cumplirse las dos terceras partes de la pena, si la buena conducta del condenado durante su reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución punitiva y está supeditada al pago total de la multa y de la reparación de la víctima, recordando que mediante sentencia C-823/05, fue condicionalmente declarada exequible esta última circunstancia, entendiéndose que el no pago previo de la reparación no impide la concesión excepcional del subrogado, cuando se demuestre ante el juez de ejecución de penas - previa posibilidad de contradicción por la víctima y el Ministerio Público - la insolvencia actual del condenado. En estas condiciones

supeditar la concesión de beneficios y subrogados penales a la valoración positiva del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, puede ir en contravía de los derechos e intereses de los niños y los adolescentes, e impone un criterio al juez, al momento de reconocer o no los beneficios que favorecen al victimario, dándole prevalencia a la valoración positiva de un órgano de la administración pública, que al provenir de una autoridad especializada debe ser tenida en cuenta, pero ponderándola razonablemente con toda la demás información allegada, además que se afecta el principio de legalidad de la privación preventiva de la libertad y de legalidad de la sanción penal, como quiera que el legislador no señaló unos criterios claros, precisos y unívocos que deba evaluar el ICBF para emitir ese concepto, ni garantiza que los mismos puedan ser debidamente sopesados por la autoridad judicial bajo las reglas de la sana crítica, que debe mediar frente al elemento adicional de convicción que se allega al proceso, además que se desconoce que el propio Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), dentro del régimen de la libertad y su restricción, afirma que las disposiciones allí contenidas que autoricen preventivamente la privación o restricción de la libertad tienen un carácter excepcional, de modo que deben ser interpretadas restrictivamente y dentro de los criterios de necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad, en pleno acatamiento de los contenidos constitucionales.

**BENEFICIOS PUNITIVOS EN DELITOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Exigencia de valoración positiva del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF para su concesión afecta derechos de los niños, niñas y adolescentes/BENEFICIOS PUNITIVOS EN DELITOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN QUE SEAN VICTIMAS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Reconocimiento sujeto a criterios especiales**

La exigencia de una valoración positiva del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, para que sean concedidos beneficios punitivos en los casos de delitos de violencia intrafamiliar, contraviene los derechos de los niños, niñas y adolescentes, al igual que los principios de legalidad de la sanción penal y de la privación preventiva de la libertad del imputado, acusado o procesado, pues en aquellas conductas en las cuales los niños, niñas y adolescentes sean el sujeto pasivo de esos comportamientos, el hecho de supeditar el reconocimiento de beneficios para el agresor al concepto favorable que emita el ICBF, podría amenazar sus derechos como víctimas y los coloca en riesgo de ser nuevamente objeto de esos agravios, además que se desconocería que la Constitución y la ley especializada en la protección de menores, imponen a la autoridad judicial tener presente otros criterios, de modo que se garantice la debida reparación y se evite ponerlos en riesgo frente a eventuales nuevos actos de agresión.

**PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Restricción a la concesión de beneficios punitivos en los casos en que sean víctimas**

En desarrollo de los principios constitucionales de protección a la familia, a los menores y a los jóvenes, el artículo 192 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, establece que en aquellos procesos que se adelanten por delitos en los cuales los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas, el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior de los infantes, la prevalencia de sus derechos, la protección integral y las demás prerrogativas consagradas en convenios internacionales ratificados por Colombia, al igual que en la Constitución Política y en las leyes colombianas, consagrando una serie de

criterios para el desarrollo del proceso judicial, donde se preceptúa que la autoridad judicial se abstendrá de aplicar el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional cuando exista esa categoría de víctimas, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados, al igual que se impone abstenerse de decretar la detención domiciliaria, cuando el imputado sea miembro del grupo familiar de la víctima.

#### PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN PRIVACION DE LA LIBERTAD/PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA PRIVACION PREVENTIVA DE LA LIBERTAD

El artículo 28 de la Carta Política consagra el derecho de toda persona a la libertad, cuya excepción a ser reducida a prisión, arresto o detención, se puede presentar sólo en ejercicio de la reserva judicial que allí se ha establecido, para lo cual se requiere de un mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley, así la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha puntualizado que esa reserva judicial para la referida limitación guarda relación con el principio de legalidad de la privación preventiva de la libertad, el cual deviene del principio de legalidad de la sanción penal, de modo que las exigencias para la aplicación de este último se hacen extensivas a aquéllas, aunque no exista una sanción definitiva por haber transgredido la normatividad penal.

#### PRIVACION PREVENTIVA DE LA LIBERTAD-Requisitos/PRIVACION PREVENTIVA DE LA LIBERTAD-Carácter excepcional

Para que una persona pueda ser preventivamente privada de la libertad se requiere que existan motivos previamente establecidos en la ley, y que para la aplicación de la misma medie el mandamiento de autoridad competente, en este caso autoridad judicial, y el cumplimiento de los requisitos legales para el efecto. La detención preventiva de una persona tiene un carácter excepcional.

#### DETENCION PREVENTIVA-Naturaleza/MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO-Naturaleza/DETENCION PREVENTIVA-Finalidad

##### MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO-Criterio de necesidad en su aplicación y finalidades

El artículo 250 de la Constitución que consagra las funciones de la Fiscalía General de la Nación, dentro del numeral 1° especifica que al ente investigador le corresponde solicitar al juez de control de garantías la adopción de las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso, la conservación de los elementos materiales y la evidencia física, al igual que la protección de la comunidad y de las víctimas, pero esta solicitud se debe acompañar de los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia.

##### LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN DETENCION PREVENTIVA-Límites

DETENCION PREVENTIVA-Criterios de modalidad y gravedad de la conducta punible no son suficientes para determinar el peligro para la comunidad/DETENCION PREVENTIVA-Responde a criterios de necesidad y proporcionalidad

La preceptiva del artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, según la cual para estimar si la libertad

del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, pero que, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente las demás circunstancias allí contenidas, no atiende los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento y al establecer como suficientes la gravedad y la modalidad de la conducta se desconocen esos criterios y con ello el principio de libertad que cobija el proceso penal y el de legalidad de la medida preventiva para su privación, pues se olvida que no es suficiente ese criterio para determinar la procedencia o no del decreto de la misma, es imperativo que se consulte su necesidad. Empero, para evitar ambigüedad en su lectura e interpretación serán declaradas exequibles, bajo el entendido que para el funcionario judicial, al momento de determinar el peligro que el imputado representa para la comunidad, no es suficiente la gravedad y la modalidad de la conducta punible, sino que siempre deberá valorar, bajo las finalidades que la Constitución le ha otorgado a esa clase de medidas preventivas, además de los requisitos contenidos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, las demás circunstancias contenidas en los numerales 1° a 4° del artículo 310 ibídem.

**DETENCION PREVENTIVA-Modalidad y gravedad de la conducta punible así como la pena imponible no constituyen factores para decidir la no comparecencia del imputado**

La expresión “en especial” del artículo 25 de la Ley 1142 de 2007, según la cual la modalidad y la gravedad de la conducta y de la pena a imponer serán los factores a los cuales el funcionario judicial le dará preponderancia para determinar la eventual no comparecencia del imputado al proceso, no son los criterios especiales y únicos para determinar si permitirá la acción estatal, por el contrario, es necesario que se analicen “además” los criterios subsiguientes contenidos en el artículo 312 de la Ley 906 de 2004, de modo que pueda determinarse la necesidad o no de la medida de aseguramiento no sólo para garantizar su comparecencia, sino el cumplimiento de la sentencia, todo bajo el criterio de necesidad y razonabilidad que constituyen sus presupuestos, al igual que la interpretación restrictiva que sobre las mismas se debe efectuar.

No es suficiente que los supuestos fácticos por los cuales el legislador considera que una conducta delictiva da lugar a la imposición de una medida de aseguramiento se encuentren establecidos en la ley, es imperativo además que aquéllos sean claros, precisos y unívocos, esto es, deben excluir cualquier ambigüedad previsible y deben abstenerse de hacer generalizaciones y abstracciones que pudieran minar la seguridad jurídica de los asociados

**DERECHO A LA LIBERTAD-Se vulnera cuando los supuestos fácticos de la detención preventiva no sean claros, precisos y unívocos**

**PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA DETENCION PREVENTIVA-Se vulnera cuando los supuestos fácticos de la detención preventiva no sean claros, precisos y unívocos**

**PRINCIPIO DE CELERIDAD DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Impulso de procesos penales**

**PRINCIPIO DE LIBERTAD-Pena privativa como medida excepcional**

El principio de libertad que cobija la actuación penal y el principio de celeridad de la administración de justicia, plantean que la situación del acusado debe ser resuelta en el

menor tiempo posible, máxime cuando se está frente a causales que no le son atribuibles.

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO-Iniciación debe ser determinable en el tiempo/AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO-Suspensión no puede ser indefinida

DETENCION PREVENTIVA-Causas que no pueden invocarse para su prolongación

La ineficacia y la ineficiencia de la administración de justicia, al igual que la incuria, la inoperancia del aparato jurisdiccional y la mora en el recaudo de las pruebas, para el caso del sistema procesal penal de la Ley 600 de 2000, están excluidas de considerarse como causas razonables, situación que inhabilita al juez para prolongar la detención preventiva.

LIBERTAD PROVISIONAL-Casos de improcedencia

El decreto de una libertad provisional en los supuestos del retardo de la celebración del juicio oral, como lo expresa parte de la preceptiva del parágrafo del artículo 30 de la Ley 1142 de 2007 demandado, no procede en aquellos casos en que el retardo o la imposibilidad de celebrar la diligencia tenga su génesis en maniobras dilatorias del acusado o del profesional que lo asiste en el ejercicio de la defensa técnica.

LIBERTAD PROVISIONAL-Negativa cuando la audiencia no se hubiere podido iniciar por causa razonable/AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO-Causa que impida su iniciación no puede ser indeterminada en el tiempo/AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO-Causa que impida su iniciación debe ser valorada por el juez y fundarse en hechos externos y objetivos

Así como la suspensión de una diligencia no puede ser indefinida, la eventual causa razonada que nos ocupa tampoco puede ser indeterminada en el tiempo, pues se entiende que debe abarcar el lapso estrictamente necesario para retornar a la normalidad. El condicionamiento atiende a que la justificación de la causa razonable debe fundarse en hechos externos y objetivos constitutivos de fuerza mayor, irresistibles e insuperables, ajenos al juez o a la administración de justicia, sin que el juez como director del proceso pueda obrar arbitrariamente, como tampoco podrá excusarse en el recargo de trabajo. Asimismo y acorde con la jurisprudencia de esta corporación se supedita la constitucionalidad de la preceptiva analizada, a que en todo caso la audiencia se iniciará cuando haya desaparecido dicha causa y a más tardar en un plazo no superior a la mitad del término establecido por el legislador en el numeral 5° del artículo 317 de la Ley 906 de 2004.

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO-Principios por los que se rige

Sólo un análisis de cada circunstancia en particular, con la rigurosidad ahora expuesta, mantiene incólume el derecho al debido proceso y los principios que regulan la administración de justicia, al tiempo que garantiza la preservación de los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, que rigen la medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva del acusado y con ello proteger el principio general de libertad.

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO-Proscripción de la expresión “justa o” para referirse a una causa para la no iniciación de la audiencia de juzgamiento

Encuentra la sala que la expresión “justa o”, dentro del sistema acusatorio que se sustenta en una nueva previsión constitucional, a partir del Acto Legislativo 03 de 2002, no atiende las exigencias referidas en los precedentes, como quiera que el supuesto fáctico allí consagrado no supera el imperativo de ser claro, preciso y unívoco, toda vez que su indeterminación conduce a ambigüedad acerca del momento en el cual se realizará la audiencia de juicio oral, vulnerando así la garantía de la libertad personal consagrada en el artículo 28 superior. Igualmente la preceptiva referida contraviene el imperativo constitucional que se impone a los funcionarios judiciales de observar con diligencia los términos procesales, so pena de ser sancionado su incumplimiento, pues la expresión “justa o” contenida en el párrafo del artículo 30 de la Ley 1142 de 2007, deja al arbitrio del funcionario judicial cumplir o no los términos para celebrar el juicio oral.

Referencia: expediente D-7287

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2º, 4º, 24, 25 y 30 (parciales) de la Ley 1142 de 2007 “por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”

Demandante: Jairo Ardila Espinosa

Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla

Bogotá, D.C., cuatro (4) de diciembre de dos mil ocho (2008).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

En ejercicio de la acción pública consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, el ciudadano Jairo Ardila Espinosa demandó algunos apartes y expresiones de los artículos 2º, 4º, 24, 25 y 30 de la Ley 1142 de 2007, “por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”.

Mediante auto de junio 3 de 2008, el Magistrado sustanciador rechazó parcialmente la

demanda, en cuanto a los cargos elevados contra la expresión “o la persona haya sido sorprendida en flagrancia” del artículo 4º, por existir cosa juzgada constitucional<sup>1</sup>; la admitió en lo que respecta a los artículos 2º, 24, 25 y 30 y ordenó su fijación en lista, al tiempo que dispuso dar traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera su concepto y comunicó la iniciación del asunto a los señores Presidente de la República y del Congreso, Ministro del Interior y de Justicia y Fiscal General de la Nación, al igual que a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Instituto Colombiano de Derecho Procesal y a las facultades de derecho de las Universidades Javeriana, Externado de Colombia, Industrial de Santander, de Antioquia, del Rosario, Santo Tomás, Jorge Tadeo Lozano y Nacional de Colombia, con el objeto de que, si lo estimaban pertinente, conceptuaran sobre la exequibilidad de las normas demandadas.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de procesos, la Corte procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

## II. NORMAS DEMANDADAS.

A continuación se transcribe el texto de las normas demandadas, resaltando los apartes acusados.

“LEY 1142 DE 2007

(junio 28)

Diario Oficial No. 46.673 de 28 de junio de 2007

Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana.

El Congreso de Colombia

DECRETA

... ..

ARTÍCULO 2º. El artículo 37 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

Artículo 37. De los jueces penales municipales. Los jueces penales municipales conocen:

1. De los delitos de lesiones personales.

2. De los delitos contra el patrimonio económico en cuantía equivalente a una cantidad no superior en pesos en ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la comisión del hecho.

3. De los procesos por delitos que requieren querrela aunque el sujeto pasivo sea un menor de edad, un inimputable, o la persona haya sido sorprendida en flagrancia e implique investigación oficiosa.

La investigación de oficio no impide aplicar, cuando la decisión se considere necesaria, los efectos propios de la querrela para beneficio y reparación integral de la víctima del injusto. En los delitos de violencia intrafamiliar, los beneficios quedarán supeditados a la valoración positiva del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

4. De los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria.

5. De la función de control de garantías.

... ..

ARTÍCULO 24. El artículo 310 de la Ley 906 de 2004, quedará así:

Peligro para la comunidad. Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la punible (sic). Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.

2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.

4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.

ARTÍCULO 25. El artículo 312 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal quedará así:

Artículo 312. No comparecencia. Para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, se tendrá en cuenta, en especial, la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible, además de los siguientes factores:

1. La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.

2. La gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este.

3. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena.

... ..

ARTÍCULO 30. El artículo 317 de la Ley 906 de 2004, quedará así:

Artículo 317. Causales de libertad. Las medidas de aseguramiento indicadas en los anteriores artículos tendrán vigencia durante toda la actuación. La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y sólo procederá en los siguientes eventos:

1. Cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga, o se haya decretado la preclusión, o se haya absuelto al acusado.

2. Como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad.

3. Como consecuencia de las cláusulas del acuerdo cuando haya sido aceptado por el juez de conocimiento.

4. Cuando transcurridos sesenta (60) días, contados a partir de la fecha de la formulación de imputación no se hubiere presentado el escrito de acusación o solicitado la preclusión. Los términos previstos en este numeral se contabilizarán en forma ininterrumpida.

5. Cuando transcurridos noventa (90) días, contados a partir de la fecha de la presentación del escrito de acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio oral.

PARÁGRAFO. En los numerales 4 y 5 se restablecerán los términos cuando hubiere improbación de la aceptación de cargos, de los preacuerdos o de la aplicación del principio de oportunidad. No habrá lugar a la libertad cuando la audiencia de juicio oral no se haya podido iniciar por maniobras dilatorias del imputado o acusado, o de su defensor, ni cuando la audiencia no se hubiere podido iniciar por causa justa o razonable.

... ..”

### III. LA DEMANDA.

3.1. Artículo 2° (parcial) de la Ley 1142 de 2007, que modifica el 37 de la Ley 906 de 2004.

3.1.1. Argumentos en contra de las expresiones “o la persona haya sido sorprendida en flagrancia” y “la investigación de oficio no impide aplicar, cuando la decisión se considere necesaria, los efectos propios de la querrela para beneficio y reparación integral de la víctima del injusto”, del numeral 3° del artículo 2° de la Ley 1142 de 2007.

El actor, luego de referirse a la naturaleza jurídica de los delitos querellables y los oficiosamente investigables, con alcance a las consideraciones incluidas en la sentencia C-658 de 1997, argumenta que la expresión “o la persona haya sido sorprendida en flagrancia”, contenida en el artículo 2° de la Ley 1142 de 2007, vulnera los artículos 13 2 y 29 de la Constitución Política, al desconocer la autonomía personal y el debido proceso.

Señala que no se trata de indicar que la captura en flagrancia sea el motivo para adjudicar la competencia a los jueces penales municipales de conocimiento, sino de “identificar de manera clara y que no haya lugar a equívocos cuando el proceso puede adelantarse de oficio y cuando se requiere querrela para adelantar la acción penal”.

Así, plantea que la preceptiva demandada viola el debido proceso, pues se impediría la caducidad de la acción y el desistimiento, figuras propias de la naturaleza jurídica de los “delitos querellables”. Igualmente, aduce que se conculca la autonomía personal, como quiera que esa clase de delitos permite que el sujeto pasivo, titular del derecho, “estime prudente si dispone o no de la acción penal”, con el ejercicio del respectivo denuncia, de modo que la norma conlleva que el ente estatal suplante su voluntad.

Refiere que “si bien se habla en el art. 2° de la Ley 1142 de que implique investigación

oficiosa”, el artículo 4° “no hace tal salvedad de manera clara”. En su parecer, esa situación envuelve que en los casos de capturas en flagrancia no se requeriría de la querrela, mientras que figuras propias de esa clase de delitos como el desistimiento, la conciliación y la reparación integral de la víctima, tendrían aplicación en una investigación de oficio, debido a que en la norma se expresa que esta última “no impide aplicar, cuando la decisión se considere necesaria, los efectos propios de la querrela para beneficio y reparación integral de la víctima del injusto”.

Argumenta entonces que frente a las conductas que se investiguen oficiosamente “existe la posibilidad de aplicar los beneficios propios de la querrela y la reparación a la víctima, que dentro del marco de la Ley 906 de 2004 son los establecidos en los arts. 76, 77, 78, 79 y 80, pues de no entenderlo de esta manera, la citada norma además resultaría anfíbológica y sin aplicación racional alguna”.

Además, al estudiar las normas demandadas en conjunto, “uno puede darle la lectura de que en efecto, lo que quiso el ente fiscal al presentar el proyecto fue convertir delitos querellables a delitos oficiosos por efectos de la captura en flagrancia, y que a pesar de esta circunstancia, es decir de la captura en flagrancia no se impedía la aplicación de los efectos propios de los delitos querellables. Es más así aparece del manual de la Ley 1142 de 2007 realizado por la Fiscalía General de la Nación, quien a propósito fue quien presentó unilateralmente el proyecto de reforma convertido en la ‘Ley de convivencia y la seguridad ciudadana’”.

Igualmente, el actor afirma que los delitos querellables se diferencian en aspectos esenciales, como la “organización sistemática del interés privado y del interés público; en lo atinente al requisito de procedibilidad de la querrela, o la oficiosidad de la acción penal; así como los efectos jurídicos de uno y otro en lo atinente a la extinción de la acción previo el resarcimiento de los daños ocasionados o la posibilidad del desistimiento, se puede concluir que no le es posible al legislador, en razón de la situación de flagrancia, convertir los delitos querellables en delitos perseguibles de oficio. No puede una situación post delictual (captura en situación de flagrancia) desnaturalizar el delito querellable y el delito oficioso”.

Así, “o se mantienen los efectos propios para el delito querellable, o los del delito oficioso, porque otra lectura puede dar pie a la negativa de las consecuencias propias del desistimiento, la conciliación, etc, para el delito querellable o se trasladan tales efectos al delito oficioso como lo insinúa el art. 2°, numeral 3°, inc. 2°, para un fenómeno denominado flagrancia”.

3.1.2. Argumentos en contra de la expresión “en los delitos de violencia intrafamiliar, los beneficios quedarán supeditados a la valoración positiva del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”, contenida en la parte final del numeral 3° del artículo 2° de la Ley 1142 de 2007.

Frente a esta preceptiva también demandada, estima que el condicionamiento para la concesión de beneficios y subrogados penales rompe el principio de la autonomía e independencia de las ramas del poder público, al ser una “clara intromisión en la función de la administración de justicia”. Aduce que someter el otorgamiento de aquéllos a un acto administrativo, “como es la valoración positiva del Instituto Colombiano de Bienestar

Familiar”, contraviene los artículos 228 y 230 superiores, como quiera que el juez solamente está sometido al imperio de la ley y la Constitución, luego sus decisiones, al ser independientes, no pueden estar bajo las de alguna autoridad de carácter administrativo, por lo que aceptar una injerencia como esa rompería el principio de reserva judicial, sin que ello implique, desde luego, la negación de la existencia de un “principio de colaboración entre las ramas del poder público”, acorde con el artículo 113 de la Carta Política.

Plantea entonces que supeditar los beneficios a la valoración positiva del ICBF, deja en manos de un organismo de la rama ejecutiva una decisión judicial, esto es, en un tercero ajeno al proceso y a la problemática que genera el delito, “a quien se le pide que emita un concepto para privar o no a una persona de su libertad (concesión de subrogado penal)”.

Para poder otorgar los beneficios, la ley estableció el cumplimiento de unos presupuestos (arts. 38 y 63 L. 599 de 2000), por lo que asevera que “resulta criticable la norma también frente a postulados como el derecho a la igualdad, por el trato discriminatorio de los procesados por violencia intrafamiliar frente a otros procesados por la misma Ley 906 de 2004”.

Así, cuestiona la razón para que las personas juzgadas por violencia intrafamiliar estén sometidas al concepto de un tercero ajeno al proceso, mientras que para otros procesados no sea necesario tal concepto.

Puntualiza además que si la norma busca proteger a la víctima de posibles y futuras agresiones del procesado o condenado, “existen dentro del marco normativo del art. 63 del C.P., unas obligaciones que de no cumplirse dan al traste con el beneficio otorgado, y sería esto consecuencia de su propia conducta y no la consecuencia de un concepto desfavorable de un tercero”.

Así, censura que la libertad de las personas quede en manos del ICBF, pues de ser negativo el concepto el procesado no accedería a los beneficios; “no se trata de colaboración de las ramas del poder público, es la delegación de una atribución judicial a un funcionario que no es juez, ni hace parte de la rama judicial cual es la concesión de beneficios, eso es supeditar”.

Tratándose del artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, señala que la preceptiva según la cual “para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias” (está realzado en el original), transgrede el preámbulo, al igual que los artículos 28, 29, 228 y 250 de la Constitución, 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Indica que la libertad ostenta triple categorización en la Carta Política y las normas que la integran, como valor constitucional, derecho fundamental y principio. Como valor constitucional es “un pilar fundante del Estado Social y Democrático de Derecho”; como derecho fundamental “comprometido en los proceso penales, implica una cuestión de naturaleza negativa: un límite, una proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera, suprima o limite indebidamente la libertad y seguridad personal”; y como principio

“supone una categoría jurídica, un mandato de optimización que persigue que la limitación a la libertad se repute legítima únicamente en la medida de lo estrictamente necesario para el logro de los fines constitucionales”.

Bajo esos parámetros, sustenta la demanda que al establecerse la gravedad y modalidad de la conducta como suficiente para determinar si la liberación del imputado resulta peligrosa para la comunidad, se atenta contra el valor de la libertad y dentro del proceso contra los principios de “presunción de inocencia, el derecho penal de acto, la prohibición de exceso, la afirmación general de la libertad y la tridivisión del poder público”, contenidos en los textos constitucionales referidos como vulnerados.

Formula que el status de presunción de inocencia conlleva que el Estado no pueda realizar actuaciones que tiendan a invertirla antes de una sentencia definitiva, de modo que se desconoce cuando “por vía legal”, se dispone que la gravedad y la modalidad de la conducta de un individuo “tienen una consecuencia negativa automática para su derecho a la libertad personal, y es su encarcelamiento preventivo mientras dure el proceso”.

El actor considera entonces que existe una “patente inversión del sentido lógico y axiológico por parte de la disposición demandada, la cual se funda en criterios como la gravedad y modalidad de la conducta, los cuales son expresiones de prevención general y retribución, propios de la pena, desconociendo que la medida de aseguramiento no se reputa pena y, por ende, sus finalidades son absolutamente diferentes de las funciones de la pena y tienen que ver con cuestiones eminentemente cautelares, como la protección a la comunidad, la protección a la prueba vertida a la investigación y el aseguramiento de la comparecencia del imputado al proceso”.

Se indica también en la demanda que la presunción de inocencia se vincula directamente con el derecho penal de acto, el cual apunta a que la persona es responsable por sus comportamientos cuando es “vencido en juicio oral”. Luego, la existencia o no de la conducta y su modalidad y gravedad, “son asuntos que no pueden predicarse en abstracto por parte de una norma procesal penal de naturaleza provisional, desconociendo que la persona en este momento incipiente de la investigación se presume inocente y que tal modalidad y gravedad únicamente será establecida definitivamente cuando se dicte sentencia condenatoria, en cuyo caso, serán cuestiones a tener en cuenta como parte de las funciones de la pena”.

Así, acorde con los planteamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se asegura que el legislador no puede considerar como suficientes la gravedad y la modalidad de la conducta, para la imposición de la medida cautelar, por ser propósitos respectivos de la pena, habida cuenta que los “fines procesales o cautelares de la medida de aseguramiento, constitucionalmente reconocidos son, se repite: garantizar la comparecencia al proceso por parte del imputado, la conservación de la prueba y la protección a la comunidad”.

Puntualiza además que la consideración de la modalidad y gravedad de la conducta conlleva “serios reparos desde la perspectiva constitucional”, lo cual resulta más problemático si esos dos aspectos, por sí mismos, son considerados suficientes para detener preventivamente a una persona sometida a un proceso penal.

Sobre el “principio de prohibición de exceso”, argumenta que constitucionalmente se manifiesta mediante la proporcionalidad y el test de razonabilidad de allí derivados, de modo que los poderes públicos, entre estos el legislativo, no pueden ser excesivos o desproporcionados, es decir, deben perseguir una finalidad constitucional y respetar los demás principios y derechos constitucionales que se contrapongan a la medida legislativa que se adopta. Por ello, fijar la gravedad de una presunta conducta punible como suficiente para la detención preventiva de una persona “que se reputa inocente, es privilegiar de manera excesiva y desproporcionada el interés general que se busca proteger, a costa de los demás valores, derechos y principios constitucionales que pueden aparecer del examen concreto sometido a consideración del juez”.

Igualmente, el ciudadano demandante señala que para los organismos internacionales de protección a los derechos humanos, “no es admisible el privilegio de una circunstancia sobre otra o la demostración de una sola de ellas para gravar al procesado con una medida cautelar personal”; por el contrario, previamente deben ser analizadas todas aquellas que resulten pertinentes para el caso en particular.

De otro lado, equipara la ponderación que adelanta el juez constitucional al momento de resolver una colisión entre derechos fundamentales aplicando el principio de proporcionalidad, cuando se efectúa un control abstracto o concreto de una medida, con el que se realiza en materia penal al escoger, entre varios mecanismos, el que resulte menos lesivo a esas garantías, permitiendo cumplir sus fines constitucionales, teniendo que analizar todas las circunstancias concurrentes, sin limitarse a valorar una sola.

A su vez, considera que “privilegiar con exclusividad” la modalidad y la gravedad de una conducta, afecta el derecho a la libertad, pues la detención preventiva pasa a ser regla general, en contraposición con el principio de libertad general que debe caracterizar el proceso penal.

Funda su argumentación de cara a las expresiones demandadas en los fines constitucionales de la medida de aseguramiento, pues en su criterio el juez no puede cimentar su imposición en aspectos objetivos, convirtiéndose en un “mero espectador de las solicitudes de los fiscales”. Argumenta que las expresiones “suficiente, sin embargo y podrá” (resaltado en el texto original) limitan la labor del funcionario, toda vez que “el cumplimiento total de los requisitos para limitar el derecho a la libertad debe ser una constante, y no una posibilidad de interpretación legal, la que puede darle el juez en eventos que considere que sólo es suficiente la gravedad del delito, o que puede, si quiere, estudiar otros aspectos en ciertos casos”. Expresa entonces que “en todos los asuntos deberá evaluar los criterios legales a fin de satisfacer el contenido del art. 296 del C.P.P. (Ley 906 de 2004)”.

Para el actor las tres expresiones censuradas contravienen la Constitución, al permitir una interpretación contraria a los postulados sobre protección del derecho a la libertad personal, el cual se afecta con la solicitud de la imposición de una medida de aseguramiento elevada por la Fiscalía.

Refiere además que “las normas que permiten la restricción de la libertad deben ser claras, expresas, taxativas, no aquellas que resulten confusas o que llamen a posibles interpretaciones o que presenten limitaciones a su deber legal y constitucional en la

protección del derecho a la libertad personal de los procesados”. Y si el legislador establece “fórmulas cerradas y de aplicación exegética y automática al juez”, tratándose de la limitación de derechos fundamentales, se conculca la separación y colaboración armónica de los poderes públicos, pues tal “positivismo jurídico” puede comportar una injerencia en las funciones del garante de los derechos, “convirtiéndolo en un mero espectador u operador del derecho, sin posibilidad de determinar y analizar todos los hechos del caso y sus consecuencias”.

Refuerza su argumentación advirtiendo que las medidas de aseguramiento sólo pueden ser decretadas excepcionalmente, como mecanismos preventivos y no sancionatorios, acorde con la sentencia C-327 de 1997, cuando se cumpla el pleno de los requisitos fácticos y jurídicos y resulten “indispensables para alcanzar la finalidad constitucional que con ellas se persigue, esto es, para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de la víctima”.

3.3. Artículo 25 (parcial) de la Ley 1142 de 2007, por medio del cual se modifica el 312 de la Ley 906 de 2004.

Señala que la expresión “en especial” contenida en el artículo 25 de la Ley 1142 de 2007, según la cual para decidir sobre la eventual no comparecencia del imputado se tendrá en cuenta especialmente la gravedad y modalidad de la conducta y de la pena imponible, además de las contenidas en los numerales que acompañan la norma, vulnera el preámbulo y los artículos 1º, 28, 29, 113, 228 y 250 de la Carta, el 9º de la Convención Americana de Derechos Civiles y Políticos y el 7º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El actor demanda la preceptiva referida al considerar que entre ésta y las expresiones atacadas del artículo 24 de la Ley 1142 de 2007 existe unidad normativa, por lo que las tesis esbozadas para impugnar la constitucionalidad del empleo de la modalidad y gravedad de una conducta como criterio único para determinar el peligro para la comunidad y con ello imponer una medida de aseguramiento, se aplican para cuestionar la presente expresión, con la cual se privilegia nuevamente esos dos criterios para determinar el “pronóstico de no comparecencia al proceso” del imputado.

El demandante insiste además en que la modalidad y la gravedad de la conducta forman parte de las múltiples circunstancias concurrentes que según los organismos internacionales deben ser examinadas de forma exhaustiva, “sin distingo ni privilegio”, para cada caso en particular, antes de decretar una medida de aseguramiento, dando aplicación también al principio de proporcionalidad que cuenta con arraigo constitucional.

Igualmente, señala que contemplar esos dos aspectos como determinantes para establecer el riesgo de la no comparecencia al proceso del imputado, “es dotar a las medidas de aseguramiento de funciones propias de la pena, como la prevención y la retribución”, mientras esta corporación ha reiterado que sus funciones son eminentemente cautelares o procesales.

3.4. Artículo 30 (parcial) de la Ley 1142 de 2007, que modifica el artículo 317 de la Ley 906 de 2004.

La parte final del párrafo del artículo 30 de la Ley 1142 de 2007, sobre las causales de libertad, consagra como excepciones aquellos eventos en los cuales la audiencia de juicio oral no se haya podido iniciar por maniobras dilatorias del imputado o acusado, o de su defensor, y cuando “no se hubiere podido iniciar por causa justa o razonable”. En cuanto a la preceptiva resaltada, plantea la demanda que vulnera los artículos 28 inciso final y 228 de la Constitución, al igual que el numeral 5° del artículo 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El demandante formula que toda persona privada de la libertad goza de la “protección estatal”, en la medida en que su situación debe ser definida en el menor tiempo posible, motivo por el cual al juez y al fiscal se les impone un término razonable que deben cumplir para adoptar sus decisiones; sin embargo, en su criterio la preceptiva del artículo 30 abre la posibilidad para que se desconozcan los mismos, en detrimento del derecho a la libertad; “es así como a pesar de haberse fijado un plazo en la ley, el mismo puede ser inobservado, haciendo las medidas restrictivas de la libertad indeterminadas en el tiempo, y permite desbordar el contenido del art. 228 constitucional”.

Con fundamento en jurisprudencia de esta corporación, recalca que se ha establecido que la limitación del derecho a la libertad debe ser excepcional, para efecto de lo cual se debe tener presente su necesidad, proporcionalidad, razonabilidad y adecuación a los contenidos constitucionales.

Así, reitera que por tratarse de una medida restrictiva de la libertad, su desarrollo legal debe “tener una clara y específica finalidad, y además tal restricción deberá ser limitada en el tiempo”, luego la preceptiva demandada “no contiene eventos claros, taxativos, específicos, particulares, y quedan a la interpretación del funcionario respectivo”.

Entonces, en su criterio se está ante una prolongación de la limitación a la libertad, más allá de lo que el legislador consideró necesario, prudente y adecuado. Dentro de los términos admisibles para la detención debe declararse responsable o no a la persona y de no respetarlos se recuperará la libertad, en cuanto el Estado no logró desvirtuar la presunción de inocencia: “La mora no puede trasladársele a quien siendo sometido y restringido en un derecho fundamental, vea prolongada la privación de la libertad por eventos que él no propició”.

Bajo tales argumentos solicita a esta corporación declarar inexecutable las expresiones demandadas, contenidas en la Ley 1142 de 2007.

#### IV. INTERVENCIONES.

##### 1. Fiscalía General de la Nación.

El Fiscal General de la Nación solicita como primera medida “estarse a lo resuelto en la providencia C-425/08 en lo atinente a los cuestionamientos sobre la querrela esgrimidos por el actor relacionados con los artículos 2° y 4°”, al considerar que en esa oportunidad la Corte Constitucional se pronunció sobre unos argumentos similares a los efectuados en este proceso.

En segundo lugar, exhorta a “proferir una sentencia interpretativa de la disposición ‘en los delitos de violencia intrafamiliar, los beneficios quedarán supeditados a la valoración positiva del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar’, siempre y cuando se entienda que dicho concepto es un criterio más que deberán tener en consideración los jueces competentes para otorgar los subrogados y beneficios penales”, al estar en consonancia con el principio de colaboración armónica entre los organismos estatales, “máxime cuando se trata de una materia de tan especial importancia como es la violencia intrafamiliar” (no está en negrilla en el texto original).

Igualmente, insta a “declarar exequibles los preceptos 24 y 25 demandados”, habida cuenta que la libertad personal como derecho y principio fundante de las democracias modernas, “no puede tomarse como un criterio absoluto e ilimitado”, pues con fundamento en la jurisprudencia de esta corporación, al igual que toda garantía fundamental, debe armonizarse con los demás bienes y valores protegidos por la Carta.

Continúa indicando que el artículo 28 superior establece los fundamentos que dan lugar a la “restricción material” de la libertad, esto es, cuando medie mandamiento escrito de autoridad competente, bajo el cumplimiento de las formalidades legales, por motivos previamente definidos en la ley, los cuales le dan cabida en el procedimiento penal a las medidas de aseguramiento, que en criterio del interviniente fueron “constitucionalizadas” con el Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrolladas por la Ley 906 de 2004 bajo los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, respondiendo a la “potestad de configuración” del Congreso de la República, según lo expuesto en la sentencia C-248 de 2004.

Bajo tales supuestos, considera posible que el legislador consagre la gravedad de la conducta como un “parámetro indicativo del peligro que representa para la comunidad la libertad del procesado (artículo 24 de la Ley 1142 de 2007), criterio que no es exclusivo o excluyente pues la misma norma señala otros motivos concurrentes para el mismo fin”. Además, al juez de control de garantías le corresponde “integrar sistemáticamente” las circunstancias previstas en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, para determinar si hay lugar a imponer la medida de aseguramiento, de modo que la “acepción lingüística plasmada en la norma demandada no constituye un postulado único como erradamente lo concibe el libelo”.

Así, puntualiza que esa disposición no contradice la Constitución, ni en cuanto a la presunción de inocencia, acorde con la jurisprudencia, argumentación que refiere “es aplicable mutatis mutandi al segmento acusado del artículo 25 de la Ley 1142 de 2007, por compartir el cargo los mismos fundamentos”.

Finalmente, solicita a esta corporación inhibirse de proferir un fallo de fondo con respecto al párrafo del artículo 30 parcialmente demandado, por ineptitud de la demanda al no superar el presupuesto de la certeza del cargo, debido a que “la acusación no recae directamente sobre el contenido de la disposición demandada, como lo exige tal presupuesto de procedibilidad, sino sobre una proposición jurídica inferida o deducida por el actor, pues no es cierto que las medidas de aseguramiento puedan tornarse indeterminadas en el tiempo”, al establecerse legalmente unas causales específicas para que sea concedida la libertad, relacionadas con el factor temporal.

## 2. Ministerio del Interior y de Justicia.

Por intermedio de apoderado, la Dirección de Ordenamiento Jurídico del Ministerio del Interior y de Justicia solicita a esta corporación declarar la exequibilidad de los artículos 2º, 24, 25 y 30 parcialmente demandados, pues en ninguna de las censuras planteadas por el demandante se aprecia una vulneración real de la Constitución o de los tratados internacionales vigentes.

Señala que frente a las reconvenções por la presunta inconstitucionalidad, en lo que respecta a la orden que da la ley de investigar oficiosamente cuando se presenta la captura en flagrancia, “por algunos delitos que se agrupan como querellables” (artículos 2º y 4º de la Ley 1142 de 2007), encuentra de suma claridad lo esbozado en la sentencia C-425 de 2008 (cita apartes del comunicado de prensa donde se dio a conocer la decisión), sobre las precisiones en torno a la naturaleza de la querella, figura que surge de la acción penal y no del delito, y que la clasificación de qué delitos se investigan de oficio o previa querella, emana de la libertad de configuración legislativa.

Con relación a las censuras erigidas ante la presunta “supeditación” del otorgamiento de los beneficios al concepto del ICBF cuando se trate de delitos de violencia intrafamiliar, refiere que constituye un elemento valioso para el juez, pues está acompañado de un “presupuesto de orden eminentemente profesional y técnico y por ende impedirá una decisión irregular por carecer de fundamentación idónea”.

Puntualiza además que la valoración que adelanta el ICBF, “se constituye en un concepto objetivo, emitido por la entidad de mayor conocimiento sobre la violencia intrafamiliar. Su dictamen a cambio de interferir en la autonomía judicial le proporciona al juez criterios objetivos para decidir”, por lo que no observa la “inconsistencia” esbozada por el actor.

Igualmente, advierte que los artículos 405 y siguientes de la Ley 906 de 2004, “aportan claridad sobre las valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos y especializados”.

Ante al cargo de presunta vulneración del derecho a la libertad, esgrimido contra los artículos 24 y 25 de la Ley 1142 de 2007 parcialmente demandados, indica que la gravedad y la modalidad de la conducta son determinadas por el juez, valorando “íntegramente las circunstancias de cada caso y ajustado tanto a los mandatos constitucionales y legales como a la jurisprudencia, ponderando principios valores y derechos, atendiendo además que uno de los fines del Estado es procurar la convivencia pacífica”.

A su vez, observa que el legislador no puede omitir “las frecuentes venganzas que directa o indirectamente los responsables de conductas dañinas en comunidad intentan una y otra vez”, por diversas razones, junto con la zozobra y temor que ello genera, cuando regresan al lugar donde fueron cometidas a proseguir con su actividad.

Plantea además que el derecho a la libertad, que califica de pilar fundamental del Estado Social de Derecho, no es “inmune a cualquier tipo de restricción”, las cuales pueden ser impuestas por el legislador y deben ser analizadas por el máximo organismo de la jurisdicción constitucional para constatar su aplicabilidad, donde debe prevalecer el interés

general sobre el particular. Así, indica que debe tenerse presente la prevención de otros delitos y evitar el “desasosiego de la comunidad”, al momento de considerarse la libertad de alguien a quien se le imputa una conducta que el legislador previamente ha determinado que por su entidad “no sea excarcelable o se le de un tratamiento diferente al de otras”, máxime cuando en su criterio la jurisprudencia avala la libertad de configuración legislativa, salvo en aquellos eventos donde sea evidente la arbitrariedad o se excedan las atribuciones.

Tratándose de la censura contra la expresión “en especial” del artículo 25 parcialmente demandado, relacionada con la no comparecencia del imputado al proceso, opina que el legislador “insertó de manera complementaria” la gravedad y modalidad de la conducta, sin otorgarle “prioridad alguna”, pues lo que hace es hilar “frente a lo normado en artículos anteriores”; reitera que, en todo caso, el juez de control de garantías es quien ordena o no “las medidas de aseguramiento cautelarmente y consecuentemente sobre su no comparecencia”, cuyos fines o requisitos se encuentran en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004.

Finalmente, al abordar la censura dirigida contra la expresión del párrafo del artículo 30 de la Ley 1142 de 2007, difiere de lo reprochado, pues en su criterio no se deja al arbitrio el cumplimiento de los términos para conceder la libertad por inacción del Estado, “sencillamente se valoran elementos nuevos y se modifica por situaciones excepcionales estos términos, todo dentro de las facultades que le asisten al legislador y sobre lo que ya se ha enfatizado tanto”. De allí, considera que la preceptiva demandada no se aparta de los conceptos de “necesidad, proporcionalidad, razonabilidad y adecuación de la detención, pues al no ser genérica no se trata de una restricción general que traspase la frontera de lo justo”.

### 3. Intervención del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

El jurista a quien el Instituto Colombiano de Derecho Procesal le asignó conceptuar en el presente asunto, aunque solicita que se declaren exequibles las expresiones “o la persona haya sido sorprendida en flagrancia” y “la investigación de oficio no impide aplicar, cuando la decisión se considere necesaria, los efectos propios de la querrela para beneficio y reparación integral de la víctima del injusto”, parecería estar sugiriendo inhibición, en cuanto anota que en la argumentación del censor, en lo que respecta a los efectos propios de la querrela en actuaciones oficiosas, “no se estructura un argumento preciso, sino que se ocupa de adelantar otros asuntos, y omite su contenido totalmente, pues da como un hecho de que a falta de la flagrancia en delitos querrelables, el aparte contenido en la primera parte del inciso siguiente puede perfectamente incluirse dentro de su esquema argumentativo, lo cual resulta siendo una justificante para no observar lo dicho”.

De otra parte, estima que el segmento final del numeral 3° del artículo 2° que fuera parcialmente demandado, sobre la intervención del ICBF, debe ser declarado inexecutable, pues las decisiones de fondo necesitan exclusivamente “la labor del juez penal, y entre estas se encuentran las que se relacionan con los beneficios que se presenten a partir de los delitos de violencia intrafamiliar; y es por ese motivo que resulta siendo inocuo que una dependencia que está aparte de la rama judicial decida sobre esta clase de asuntos, que en pocas palabras resultaría siendo una extralimitación de las funciones del ICBF”.

Tratándose del artículo 24 parcial demandado, considera que debe ser declarado exequible al formular que no se está vulnerando el derecho a la libertad personal, habida cuenta que “los fines de la medida de aseguramiento no se dan por un uso indiscriminado por parte del juez, sino que éste de todas maneras se encuentra en la obligación de evaluar los criterios constitucionales y legales, so pena de incurrir en sanciones penales y disciplinarias”.

Al respecto refiere que dicha norma no restringe las funciones del juez de control de garantías, al no plasmar un comportamiento facultativo, sino que en todo momento debe actuar conforme le ordena la ley, sin que ello implique una extralimitación de su labor, como pretende hacer ver el demandante.

Igualmente, solicita que la preceptiva demandada del artículo 25 sea declarada exequible, toda vez que no vulnera el debido proceso, la presunción de inocencia, ni los fines esenciales del Estado, “pues el juez debe entrar en materia en lo que corresponde al conocimiento del hecho y el desarrollo de las garantías tanto de la sociedad como del procesado”.

Funda su argumentación en que el juzgador debe proteger tanto los intereses de la sociedad como los del procesado, toda vez que “el hecho no se mira por sí solo, sino de acuerdo a las circunstancias de tiempo, modo y espacio que estén manejando en el momento del juicio, y que sean posibles de converger dentro de la norma en conjunto”.

Finalmente, considera acertados los argumentos esgrimidos por el demandante contra el aparte del párrafo del artículo 30, por lo cual opina que debe declararse inexecutable, al vulnerar la libertad personal, la celeridad de la administración de justicia y el debido proceso, “pues le niega la oportunidad al procesado del reconocimiento de sus derechos”. Ello por cuanto, aunque el juez debe tener presente el bienestar general, no puede “propender de forma absoluta y arbitraria sobre los derechos de un procesado que está en la situación reglada en la ley”.

#### 4. Intervención de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Quien interviene como miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, limita su intervención a pronunciarse sobre las censuras presentadas en contra de los artículos 2° y 4° de la Ley 1142 de 2007, asegurando compartir las apreciaciones del demandante, por lo que solicita declarar la inexecutable propuesta.

Anota que la redacción del numeral 3° del artículo 2° es “confusa, parecería que la sola circunstancia del sorprendimiento en flagrancia convierte el comportamiento querellable, en conducta investigable de oficio”, situación que va en contravía del artículo 522 de la Ley 906 de 2004, que prevé la conciliación como requisito de procedibilidad frente a los delitos querellables, lo cual “crearía un desconcierto para los operadores de justicia y desde luego para los abogados, por eso el cargo que se formula debe prosperar”.

Igualmente, puntualiza que la intervención del ICBF es “absolutamente inconstitucional”, pues los jueces son independientes en sus determinaciones, afectándose su autonomía al permitir “a un ente administrativo la decisión que le corresponde total y exclusivamente al

poder judicial”.

## V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

El señor Procurador General de la Nación, en concepto N° 4584 de julio 23 de 2008, en primera medida solicita a la Corte Constitucional inhibirse de emitir pronunciamiento de fondo respecto a la expresión “o la persona haya sido sorprendida en flagrancia” del artículo 2°, numeral 3°, de la Ley 1142 de 2007, al considerar que el actor no construyó un cargo propiamente dicho contra la misma, sino que se limitó a expresar sus consideraciones de cara a la forma como aparece en el artículo 4°, “es más, considerando que la lectura correcta de esta última era posible una vez confrontada con la primera”.

Así, plantea que con el rechazo que se efectuó respecto de los cargos contra el artículo 4° al momento de admitirse la demanda, se dejó sin sustento argumentativo y sin pertinencia que ofrezca dudas sobre la constitucionalidad del precepto ahora demandado.

Tratándose de la alegación contra el inciso 2° del numeral 3° del artículo 2° previamente referido, aduce que el actor a pesar de demandar todo el inciso, se limitó a argumentar contra la parte final del mismo, sobre la valoración del ICBF requerida en asuntos relacionados con delitos de violencia intrafamiliar, por lo que advierte que únicamente se pronunciará sobre ese último fragmento y solicita declararlo exequible.

Al respeto manifiesta que supeditar los beneficios y subrogados penales a la valoración positiva del ICBF, en los delitos de violencia intrafamiliar, “busca cualificar la decisión judicial al hacerla partícipe de aquellos aspectos de carácter sociofamiliar que determinan una acertada toma de decisión tomando en cuenta la protección de la víctima”.

Indica que en la exposición de motivos del proyecto de Ley N° 23 de la Cámara y 81 del Senado de 2006, el Gobierno y la Fiscalía General de la Nación justificaron la importancia de la investigación y juzgamiento del delito de violencia intrafamiliar. De allí, afirma que se trata de una conducta rodeada de especiales características, como son “la convivencia de la víctima con el imputable, la frecuente situación de indefensión de la víctima, generalmente niños, ancianos o mujeres, el miedo, la dominación económica o familiar que ejerce el agresor y la posibilidad de retaliación que puede ser desencadenada con la mera sospecha de denuncia; son elementos que exigen un tratamiento jurídico y social distinto para esta clase de delitos”.

Agrega además que dentro del tratamiento jurídico de ese delito, uno de los aspectos “sumamente sensibles” yace en la diligencia para su persecución mediante la promoción de las denuncias y la disminución de la impunidad, acompañadas de una política criminal que no exponga a la víctima que ha tenido el valor de denunciar, evitando así poner en riesgo la vida o integridad de quienes conforman la familia.

Puntualiza entonces que el delito de violencia intrafamiliar si bien es considerado “de carácter oficioso”, no conlleva de forma automática la pérdida de los beneficios relacionados con la reparación a la víctima, tales como la conciliación, la mediación y la aplicación del principio de oportunidad, pero “como punto intermedio entre estas dos situaciones, la intervención del ICBF pareciese actuar por medio de su valoración como un importante

parámetro, que dote al juez de información seria y objetiva que le permita decidir en forma imparcial entre la drasticidad que pretende la persecución y condena de estos delitos y, por otra, la preservación de los derechos e intereses de la familia”.

Con fundamento en lo anterior, aduce que la orientación actual de las políticas criminales en el caso de la violencia intrafamiliar procura la protección de la víctima antes, durante y con posterioridad a la denuncia, por ende bajo ese especial propósito debe darse lectura a la preceptiva demandada, junto con los fines como el de la búsqueda de los elementos de juicio y estudios de carácter social, psicológico y familiar, que permitan al juez, justificadamente, “medir la conveniencia o no, del retorno del imputable al entorno familiar que comparte con su víctima”.

Ahora bien, indica que la Circular 002 de febrero 7 de 2008, expedida por la Directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, define el concepto de valoración como “el acto por el cual el ICBF -Defensor de Familia- manifiesta a la autoridad competente su apreciación fundamentada y razonada sobre las condiciones personales del agresor, las de su núcleo familiar básico, las circunstancias sociales de ambos y aquellas en que se produjo el hecho punible, con el objeto de determinar la conveniencia o inconveniencia de conceder los beneficios de la querrela”.

En criterio del Ministerio Público esa valoración se soporta en tres pilares, a saber, investigación sociofamiliar, estudios de antecedentes y valoraciones psicológicas que se practiquen o hayan sido practicadas a los miembros del grupo familiar y al agresor, además de las circunstancias que rodeen el entorno social y familiar, al igual que la naturaleza y las características del delito.

Igualmente, alude que la referida circular del ICBF propone que los beneficios no pueden ser otorgados con desconocimiento de la protección integral, el interés superior y la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, al igual que de la protección contra actos que atenten contra su vida e integridad personal, de modo que se garanticen los artículos 15 y 42 de la Constitución Política.

Para tal efecto, añade que dentro del mínimo de criterios a ser implementados por las Defensorías de Familia al momento de valorar, se encuentran: a) los factores de riesgo y protección de la salud física y psíquica de las víctimas; b) la incapacidad o las secuelas generadas con la agresión; c) el compromiso del agresor de no incurrir a futuro en nuevos comportamientos que constituyan violencia intrafamiliar; e) la eventual reincidencia; f) los antecedentes penales; y, g) los demás aspectos que contribuyan a la convivencia y desarrollo armónico familiar.

De ese modo, encuentra que la intervención del ICBF, mediante la emisión de un concepto producto de una investigación interdisciplinaria, promueve la protección de los derechos de los niños, así como la salvaguarda de los sujetos de especial protección. Puntualiza además que si bien la colaboración comporta un “estudio obligatorio pero no vinculante”, ubicado dentro de la misión institucional de esa entidad, contribuye al cumplimiento de tres objetivos: a) “rodear la toma de decisión judicial, en asuntos de altísima complejidad como son aquellos que envuelven a la familia, de elementos sociales y psicológicos primordiales para su adecuado tratamiento”; b) “disminuir los dramas humanos que se desatan cuando, a espaldas

de la realidad y en aras de la justicia, se afectan más derechos que los que se pretendían proteger”; y c) “suministrar al juez información seria y sumamente valiosa que le permita razonar y justificar la decisión judicial con elementos objetivos e imparciales”.

Concluye que, contrario a lo expuesto en la demanda, más que una intromisión de una rama del poder público sobre la otra, la valoración del ICBF implica dos procesos en el Estado Social de Derecho, como son la construcción de una política pública orientada a la protección de la familia y en especial de la infancia, y una efectiva colaboración y coherencia entre entes del Estado que buscan la resolución de conflictos jurídicos y sociales.

Tratándose de los artículos 24 y 25 de la Ley 1142 de 2007, solicita que sean declarados exequibles los apartes de ellos demandados.

En primer lugar, puntualiza que esas normas deben analizarse de forma sistemática con los artículos que refieren la captura excepcional por parte de la Fiscalía, los requisitos para decretar la medida de aseguramiento y la procedencia de la detención preventiva. De ese modo, refiere que las medidas de aseguramiento, acorde con el numeral 1° del artículo 250 constitucional, se imponen bajo el criterio orientador de su necesidad, siempre vinculada con los fines de asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la conservación de la prueba y la protección a la comunidad, en especial de las víctimas; también desarrollados en el Código de Procedimiento Penal.

Así, plantea que tanto el peligro para la comunidad como la no comparecencia del imputado se encuentran dentro de los fines constitucionales que justifican la restricción de la libertad, cuyos presupuestos radican en la proporcionalidad, la razonabilidad y la necesidad de la misma, siendo los artículos 24 y 25 los que explican las causales exigidas para ser decretadas.

De otro lado, explica que la Corte Constitucional ha expresado que las medidas de aseguramiento no afectan la presunción de inocencia, se encuentran dentro de la libertad de configuración legislativa e involucran consideraciones de política criminal, conveniencia y oportunidad, bajo la guía de la razonabilidad y la proporcionalidad. Entonces, la preocupación del actor no se encuentra debidamente justificada, pues las expresiones impugnadas no restringen la decisión del juez a efectuar una simple aplicación mecánica de una medida de aseguramiento, sólo con la modalidad y la gravedad de la conducta.

Si bien la modalidad y la gravedad de la conducta son criterios determinadores de la necesidad de la imposición de la medida de aseguramiento, la redacción de la norma deja al juez la valoración de otros presupuestos que, a su juicio, darían lugar a tal medida, siendo entonces un aspecto “estático objetivo frente a otros elementos concurrentes pero más dinámicos y susceptibles de mayor libertad valorativa”, como son el peligro a la comunidad, la continuidad en la actividad delictiva o la vinculación con organizaciones criminales, el número de delitos imputados y su naturaleza, el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento o de estar disfrutando de un mecanismo sustitutivo de una pena privativa de la libertad por delito doloso o preterintencional y la existencia de fallos condenatorios vigentes por esa misma clase de delitos.

A su vez, argumenta el Procurador que el peligro para el conglomerado social, como criterio

para la procedencia de la captura y la medida de aseguramiento, garantiza el principio de protección a la comunidad, al tiempo que el artículo 24 impugnado no establece una “camisa de fuerza al juez”, toda vez que la modalidad y la gravedad de la conducta también están sometidas a la ponderación que sobre ellas se realice, otorgándole “un importante margen de maniobra para valorar en forma razonada y proporcional, pero justificada, si la conducta punible es grave o no”.

Igualmente, el Ministerio Público indica que la supresión de las expresiones censuradas del artículo 24 ofrecería una lectura ambigua, en detrimento del interés perseguido por el demandante de mejorar su certeza y claridad.

Al analizar la última preceptiva demandada, correspondiente al párrafo del artículo 30 de la Ley 1142 de 2007, solicita a esta corporación declarar su inexecutable, al considerar que la libertad del acusado no puede restringirse cuando la audiencia de juicio oral no se ha podido iniciar por causa justa o razonable.

Funda su solicitud en que esa circunstancia vulnera el principio de libertad, al introducir una causal no atribuible al imputado o a la defensa, “sin limitación en el tiempo para justificar el mantenimiento de una medida de aseguramiento bajo criterios abiertos y difíciles de precisar como es la justa causa o razonabilidad”.

Así, reitera los planteamientos esbozados previamente a la sentencia C-185 de 2008, en la cual se declaró inexecutable la expresión “por motivos serios y de fuerza mayor”, contenida en el artículo 21 de la Ley 1142, como quiera que no es admisible “la implementación de conceptos vagos e imprecisos que permitan el mantenimiento de medidas restrictivas de la libertad o medidas cautelares preventivas de carácter temporal que hagan pesar en el imputado cargas que corresponden a la administración de justicia o a los organismos de seguridad e investigación en el cumplimiento de sus funciones”.

De ese modo, formula que en los eventos en que la audiencia oral no se haya llevado a cabo por motivos no atribuibles al imputado ni a su defensa, “no resulta proporcionado ni razonable que se perpetúen las medidas de aseguramiento en forma indefinida por un defecto o tara de la investigación cuya responsabilidad sólo cabe al Estado y a sus funcionarios”.

## VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

### 1.- Competencia.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241, numeral 4°, de la Constitución, esta corporación es competente para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por vicios de contenido material o de fondo, como por aquellos de carácter formal o procedimental suscitados en su formación, siendo la presente acción constitucional fruto de la acusación contra algunas de las disposiciones de la Ley 1142 de 2007, mediante censuras correspondientes a la primera clase de irregularidades referidas.

### 2.- Lo que se debate.

2.1. Corresponde a la Corte, en primer lugar, señalar si se inhibe de decidir de fondo, como solicitan el Ministerio Público y quien interviene por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, frente a las expresiones “o la persona haya sido sorprendida en flagrancia” y “la investigación de oficio no impide aplicar, cuando la decisión se considere necesaria, los efectos propios de la querrela para beneficio y reparación integral de la víctima del injusto”, contenidas en el numeral 3° del artículo 2° de la Ley 1142 de 2007, que reformó el 37 de la Ley 906 de 2004; o si debe estarse a lo resuelto en la sentencia C-425 de 2008, como sugiere el señor Fiscal General de la Nación, por ser similares los cargos que ahora esgrime el actor a los lanzados en la acción incoada en aquella oportunidad.

De no ocurrir lo anterior, deberá determinar si la inclusión dentro de las competencias de los jueces penales municipales del conocimiento de los delitos que requieren querrela, aunque la persona haya sido capturada en flagrancia, vulnera la autonomía de la voluntad y el debido proceso, como advierten el demandante y el vocero de la Academia Colombiana de Jurisprudencia; o ser declarada exequible con fundamento en la misma providencia referida, como se pide por el Ministerio del Interior y de Justicia.

2.2. Igualmente, deberá esta corporación determinar si la parte final del inciso 2° del numeral 3° del artículo 2° previamente reseñado, según la cual “en los delitos de violencia intrafamiliar, los beneficios quedarán supeditados a la valoración positiva del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”, debe ser declarada inexecutable como proponen el accionante y algunos de los intervinientes, por afectar la autonomía e independencia judicial; si es necesario proferir una sentencia interpretativa, como aprecia el Fiscal General de la Nación; o por el contrario, si la disposición se aviene a la Carta Política, como señala el Procurador General.

2.3. También serán analizados los fragmentos demandados de los artículos 24 y 25 de la Ley 1142 de 2007, para determinar si la relevancia que según el censor le ha sido otorgada por el legislador a la modalidad y gravedad de una conducta punible contraría la Constitución y algunos tratados internacionales, principalmente cuando del derecho a la libertad y al debido proceso se trata, o si no existe tal vulneración, como postulan todos los intervinientes que al respecto se pronunciaron.

2.4. Finalmente, estudiará la Corte el precepto demandando del párrafo del artículo 30 ibídem, primero de cara a señalar si existe certeza en el cargo, dadas las observaciones elevadas por el Fiscal, para en caso tal de superar ese escollo, fijar si es contrario o no a la Carta la consagración de una excepción a la liberación del acusado, a pesar de haber transcurrido noventa días después de la presentación del escrito de acusación y la audiencia de juicio oral no se haya podido iniciar, por causa justa o razonable.

3. Apartes y expresiones del artículo 2° de la Ley 1142 de 2007.

3.1. Inexistencia del cargo contra la expresión “o la persona haya sido sorprendida en flagrancia”.

3.1.1. Al ser modificado el numeral 3° del artículo 37 de la Ley 906 de 2004 con el artículo 2° de la Ley 1142 de 2007, el cual señala las competencias de los jueces penales municipales para el sistema procesal penal con tendencia acusatoria que fuera implantado mediante Acto

Legislativo 03 de 2002, se incluyó además del conocimiento de los procesos por delitos que requieran querrela, aunque el sujeto pasivo sea un menor de edad<sup>3</sup>, aquellos en que lo sea un inimputable o el agente haya sido sorprendido en flagrancia, e implique investigación oficiosa.

Esa disposición guarda consonancia con el artículo 4° de la Ley 1142 que preceptúa cuáles son los delitos que requieren querrela, consagrando como excepciones los comportamientos en que el sujeto pasivo sea un menor de edad, un inimputable o el agente haya sido capturado en flagrancia<sup>4</sup>.

El aspecto de la flagrancia, en los dos artículos previamente referidos, ya había sido objeto de acción pública de constitucionalidad, dentro de la cual el hoy demandante Jairo Ardila Espinosa también hizo parte junto con otros ciudadanos, correspondiendo al expediente D-6948 y resuelta mediante fallo C-425 de abril 30 de 2008, con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra<sup>5</sup>. En aquella ocasión la Corte Constitucional declaró exequible la expresión “o la persona haya sido capturada en flagrancia”, contenida en el artículo 4° y no se efectuó pronunciamiento sobre su correlación en el artículo 2°, toda vez que previamente había sido inadmitida la demanda frente a los cargos esbozados en su contra, sin que los actores la hubiesen corregido.

Si bien los demandantes dentro de la acción previamente resuelta planteaban, al igual que lo hace ahora el ciudadano Ardila Espinosa, que los apartes citados de los artículos 2° y 4° conculcaban los artículos 16 y 29 de la Constitución, al afectar respectivamente la autonomía de la voluntad y el debido proceso, este último al modificar “condiciones procesales propias de los delitos querellables, tales como el desistimiento y la caducidad”<sup>6</sup>, en la actualidad no existe la cosa juzgada constitucional que predica el señor Fiscal General de la Nación frente al texto del numeral 3° censurado.

La norma dentro de la cual se encuentra el segmento ahora demandado adjudica la competencia para esa clase de procesos (por delitos que requieren querrela aunque el sujeto pasivo sea un menor de edad, un inimputable, o el trasgresor haya sido sorprendido en flagrancia e implique investigación oficiosa), a los jueces penales municipales, distinto a lo preceptuado en el artículo 4° tantas veces referido, que señala entre otras excepciones a esa “condición de procedibilidad de la acción penal”<sup>7</sup> denominada querrela, que haya sido capturado en flagrancia. Entonces, no es predicable una identidad en los contenidos analizados.

Además, en la sentencia C-425 de 2008 la Corte no extendió los efectos de la declaratoria de exequibilidad absoluta del segmento demandado del artículo 4° a la similar contenida en el pretérito artículo 2°, situación totalmente entendible pues se trata de dos disposiciones que si bien refieren (como en aquella son denominados) a “delitos perseguibles de oficio o a instancia de la persona ofendida por el delito o del titular del bien jurídico tutelado”, en esta última se asigna la competencia para su conocimiento, y en la siguiente cuáles requieren o no de la formulación de querrela.

3.1.2. Sin embargo la demanda, en lo que atañe a este tema en concreto, no permite emitir un pronunciamiento de fondo, ante lo exigido en el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, que establece los requisitos mínimos que deben contener las demandas de constitucionalidad

para su admisión.

De acuerdo con lo estatuido en este precepto, es necesario señalar e identificar con claridad las normas que son censuradas como inconstitucionales, al igual que la preceptiva superior presuntamente infringida por aquéllas y explicar las razones por las cuales se considera que las primeras violan o desconocen la segunda. También establece esa disposición que es necesario sustentar por qué la Corte es el órgano competente para conocer la demanda en cuestión.

Otra parte fundamental de los indicados requisitos es la formulación de cargos de inconstitucionalidad contra las normas demandadas, esto es, la sustentación de los distintos argumentos por las cuales el ciudadano demandante advierte que aquéllas contrarían uno o más preceptos constitucionales. Al respecto tiene establecido la jurisprudencia que las razones presentadas por el actor para sustentar la inconstitucionalidad de las disposiciones acusadas, deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes<sup>8</sup>.

La adecuada presentación del concepto de violación permite a la Corte desarrollar su función de defensa de la Constitución en debida forma, en tanto delimita el campo en el cual se hará el respectivo análisis de constitucionalidad, sin que ello implique una restricción de los derechos políticos del demandante, pero si el establecimiento de unos elementos que informen adecuadamente al juez constitucional para poder proferir un pronunciamiento de fondo, evitando un fallo inhibitorio<sup>9</sup>.

3.1.3. En lo atinente a la argumentación contenida en la demanda contra la preceptiva del numeral 3° del artículo 2° de la Ley 1142 de 2007, correspondiente a la expresión “o la persona haya sido sorprendida en flagrancia”, encuentra la corporación que si bien se alude genéricamente a la vulneración de los artículos 16 y 28 superiores, el cargo no es claro<sup>10</sup> en determinar cómo su inclusión dentro de la asignación de competencias a los jueces penales municipales conculca esas disposiciones constitucionales.

Basta referir que el demandante, si bien se explaya sobre lo que denomina delitos querellables y de oficio, en el tema particular sólo aduce que no se trata de indicar que el hecho de la captura en flagrancia sea la razón para la adjudicación de competencia a los jueces municipales de conocimiento, sino de identificar de manera clara y sin equívocos cuándo el proceso puede adelantarse de oficio y cuándo se requiere querella.

Así, razón le asiste a quien intervino por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal y en parte al Ministerio Público, sólo en lo que respecta a las presuntas censuras dirigidas en contra de la expresión “o la persona haya sido sorprendida en flagrancia”; en consecuencia, la Corte se declarará inhibida para pronunciarse de fondo en este aspecto.

3.2. La preceptiva según la cual “la investigación de oficio no impide aplicar, cuando la decisión se considere necesaria, los efectos propios de la querella para beneficio y reparación integral de la víctima del injusto”, guarda relación con las garantías procesales de víctimas y victimarios.

3.2.1. Diferentes aparecen las censuras planteadas por el demandante en cuanto al primer segmento del inciso 2° del numeral 3° del artículo 2° de la Ley 1142 de 2007, pues a pesar

de que el Ministerio Público anote que frente a esa preceptiva tampoco se construyó un cargo específico, por limitarse a dirigir la acusación contra el aparte del concepto del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que se estudiará más adelante, el actor sí efectuó un ataque claro, acompañado eso sí de lo que erradamente entiende por “delitos querellables y de oficio”.

En la demanda se asegura que existe una vulneración al debido proceso, como quiera que al ser indistinto el tratamiento de los “delitos querellables y de oficio”, a estos últimos se les podría aplicar figuras como el desistimiento, la conciliación y la reparación de las víctimas; o en aquellos casos en que la flagrancia haya hecho innecesaria la querrela, no puedan ser aplicables esas formas especiales de terminación del proceso.

3.2.2. Razón le asiste al Fiscal General cuando refiere que los cargos dirigidos contra la preceptiva que ahora se estudia, son similares a los esbozados dentro del expediente D-6948 referido con antelación. También se advierte acertada la intervención del Ministerio del Interior y de Justicia, en cuanto a que se deben hacer extensivos algunos de los argumentos contenidos en la sentencia C-425 de 2008, providencia en la que, con fundamento en jurisprudencia previa de esta corporación y doctrina internacional, se puntualizó que la acción penal tiene una naturaleza eminentemente pública, que no se afecta cuando para su ejercicio sea necesaria la manifestación mediante querrela de la víctima o del titular del bien jurídico protegido.

Así, como previamente se ha indicado, los delitos no son querellables o de oficio, sino “perseguidos de oficio o a instancia de la persona ofendida por el delito o del titular del bien jurídico tutelado”, como quiera que la tipificación deviene del interés en consagrarlos y no de la voluntad del lesionado, siendo ese requisito de procedibilidad un instrumento de la política criminal para la salvaguarda de bienes jurídicos.

Se concluyó en ese mismo pronunciamiento que la obligación de ejercer la investigación, que recae sobre la Fiscalía, no se trunca con la opción del legislador, dentro de la facultad de configuración normativa que constitucionalmente le ha sido otorgada, de perseguir ciertos comportamientos delictivos motu proprio o a instancia del interesado. También se precisó que esa distinción no vulnera la Constitución, en particular los derechos a la autonomía de la voluntad y el debido proceso.

Aunque en el presente evento no se afronte si la existencia de conductas perseguibles o no de oficio sea inconstitucional, sí debe abordarse la censura del demandante dirigida al hecho que la Ley 1142 de 2007 consagre que la investigación de oficio no impide aplicar, cuando la decisión se considere necesaria, los efectos propios de la querrela para beneficio y reparación integral de la víctima. Ese reproche lo eleva al considerar que la preceptiva ahora analizada deja entrever que cualquier conducta cuya investigación haya iniciado de oficio conllevaría la aplicación de figuras propias de aquéllas perseguidas a instancia del interesado.

Debe aclararse que la redacción del numeral 3° del artículo 2° de la Ley 1142 no genera la indebida o ambigua interpretación a la que apunta el actor y que, según él, haría recaer en irregularidades a los funcionarios judiciales. La norma es clara al indicar – más aún si se analiza sistemáticamente con el artículo 4° ibídem – que al juez penal municipal le compete el juzgamiento de todos los procesos que se inicien por delitos que para su persecución penal

requieran querrela y, sin embargo, estipula una excepción a ese requisito de procedibilidad, como es que deba iniciarse oficiosamente la acción penal ante aquellos delitos en los cuales el sujeto pasivo sea un menor de edad o un inimputable, o si el trasgresor ha sido capturado en flagrancia.

Así, según el inciso 2° del numeral 3° referido, si para un proceso por un delito de los que requieren querrela, no hubo lugar a ésta por alguna de las excepciones explicadas, ello no es óbice para que se aplique lo que la norma denomina beneficio y reparación al ofendido, como tampoco lo será para el empleo de otras formas especiales de terminación del proceso. Entonces, tampoco se impediría que el presunto responsable pueda terminar prontamente la acción penal, por colaboración hacia la celeridad y la economía procesal y, por ende, sin el innecesario desgaste de la administración de justicia.

Tal situación ya había sido esclarecida en la sentencia C-425 de 2008, como quiera que el proceso penal es el mismo tratándose de iniciación oficiosa o no:

“Sin embargo, cabe advertir que el hecho de que el proceso penal se inicie de oficio cuando el autor del delito es capturado en flagrancia, no significa que éste necesariamente debe finalizar con sentencia condenatoria o deba surtir todas las etapas procesales que la ley prevé para el efecto, pues es perfectamente posible que el proceso termine de manera anticipada con la aplicación de fórmulas como la conciliación, el desistimiento por el pago de la indemnización de perjuicios (artículo 76 del Código de Procedimiento Penal), la aplicación del principio de oportunidad (artículos 321 y siguientes de la Ley 906 de 2004) o los casos de extinción de la acción penal (artículo 77 del estatuto procesal penal). Ello, por cuanto el proceso penal es idéntico respecto de los delitos que deben investigarse de oficio o para los que requieren instancia de parte, pues, como se dijo en precedencia, la querrela es un requisito de procedibilidad de la acción penal y no hace parte de la naturaleza del delito.”

Se arriba a tales conclusiones, como quiera que durante el trámite legislativo del proyecto de Ley 081 de 2006 del Senado, 023 de la Cámara, que se convertiría en la Ley 1142 de 2007, se precisó que la voluntad del legislador no era la de limitar la aplicación de esas figuras.

Aunque en la exposición de motivos del proyecto presentado por el Gobierno y la Fiscalía General de la Nación se advertía que las conductas constitutivas de violencia intrafamiliar “no serán conciliables, lo cual se explica por la extrema vulnerabilidad de quienes la padecen”<sup>11</sup>, no puede desconocerse el precedente contenido en la sentencia C-425 de 2008, según el cual sí procede la conciliación.

No obstante, debe recalarse que siempre ha de consultarse el interés superior del menor y las garantías de la familia como núcleo esencial de la sociedad (arts. 5° y 42 a 45 Const.), máxime cuando la práctica de pretender llevar todas estas conductas hasta el juicio oral y la sentencia ulterior, no sólo genera un mayor desgaste para la administración de justicia, sino que puede desconocer los derechos a la dignidad y a la intimidad de la víctima, para la cual resulta más oprobioso que junto con los agravios causados con el comportamiento sujeto a reproche penal, deba someterse a prolongadas investigaciones y diligencias que le recuerden lo indignante del comportamiento de aquel agresor miembro de su familia.

Igualmente, encuentra la Corte que en el informe de ponencia para segundo debate en la

Cámara de Representantes, se plasmó en el artículo 2° del proyecto adicionar un párrafo al artículo 36 de la Ley 906 de 2004 (competencia de los jueces penales del circuito), que rezaba; “La investigación de la violencia intrafamiliar no impide aplicar, cuando la decisión se considere necesaria, los efectos propios de la querrela y el principio de oportunidad”. Dentro de la explicación de la modificación se argumentaba que “mediante el párrafo adicional se pretende reconocer que si bien el delito de violencia intrafamiliar se puede investigar de oficio, como una medida para la convivencia pacífica, en aras de garantizar el derecho constitucional a la intimidad familiar previsto en los artículos 15 y 42 del Texto Superior, se mantiene la posibilidad de aplicar los efectos de la querrela y el principio de oportunidad”<sup>12</sup> (sin negrilla en el texto original).

Empero, debe recordarse que en aquellos comportamientos delictivos en los cuales el sujeto pasivo sea o haya sido un niño, una niña o un adolescente, deben los operadores judiciales tener presente, por su especialidad, las reglas consagradas en el Título II del Libro II de la Ley 1098 de 2006, por medio de la cual se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia, que fija unos procedimientos especiales para esas circunstancias.

De tal modo, cuando estos sujetos de especial protección sean víctimas de un delito, debe el funcionario judicial tener en cuenta el interés superior, la prevalencia de sus derechos, la protección integral y las demás garantías consagradas en instrumentos internacionales, en la Constitución y en la ley (art. 192 L. 1098/06).

También deberá el juez abstenerse de aplicar el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional, a menos que aparezca demostrado que medió la debida indemnización (art. 193 num. 6° ib.). Así mismo, está proscrito el otorgamiento de la “detención domiciliaria” cuando el imputado sea miembro del grupo familiar del menor ofendido (art. 193 num. 11 ib.).

Obsérvese, de otra parte, que el artículo 199 del citado Código de la Infancia y la Adolescencia excluye la concesión de beneficios y mecanismos sustitutos, en diferentes circunstancias, a los procesados por homicidio, lesiones personales dolosas, secuestro y conductas contra la libertad, integridad y formación sexuales, cuando las víctimas hubieren sido “niños, niñas y adolescentes”.

Por todas las razones expuestas, la Corte concluye que este cargo no prospera.

3.3. La exigencia de una valoración positiva del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, para que sean concedidos beneficios punitivos en los casos de delitos de violencia intrafamiliar, contraviene los derechos de los niños, niñas y adolescentes, al igual que los principios de legalidad de la sanción penal y de la privación preventiva de la libertad del imputado, acusado o procesado.

3.3.1. Dentro del análisis del segmento final del inciso 2° del numeral 3° del artículo 2° de la Ley 1142 de 2007, según el cual para conceder beneficios punitivos en los casos de conductas tipificables como violencia intrafamiliar se requiere una valoración positiva del ICBF, corresponde a la Corte determinar si esa preceptiva atenta contra la reserva judicial y el derecho a la igualdad de los procesados, dando lugar a su inexecutable, como se formula en la demanda y en las intervenciones del Instituto Colombiano de Derecho Procesal

y la Academia Colombiana de Jurisprudencia, o al condicionamiento que propone el Fiscal General de la Nación.

Esa argumentación deberá sopesarse frente a las exposiciones del Procurador General y del Ministerio del Interior y de Justicia, en las cuales se solicita la declaratoria de exequibilidad, al considerar el concepto del ICBF como un apoyo valioso para la administración de justicia, que hace más calificada la decisión judicial y cumple con la política criminal encaminada a la protección de la infancia y la adolescencia, de modo que no constituye una interferencia en la autonomía judicial.

3.3.2. Contrario a lo expuesto por quienes abogan por la exequibilidad de la preceptiva demandada, tal requisito eventualmente afecta derechos de niños, niñas y adolescentes en los casos de violencia intrafamiliar, pues en aquellas conductas en las cuales sean el sujeto pasivo de esos comportamientos, el hecho de supeditar el reconocimiento de beneficios para el agresor al concepto favorable que emita el ICBF, podría amenazar sus derechos como víctimas, principalmente la reparación, y los coloca en riesgo de ser nuevamente objeto de esos agravios.

Debe recordarse que en desarrollo de los principios constitucionales de protección a la familia, a los menores y a los jóvenes<sup>13</sup>, el artículo 192 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, establece que en aquellos procesos que se adelanten por delitos en los cuales los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas, el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior de los infantes, la prevalencia de sus derechos, la protección integral y las demás prerrogativas consagradas en convenios internacionales ratificados por Colombia, al igual que en la Constitución Política y en las leyes colombianas<sup>14</sup>.

En procura de esos fines, el precitado artículo 193 de la Ley 1098 consagró una serie de “criterios para el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los niños, las niñas y los adolescentes”, donde se preceptúa que la autoridad judicial se abstendrá de aplicar el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional cuando exista esa categoría de víctimas, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados (num. 6°). Igualmente, se impone abstenerse de decretar la detención domiciliaria, cuando el imputado sea miembro del grupo familiar de la víctima (num. 11).

Bajo tales supuestos, no puede ser factor determinante ni único para el reconocimiento de beneficios a favor del imputado o del condenado por esta clase de delitos al concepto positivo del ICBF, cuando la Constitución y la ley especializada en la protección de menores, imponen a la autoridad judicial tener presente otros criterios, de modo que se garantice la debida reparación y se evite ponerlos en riesgo frente a eventuales nuevos actos de agresión.

También debe tenerse presente que dentro de los motivos que llevaron a la formulación del proyecto, por parte del Gobierno Nacional y de la Fiscalía General de la Nación, que se convertiría en Ley 1142 de 2007, están los de adoptar medidas efectivas para la prevención, protección y represión de conductas de especial impacto contra los menores de edad, que además resultan lesivas contra el núcleo esencial que constituye la familia.

Entonces, aunque dentro de la génesis de la modificación procesal hoy sujeta a estudio por parte de la Corte se estableció la necesidad de adoptar medidas efectivas para la protección de los niños, las niñas, los adolescentes, junto con las mujeres<sup>15</sup>, la preceptiva final del inciso 2° del numeral 3° del artículo 2° de la Ley 1142, más que una medida de protección, truncaría las garantías fundamentales previamente referidas. Nótese cómo se le impone al juez, al momento de determinar los pocos pero eventuales beneficios que pueda obtener el agresor, un criterio exclusivo, ajeno a lo que la actuación procesal y la forma como se perpetró la conducta permiten inferir sobre la necesidad del cumplimiento de la pena, dado el riesgo que genera para su núcleo familiar.

Tampoco puede olvidarse que en el fragor mediático sobre múltiples conductas dirigidas contra la población infantil, se ha optado por soluciones efectistas, como el aún mayor incremento de las penas<sup>16</sup> y la rigurosa exclusión de mecanismos alternativos, limitando la acción a lo punitivo, al margen de una verdadera política criminal que realmente prevenga la realización de esta epidemia de abominables conductas, aupadas por la ausencia de valores; las contraculturas de la violencia y de la exacerbación sexual frecuentemente promovidas desde los propios medios de comunicación social; la carencia de respeto hacia los derechos de los menores, probablemente padecida en la minoridad por los propios depravados; y la incapacidad de reprimir sentimientos de ira y de frustración, entre otros complejos factores.

El legislador, al supeditar al concepto favorable del ICBF la concesión de beneficios para el imputado, acusado, procesado o condenado, por delitos tipificados como constitutivos de violencia intrafamiliar, olvidó que eventos como la suspensión condicional de la ejecución de la pena tienen lugar cuando se constaten otros presupuestos, como que la pena impuesta (prisión que no exceda de 3 años) y que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta, sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena; y, en aquellos eventos que sea procedente, estará supeditada al pago total de la multa (adicionada por el artículo 4° de la Ley 890 de 2004)<sup>17</sup>. Incluso, puede el juez exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad concurrentes.

Igualmente, para el reconocimiento del beneficio de libertad condicional, el artículo 64 del Código Penal preceptúa que podrá el juez concederla, previa valoración de la gravedad de la conducta punible<sup>18</sup>, al cumplirse las dos terceras partes de la pena, si la buena conducta del condenado durante su reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución punitiva. A su vez, estará supeditada al pago total de la multa y de la reparación de la víctima, recordando que mediante sentencia C-823 de agosto 10 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis, fue condicionalmente declarada exequible esta última circunstancia, entendiendo que el no pago previo de la reparación no impide la concesión excepcional del subrogado, cuando se demuestre ante el juez de ejecución de penas - previa posibilidad de contradicción por la víctima y el Ministerio Público - la insolvencia actual del condenado.

Con esos argumentos, encuentra la Corte Constitucional que la expresión “en los delitos de violencia intrafamiliar, los beneficios quedarán supeditados a la valoración positiva del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”, puede ir en contravía de los derechos e intereses de los niños y los adolescentes, e impone un criterio al juez, al momento de

reconocer o no los beneficios que favorecen al victimario, dándole prevalencia a la valoración positiva de un órgano de la administración pública, que al provenir de una autoridad especializada debe ser tenida en cuenta, pero ponderándola razonablemente con toda la demás información allegada<sup>19</sup>.

A su vez, esa preceptiva también afecta el principio de legalidad de la privación preventiva de la libertad y de legalidad de la sanción penal, que se analizará detalladamente a continuación, como quiera que el legislador no señaló unos criterios claros, precisos y unívocos que deba evaluar el ICBF para emitir ese concepto, ni garantiza que los mismos puedan ser debidamente sopesados por la autoridad judicial bajo las reglas de la sana crítica, que debe mediar frente al elemento adicional de convicción que se allega al proceso.

Además, esa subordinación desconoce que el propio Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), dentro del régimen de la libertad y su restricción, universalmente regulado por tratados internacionales de protección de los derechos humanos, afirma que las disposiciones allí contenidas que autoricen preventivamente la privación o restricción de la libertad tienen un carácter excepcional, de modo que deben ser interpretadas restrictivamente y dentro de los criterios de necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad (art. 295 L. 906/04), en pleno acatamiento de los contenidos constitucionales.

De acuerdo con las precedentes consideraciones, la Corte Constitucional declarará inexecutable el precepto analizado en este acápite.

Con todo, no se impide al juez de control de garantías o de conocimiento valorar ciertos aspectos de su competencia en relación con los investigados, imputados, acusados, procesados o condenados, de forma que en las oportunidades procesales y bajo la iniciativa que indique la ley, pueda solicitar al ICBF una experticia científica, dentro de la libertad probatoria que otorga el arriba referido artículo 373 de la Ley 906 de 2004, para ser apreciada bajo las reglas propias del análisis de los elementos de juicio, lo cual no lo sujeta inexorablemente al acogimiento de lo expresado en ese medio de comprobación.

#### 4. El principio de legalidad de la privación de la libertad.

4.1. Como quiera que los cargos elevados contra las preceptivas de los artículos 24, 25 y 30 de la Ley 1142 de 2007 versan sobre la privación de la libertad, dentro de la medida de aseguramiento de detención preventiva, la Corte analizará genéricamente esos conceptos, para luego adentrarse en la constitucionalidad o no de lo aquí demandando.

4.2. El artículo 28 de la Carta Política consagra el derecho de toda persona a la libertad<sup>20</sup>, cuya excepción a ser reducida a prisión, arresto o detención, se puede presentar sólo en ejercicio de la reserva judicial<sup>21</sup> que allí se ha establecido, para lo cual se requiere de un mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley; por lo que no se trata entonces de una potestad absoluta<sup>22</sup>.

Acorde con la doctrina, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha puntualizado que esa reserva judicial para la referida limitación guarda relación con el “principio de legalidad de la privación preventiva de la libertad”, el cual deviene del “principio de legalidad de la sanción

penal” 23, de modo que las exigencias para la aplicación de este último se hacen extensivas a aquéllas, aunque no exista una sanción definitiva por haber transgredido la normatividad penal. Lo anterior, por tratarse de una medida de carácter preventivo, mientras se determina la responsabilidad, sin que ello constituya la imposición de una sanción penal, habida cuenta que su naturaleza es cautelar y con carácter meramente instrumental o procesal, más no punitivo<sup>24</sup>.

De ese modo, para que una persona pueda ser preventivamente privada de la libertad se requiere que existan motivos previamente establecidos en la ley, y que para la aplicación de la misma medie el mandamiento de autoridad competente, en este caso autoridad judicial, y el cumplimiento de los requisitos legales para el efecto.

Así, se reconoce que la detención preventiva de una persona tiene un carácter excepcional<sup>25</sup>, como quiera que el numeral 3° del artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 consagra que la “prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general”, de modo que como se reiteró en la sentencia C-774 de 2001, ya referida, se hace necesario que el legislador colombiano señale los motivos que lleven a esa clase de restricción, dentro del ordenamiento jurídico interno.

Cabe recordar que en la sentencia C-106 de 1994, a la cual se aludió con antelación, se indicó que la privación de la libertad no puede estar siempre precedida de la culminación del proceso, como quiera que comportaría la desnaturalización de su finalidad preventiva. En aquella ocasión se estudio la constitucionalidad de la detención preventiva y de las medidas de aseguramiento, principalmente de cara al debido proceso y a la presunción de inocencia, donde se concluyó que dichas figuras se avienen a la Carta Política “en cuanto tienen un carácter preventivo, no sancionatorio”, máxime cuando uno de sus fines es que la persona comparezca al proceso, o como allí fuera indicado “no escape a la acción de la justicia”.

Al respecto, en la misma providencia se expresó (no está en negrilla en el texto original):

“Las medidas de aseguramiento no requieren de juicio previo. Ellas pueden aplicarse, a la luz de la Constitución, si se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 28 de la Carta. Así, si media orden escrita del juez competente, se han cumplido las formalidades que la ley consagre al respecto y el motivo de la detención, conminación, prohibición de salida del país o caución está nítidamente consagrado en norma legal preexistente, tales medidas se ajustan al mandato constitucional y no implican desconocimiento del debido proceso, aplicable en el caso de las penas.

Pretender que toda detención o medida de aseguramiento deba estar forzosamente precedida de un proceso íntegro llevaría a desvirtuar su carácter preventivo y haría en no pocas ocasiones completamente inoficiosa la función judicial, pues la decisión correspondiente podría tropezar -casi con certeza- con un resultado inútil en lo referente a la efectividad de la pena que llegara a imponerse.”

Empero, como indicó esta corporación en sentencia C-123 de 2004 previamente citada, con fundamento en doctrina extranjera y nacional, no es suficiente que los supuestos fácticos por los cuales el legislador considera que una conducta delictiva da lugar a la imposición de una medida de aseguramiento se encuentren establecidos en la ley, es imperativo además que

aquéllos sean claros, precisos y unívocos, esto es, “deben excluir cualquier ambigüedad previsible y deben abstenerse de hacer generalizaciones y abstracciones que pudieran minar la seguridad jurídica de los asociados”. Pero, se aclara, la Corte además planteó que el poder legislativo no puede abarcar la totalidad de los fenómenos o supuestos que son regulados por el derecho penal, de modo que todo comportamiento quede subsumido en la descripción contenida en la norma, evento en el cual acorde con el tratadista alemán Claus Roxin, obtiene relevancia el criterio judicial, donde el funcionario debe llevar a cabo la interpretación de la ley.

De ese modo, se concluyó que el carácter general y abstracto de las normas, en eventos de contenidos indeterminados, no conlleva per se un detrimento del principio de legalidad de la privación preventiva de la libertad, expresando además (no está en negrilla en el texto original):

“Como se desprende de lo anterior, la dinámica del derecho penal permite que sin quebrantar el principio de legalidad de la sanción -en el caso particular, de legalidad de la privación preventiva de la libertad- el legislador deje en el criterio del juez la interpretación de ciertos conceptos cuyo contenido indeterminado no puede señalarse a priori, dado el carácter general y abstracto de la norma legal.

En tal sentido, bien puede el legislador delinear los extremos del concepto jurídico cuya aplicación entrega al juez penal, sin que por ello se entienda que el principio de legalidad sufre desmedro alguno. Importa, sí, que tales límites se establezcan de manera clara y concreta, a fin de que el juez, al verter en el concepto los hechos concretos, permanezca fiel a los márgenes en que se expresa la voluntad de la ley.”

Así, vistos los antecedentes jurisprudenciales y la forma como se han interpretado algunas de las normas que regulan el régimen de la privación preventiva de la libertad, se analizarán las expresiones ahora demandadas.

5. La modalidad y gravedad de la conducta no pueden ser los criterios prevalentes para determinar la necesidad de la imposición de una medida restrictiva de la libertad.

5.1. Para el demandante los preceptos censurados de los artículos 24 y 25 de la Ley 1142 de 2007, según los cuales se da preferencia a la modalidad y a la gravedad de la conducta, para determinar si la libertad del procesado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad y su eventual no comparecencia al proceso, conculcan los derechos a la libertad, al debido proceso y la presunción de inocencia, junto con los principios que regulan la debida administración de justicia. En contraposición con lo anterior, todos los intervinientes dentro de la presente acción constitucional abogan por la exequibilidad de esas disposiciones, bajo el argumento que la libertad no es derecho absoluto e ilimitado, que se rige por los principios constitucionales de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, y dentro la libertad de configuración del legislador.

5.2. El artículo 250 de la Constitución que consagra las funciones de la Fiscalía General de la Nación, dentro del numeral 1° especifica que al ente investigador le corresponde solicitar al juez de control de garantías la adopción de las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso, la conservación de los elementos materiales y la

evidencia física, al igual que la protección de la comunidad y de las víctimas.

A su vez, debe recordarse como se indicó con antelación, que el artículo 295 de la Ley 906 de 2004 también reitera la afirmación de la libertad que cobija el proceso, de modo que las preceptivas contenidas en ese código que autorice la privación preventiva o la restricción de la libertad poseen un carácter excepcional, sólo pudiendo ser interpretadas de forma restrictiva siempre que además de resultar necesaria, proporcional y razonable debe ser adecuada.

En desarrollo del mandato constitucional, en el artículo 306 de la Ley 906 se señala que la solicitud de la imposición de una medida de aseguramiento elevada por la Fiscalía se debe acompañar de los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia. En lo que atañe a las medidas de aseguramiento, específicamente aquellas privativas de la libertad, se encuentra la detención preventiva, en establecimiento de reclusión o en la residencia del imputado cuando no se obstaculice el juzgamiento (art. 307).

Para tal efecto, el artículo 308 exige como requisitos que de los elementos materiales probatorios y de la evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes presupuestos: a) que la medida se muestre como necesaria para evitar la obstrucción al debido ejercicio de la justicia; b) que constituye peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; y, c) que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Los presupuestos referidos con antelación tienen su desarrollo en los artículos siguientes de la norma procesal penal, para el caso que atrae el interés de la Corte, los correspondientes al peligro para la comunidad, para la víctima y la no comparecencia del imputado en los artículos 310 y 311.

Para establecer si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, con la modificación incluida con el artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, se determinó que “será suficiente” la gravedad y la modalidad de la conducta, dejando al arbitrio judicial, según el caso, poder valorar adicionalmente las 4 circunstancias que originalmente traía la norma.

A su vez, para determinar el peligro que eventualmente podría conllevar la libertad del imputado para la víctima, el artículo 311 indica que tal riesgo se presenta cuando existen motivos fundados que permitan inferir que podrá atacar contra ella, su familia o sus bienes.

Efectuando un análisis sistemático de las normas referidas, queda visto que para el legislador el peligro está determinado en cuando se pueda atacar de nuevo contra otros bienes jurídicos tutelados, de la víctima o de la comunidad.

Igualmente, al modificarse el artículo 312 de la Ley 906 de 2004, con el 25 de la Ley 1142 de 2007, fue reemplazada la expresión “además”, por “en especial”, para fijar que al momento

de determinarse la eventual no comparecencia del imputado al proceso se tendrá en cuenta la gravedad y modalidad de la conducta y la pena a imponer, además de los factores originalmente contemplados: a) falta de arraigo; b) gravedad del daño causado y la actitud asumida por el agente frente al mismo; y, c) el comportamiento del imputado durante la actuación o en otra anterior, de modo que se pueda inferir razonadamente su falta de voluntad de sujetarse a la investigación, la persecución penal y el cumplimiento de la pena.

Ahora, en el proyecto presentado por el Gobierno y la Fiscalía General de la Nación se indicó que la detención preventiva, acorde con los instrumentos internacionales y la jurisprudencia de esta corporación, debe ser excepcional, necesaria y racional, “no sólo sujeta a una base probatoria mínima que indique la autoría o participación del imputado, sino igualmente a la consecución de los fines del proceso, conforme con el artículo 308 de la Ley 906 de 2004”<sup>27</sup>.

Y, más adelante, en el mismo texto se expuso:

“Sin embargo, en punto a la protección de la comunidad y las víctimas, como uno de los fines del proceso que garantiza la medida de detención, la práctica ha mostrado que la gravedad y la modalidad de los hechos ha pasado a un segundo plano en el examen de riesgo, frente a la exigencia de que la fiscalía necesariamente debe llevar a la respectiva audiencia elementos materiales probatorios o información que indique la pertenencia del imputado a una organización criminal o la continuación de la actividad delictiva o la pluralidad de delitos imputados o la existencia de investigaciones pendientes o sentencias condenatorias vigentes. Estas últimas circunstancias no siempre se presentan en un caso, a pesar de que, en virtud de la dinámica de los hechos, pueden resultar alarmantes la gravedad y modalidad de la única conducta punible (verbigracia un secuestro extorsivo o un hurto calificado cometido por varias personas, sin que pueda sugerirse organización criminal).

Se recuerda que las Reglas de Mallorca de la Organización de las Naciones Unidas, como principios mínimos para la Administración de Justicia Penal, establecen en la regla 16 que ‘las medidas limitativas de derechos tienen por objeto asegurar los fines del proceso. Están destinadas, en particular, a garantizar la presencia del imputado, la adquisición y conservación de las pruebas y que, en todo caso regirá el principio de proporcionalidad, considerando, en especial, la gravedad del hecho imputado, la sanción penal y las consecuencias del medio coercitivo adoptado’.”

Sin embargo, a pesar de toda la argumentación referida con precedencia, la Fiscalía General de la Nación, como promotora conjunta con el Gobierno de las modificaciones a los criterios para determinar la necesidad de la imposición de una medida de aseguramiento, expresó que resulta correcto que la peligrosidad que representa el presunto responsable se fije con un análisis conjunto de los presupuestos contenidos en el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal.

Al respecto indicó: (no está en negrilla en el texto original):

“Así, entonces, lo ideal es que el pronóstico de riesgo para la comunidad y la víctimas surja de un examen conjunto del mayor número de circunstancias previstas en el artículo 310.”

Igualmente, en el informe de la ponencia para segundo debate del proyecto que se convertiría en Ley 1142 de 2007, también se expuso que “se ajusta la redacción del primer inciso de la norma con la finalidad de focalizar el juicio acerca del peligro para la comunidad como requisito de la detención preventiva alrededor de la gravedad y la modalidad de la conducta punible. Sin embargo, se preservan las exigencias de la Corte en Sentencia C-774 de 2001, dejando la posibilidad al juez de valorar otras circunstancias adicionales que convaliden la medida adoptada” (no está en negrilla en el texto original).

Empero, las preceptivas ahora demandadas de los artículos 24 y 25 de la Ley 1142 de 2007, no atienden la jurisprudencia de esta corporación, a pesar que dentro del trámite legislativo se asegure lo contrario.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-774 de 2001 previamente referida, reiteró que la potestad de configuración legislativa, en materia de la aplicación de la detención preventiva, tiene como límites los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, además de los fines que aquélla persigue, no sólo para evitar que se desoriente su carácter preventivo – no sancionatorio -, de modo que esa medida no pueda convertirse en un mecanismo indiscriminado, general y automático. Bajo tales supuestos se especificó que para la procedencia de tal medida “no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que requiere, además, y con ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma”.

5.3. Así, la preceptiva del artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, según la cual para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, pero que, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente las demás circunstancias allí contenidas, no atiende los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento. Al establecer como suficientes la gravedad y la modalidad de la conducta se desconocen esos criterios y con ello el principio de libertad que cobija el proceso penal y el de legalidad de la medida preventiva para su privación, pues se olvida que no es suficiente ese criterio para determinar la procedencia o no del decreto de la misma, es imperativo que se consulte su necesidad, la cual no puede estar determinada en esos dos criterios objetivos, máxime cuando en Colombia no existe una política criminal clara que determine cuales son realmente las conductas graves.

A la par, se desconoce que en ejercicio de la libertad de configuración que posee el legislador para determinar los eventos en los cuales es procedente privar de manera preventiva a una persona de su libertad, se ha indicado que para la solicitud de la misma también se debe sustentar su urgencia y que toda disposición contenida en el Código de Procedimiento Penal que permita esa clase de privaciones deben ser interpretadas restrictivamente (arts. 306 y 295 de la Ley 906 de 2004, respectivamente).

Empero, razón la asiste al Ministerio Público cuando señala que de ser suprimidas, por efectos de la declaratoria de inexecutable, las expresiones “suficiente, sin embargo y podrá”, del artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, se presentaría una ambigüedad en su lectura e interpretación. Por ende, serán declaradas exequibles, en procura de la protección del

derecho a la libertad y los principios que delimitan los eventos para su restricción, bajo el entendido que para el funcionario judicial, al momento de determinar el peligro que el imputado representa para la comunidad, no es suficiente la gravedad y la modalidad de la conducta punible, sino que siempre deberá valorar, bajo las finalidades que la Constitución le ha otorgado a esa clase de medidas preventivas, además de los requisitos contenidos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, las demás circunstancias contenidas en los numerales 1° a 4° del artículo 310 ibídem.

5.4. Igual contrariedad con la Constitución y los principios arriba referidos, se presenta al evaluar la expresión “en especial” contenida en el artículo 25 de la Ley 1142 de 2007, según la cual la modalidad y la gravedad de la conducta y de la pena a imponer serán los factores a los cuales el funcionario judicial le dará preponderancia para determinar la eventual no comparecencia del imputado al proceso.

Como ha quedado demostrado, aunque en la exposición de motivos que justificó la radicación del proyecto de ley por la Fiscalía General de la Nación, que pretendía efectuar la modificación ahora referida y en el informe para segundo debate, se aduzca el respeto a los antecedentes jurisprudenciales y la interpretación constitucional efectuada por esta corporación de los presupuestos para determinar la legitimidad de la privación preventiva de la libertad, la realidad es distinta.

En la motivación del proyecto referido la Fiscalía<sup>28</sup> argumentó que “se proyecta la reforma al artículo 312, ya que el juicio de no comparecencia o evasión debe tener una especial consideración no solo de la gravedad y modalidad de la conducta punible, sino también de la pena imponible, pues si de antemano el imputado o acusado sabe que probablemente no tendrá derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena (artículo 63 del Código Penal, bien por el factor objetivo ora por el subjetivo), sin duda puede sentirse tentado a no comparecer, salvo que su comportamiento procesal anterior o concomitante indique lo contrario y ofrezca tranquilidad a la fiscalía y a la judicatura sobre la presencia del imputado en el curso del proceso” (no está en negrilla en el texto original).

Por su parte en el informe para segundo debate<sup>29</sup> se puntualizó, “se modifica la redacción del artículo 312 del Código de Procedimiento Penal para establecer en relación con la no comparecencia del imputado, que se tendrá en cuenta, en especial la gravedad y modalidad de la conducta así como la pena imponible. Se deja a salvo otro de los criterios de valoración siguiendo las directrices de la Corte en Sentencia C-774 de 2001” (no está en negrilla en el texto original).

Esta corporación encuentra entonces que si bien la redacción de la norma ahora analizada otorga un carácter especial a la modalidad y a la gravedad de la conducta y de la pena a imponer, incluso en la motivación de la reforma se aduce que el comportamiento anterior del imputado puede permitir “tranquilidad a la fiscalía y a la judicatura” de que aquél comparecerá al proceso, a pesar de lo grave de su comportamiento. De ese modo, la forma como se presentó el comportamiento o la envergadura del mismo no son los criterios especiales y únicos para determinar si permitirá la acción estatal, por el contrario, es necesario que se analicen “además” los criterios subsiguientes contenidos en el artículo 312 de la Ley 906 de 2004, de modo que pueda determinarse la necesidad o no de la medida de

aseguramiento no sólo para garantizar su comparecencia, sino el cumplimiento de la sentencia, todo bajo el criterio de necesidad y razonabilidad que constituyen sus presupuestos, al igual que la interpretación restrictiva que sobre las mismas se debe efectuar.

En ese orden, se declarará la inexecutable de la expresión “en especial”, del artículo 30 de la Ley 1142 de 2007.

6. El derecho a la libertad y el principio de legalidad de su privación preventiva se afectan cuando se consagran supuestos fácticos para la prolongación de esa privación que no sean claros, precisos y unívocos.

6.1. El demandante considera que la expresión “ni cuando la audiencia no se hubiere podido iniciar por causa justa o razonable”, contenida en la parte final del párrafo del artículo 30 de la Ley 1142 de 2007, que modificó el 317 de la Ley 906 de 2004, según la cual cuando se presenten esos eventos no tendrá lugar la libertad del acusado, a pesar de haber transcurrido más de 60 días contados a partir de la presentación del escrito de acusación, sin que se haya iniciado la audiencia del juicio oral, conculca los artículos 28 y 228 de la Constitución, al igual que el numeral 5° del artículo 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969; argumentación que cuenta con la concurrencia de las intervenciones del Ministerio Público y del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

6.2. Por su parte la intervención del señor Fiscal General de la Nación se encamina a que la Corte se inhiba, por ineptitud de la demanda, como quiera que en su criterio no existe certeza frente al cargo, pues el actor eleva una proposición inferida o deducida que no corresponde a la redacción de la norma, habida cuenta que las medidas de aseguramiento no pueden ser indeterminadas. Lo anterior, hace necesario establecer la existencia o no de un real cargo contra la preceptiva demandada, previa a su confrontación con la Carta Política.

Acorde con la jurisprudencia de esta corporación, la certeza exigible a un cargo de inconstitucionalidad formulado contra una norma, implica que se pueda confrontar la preceptiva superior con el texto verificable de la normativa censurada y no, entre otros eventos, con simples deducciones propias del demandante o con aspectos implícitos que aquélla traiga consigo<sup>30</sup>.

Al analizar la demanda formulada, que adquiere mayor claridad con el cúmulo de manifestaciones presentes en las intervenciones, se observa que la argumentación que pugna por la inexecutable de la norma formula que la excepción contenida en el precepto demandando permite una injustificada prolongación de la privación de la libertad del acusado, como quiera que la circunstancia del retardo en el inicio del juicio oral se debe a una causa que no le es imputable, dilatando sin mayor limitación la medida de aseguramiento. De ese modo, tal criterio plantea la presencia de una afectación al principio de libertad que cobija la actuación penal y al principio de celeridad de la administración de justicia, según los cuales la situación del acusado debe ser resuelta en el menor tiempo posible, máxime cuando se está frente a causales que no le son atribuibles.

Se aprecia entonces, sin olvidar el principio pro actione, que la argumentación empleada por

el ciudadano demandante cumple con los requisitos formales para que esta corporación emita un fallo de fondo, constatando la constitucionalidad o no de la excepción demandada.

6.3. El artículo 365 de la Ley 600 de 2000 dispone que hay lugar a la libertad provisional, garantizada mediante caución, entre otros eventos, cuando transcurridos más de seis meses desde la ejecutoria de la resolución de acusación no se haya celebrado la correspondiente audiencia pública de juzgamiento, salvo que se hubieren decretado pruebas en el exterior o se esté a la espera de su traslado. Igualmente, consagra una excepción pertinente al presente asunto que estudia la Corte, a saber, que no habrá lugar a la libertad provisional “cuando la audiencia hubiere iniciado, y ésta se encuentre suspendida por causa justa o razonable”, o cuando fijada la fecha para la celebración no hubiere tenido lugar por causa atribuible al sindicado o a su defensor.

El aparte en cursiva fue objeto de pronunciamiento por esta corporación, mediante sentencia C-123 de 2004 ya citada, donde mayoritariamente<sup>31</sup> se resolvió declararla exequible bajo el condicionamiento de que la libertad provisional es procedente “si, una vez superada la causa justa o razonable de la suspensión, no se reanuda inmediatamente la audiencia”.

Dentro de la motivación del referido pronunciamiento se reiteraron apartes de la sentencia C-846 de octubre 27 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz, que se pronunció sobre el inciso 2° del numeral 5° del artículo 415 del Decreto 2700 de 1999 (modificado por el artículo 55 de la Ley 81 de 1993), que consagraba un veto al decreto de la libertad provisional, “cuando la audiencia se hubiere iniciado, así ésta se encuentre suspendida por cualquier causa”. En aquél pronunciamiento la norma fue declarada exequible “siempre y cuando se entienda que la causal por la cual se suspende la audiencia, debe ser razonable y estar plenamente justificada” (sin negrilla en el texto original).

En esa oportunidad se llegó a tal conclusión al observar que la redacción original de la norma, al emplear la expresión “por cualquier causa”, permitía que la autoridad judicial, el procesado o su defensor, dilataran injustificadamente la actuación procesal. Así, se estableció que ni la incuria judicial, ni las irregularidades, pueden ser catalogadas como causas razonables, en la medida en que van en detrimento del procesado al imponerle unas cargas que no le conciernen, irrazonabilidad también aplicable, en el otro extremo, a los eventos en que las causas sean engendradas por la actuación del procesado o de la defensa. Empero, se admitió que es posible que el juez suspenda una audiencia pública de juzgamiento, cuando las circunstancias lo ameriten, siempre que se encuentren debidamente justificadas y sean razonables.

Partiendo del citado antecedente jurisprudencial, en la sentencia C-123 de 2004 se reiteró (no está en negrilla en el texto original):

“Del contenido de esta decisión judicial se desprende lo siguiente: i) el juez penal sí está facultado para suspender la audiencia pública de juzgamiento cuando las circunstancias lo ameriten; ii) dichas circunstancias deben estar justificadas y ser razonables para la suspensión de la audiencia; iii) el juez debe impedir que las maniobras dilatorias del procesado o del defensor interrumpan el proceso; iv) el juez no puede aducir como causas razonables para suspender la audiencia de juzgamiento, los defectos de funcionamiento, la

ineficacia o la ineficiencia de la administración de justicia, y v) las justas [causas] aludidas sólo pueden prolongar la suspensión de la audiencia por el tiempo mínimo requerido.”

Más adelante se puntualizó que establecer si una circunstancia es causal para suspender la audiencia pública de juzgamiento le corresponde al juez, habida cuenta que “él es el que establece la razonabilidad de la medida que obliga a suspender la diligencia, para lo cual no podrá invocar la ineficiencia o ineficacia de la administración de justicia, no podrá actuar arbitrariamente y deberá adoptar la medida por el tiempo mínimo requerido” (no está en negrilla en el texto original).

Bajo tales supuestos y atendiendo la modificación que el legislador implementó en la Ley 600 de 2000, en la sentencia C-123 de 2004 esta corporación advirtió que no es suficiente que se indiquen expresiones como causa justa o razonable dentro de normas como la que en la actualidad se analiza, por el contrario, debe “encontrarse plenamente justificada en los hechos y en las pruebas aportadas al proceso. El que la causa deba estar justificada indica que no puede provenir de la imaginación del juez o de las partes sino que debe estar sustentada en una circunstancia fáctica cierta que, además, resulte razonable o justa para suspender la audiencia”.

Se concluyó entonces que resulta posible que dentro del proceso de aplicación de una norma penal el legislador le “entregue al juez la función de aplicar conceptos que no pueden ser definidos apriorísticamente en la norma legal”, lo cual no quebranta el principio de legalidad de la privación de la libertad.

Debe entonces el operador judicial analizar las eventualidades que surjan dentro del proceso para determinar que causas son razonables para impedir la celebración o la continuación de una audiencia, para el caso que hoy nos ocupa, dentro de un nuevo sistema, que impidan iniciar el juicio oral. Para tal efecto, en el pronunciamiento que ha servido de antecedente mediato se fijó que en estos casos el juez “llena de contenido los conceptos que el legislador ha señalado con la mayor precisión posible, dado que no es técnico establecer de manera apriorística, exacta y exhaustiva, todas y cada una de las causas que razonablemente o justamente pueden dar lugar a la suspensión de la audiencia de juzgamiento”, lo que es lo mismo en el evento que nos atañe, que impidan el inicio de la misma.

En la sentencia C-123 de 2004, atendiendo el precedente jurisprudencial contenido en la C-846 de 1999, se definió que en eventos similares al ahora planteado la causa no puede ser cualquiera, en otras palabras, se requiere que sea calificada, “impuesta por los límites naturales y gramaticales de lo que se entiende por justo y razonable, no siéndole dado al juzgador ordenar la suspensión por un simple capricho, por una razón inexistente, banal o arbitraria”.

Y, más adelante en la sentencia C-123 de 2004, se advirtió que la naturaleza justa de la causa, implica que tenga “la mínima ponderación, la sensatez y el equilibrio necesarios que se exigen, no sólo de esta, sino de cualquier decisión que se adopte en el proceso. El concepto de lo justo para el funcionario judicial, debe entenderse dentro del marco jurídico de los principios y valores constitucionales, que demarcan el patrón de derecho al cual debe sujetarse dicho juicio. Lo cierto de todo es que al considerar el elemento de justicia en la norma legal, el Código proscribire la subjetividad sin referente externo, pues ésta no

constituye criterio válido para la fundamentación de la decisión judicial”.

De forma ilustrativa, más no taxativa, en el mismo pronunciamiento se indicó que aspectos como la fuerza mayor y el caso fortuito pueden ser fundamento razonable, “pues los hechos imprevisibles e irresistibles, como los que son resultado de la fuerza de la naturaleza o de fuerzas humanas ajenas al proceso, v.gr. un ataque subversivo, no atribuibles al sindicado o a la administración de justicia, bien podrían convertirse en verdaderos impedimentos para la celebración o continuación de la diligencia de juzgamiento”.

Así, se reiteró que la ineficacia y la ineficiencia de la administración de justicia, al igual que la incuria, la inoperancia del aparato jurisdiccional y la mora en el recaudo de las pruebas, para el caso del sistema procesal penal de la Ley 600 de 2000, están excluidas de considerarse como causas razonables, situación que “inhabilita” al juez para prolongar la detención preventiva.

Por su parte, el decreto de una libertad provisional en los supuestos del retardo de la celebración del juicio oral, como lo expresa parte de la preceptiva del parágrafo del artículo 30 de la Ley 1142 de 2007 demandado, no procede en aquellos casos en que el retardo o la imposibilidad de celebrar la diligencia tenga su génesis en maniobras dilatorias del acusado o del profesional que lo asiste en el ejercicio de la defensa técnica.

No sobra advertir que así como la suspensión de una diligencia no puede ser indefinida, la eventual causa razonada que nos ocupa tampoco puede ser indeterminada en el tiempo, pues se entiende que debe abarcar el lapso estrictamente necesario para retornar a la normalidad.

6.4. Encuentra la sala que la expresión “justa o”, dentro del sistema acusatorio que se sustenta en una nueva previsión constitucional, a partir del Acto Legislativo 03 de 2002, no atiende las exigencias referidas en los precedentes, como quiera que el supuesto fáctico allí consagrado no supera el imperativo de ser claro, preciso y unívoco, toda vez que su indeterminación conduce a ambigüedad acerca del momento en el cual se realizará la audiencia de juicio oral, vulnerando así la garantía de la libertad personal consagrada en el artículo 28 superior. Igualmente la preceptiva referida contraviene el imperativo constitucional que se impone a los funcionarios judiciales de observar “con diligencia” los términos procesales, so pena de ser sancionado su incumplimiento (art. 228).

Cabe recordar que el artículo 29 constitucional señala que el sindicado tiene derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas, norma que al igual que los artículos 28 y 228 previamente referidos tienen desarrollo en la Ley 270 de 1996, donde se señalaron una serie de principios que rigen la administración de justicia, dentro de los cuales se consagraron la celeridad (art. 4°), la eficiencia (art. 7°) y el respeto de los derechos de quienes intervienen en el proceso (art. 9°).

Esas normas deben ser interpretadas sistemáticamente, de modo que permiten establecer que los funcionarios judiciales tienen la obligación de adelantar las actuaciones de forma celeridad y diligente, al tiempo que conlleva la observación de los términos procesales consagrados constitucional y legalmente para el cumplimiento de las actuaciones que adelantan.

Entonces, esta corporación declarará la inexecutable de la expresión “justa o” contenida en el párrafo del artículo 30 de la Ley 1142 de 2007, como quiera que deja al arbitrio del funcionario judicial cumplir o no los términos para celebrar el juicio oral.

6.5. No obstante lo anterior, siendo la Corte consecuente con el respeto al precedente jurisprudencial, claro que ante pretéritos sistemas procesales penales, contenido en las sentencias C-846 de 1999 y C-123 de 2004, *mutatis mutandis* empleado para resolver la presente acción constitucional, se declarará executable la preceptiva correspondiente a “ni cuando la audiencia no se hubiere podido iniciar por causa [...] razonable” contenida en el mismo párrafo, bajo la interpretación que se explica a continuación.

En primer lugar, el condicionamiento atiende a que la justificación de la causa razonable debe fundarse en hechos externos y objetivos constitutivos de fuerza mayor, irresistibles e insuperables, ajenos al juez o a la administración de justicia, *verbi gratia*, como ha indicado esta corporación en anteriores oportunidades, en el caso de un ataque terrorista. Entonces, la referida causa debe estar debidamente justificada, como se ha indicado en los antecedentes jurisprudenciales enunciados arriba, sin que el juez como director del proceso pueda obrar arbitrariamente, invocar la incuria judicial, las irregularidades, la ineficiencia o ineficacia, como tampoco podrá excusarse en el recargo de trabajo, pues los principios contenidos en la Constitución y la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, le imponen obrar proactivamente para solucionar la congestión o los inconvenientes que se puedan presentar, incluso con el apoyo del Consejo Superior de la Judicatura en lo de su competencia.

En segundo lugar, acorde con la jurisprudencia de esta corporación se supedita la constitucionalidad de la preceptiva analizada, a que en todo caso la audiencia se iniciará cuando haya desaparecido dicha causa y a más tardar en un plazo no superior a la mitad del término establecido por el legislador en el numeral 5° del artículo 317 de la Ley 906 de 2004.

Bajo los anteriores supuestos, es obligación del funcionario judicial iniciar la audiencia pública del juicio oral una vez haya desaparecido el imprevisto que lo hubiere impedido, para evitar una injustificada prolongación de la privación de la libertad, dando lugar en caso contrario a la libertad del acusado.

Sólo un análisis de cada circunstancia en particular, con la rigurosidad ahora expuesta, mantiene incólume el derecho al debido proceso y los principios que regulan la administración de justicia, al tiempo que garantiza la preservación de los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, que rigen la medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva del acusado y con ello proteger el principio general de libertad.

Por todo lo expuesto, se declarará inexecutable la expresión “justa o”, contenida en el párrafo del artículo 30 de la Ley 1142 de 2007, y executable la preceptiva según la cual “ni cuando la audiencia no se hubiere podido iniciar por causa [...] razonable” contenida en el mismo párrafo, en el entendido de que: a) la justificación de la causa razonable debe fundarse en hechos externos y objetivos constitutivos de fuerza mayor, ajenos al juez o a la administración de justicia y b) en todo caso, la audiencia se iniciará cuando haya

desaparecido dicha causa y a más tardar en un plazo no superior a la mitad del término establecido por el legislador en el numeral 5° del artículo 317 de la Ley 906 de 2004.

## VII.- DECISIÓN.

### RESUELVE

Primero.- INHIBIRSE para emitir pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la expresión “o la persona haya sido sorprendida en flagrancia”, contenida en el numeral 3° del artículo 2° de la Ley 1142 de 2007, que modificó el artículo 37 de la Ley 906 de 2004.

Segundo.- DECLARAR EXEQUIBLE el aparte “La investigación de oficio no impide aplicar, cuando la decisión se considere necesaria, los efectos propios de la querrela para beneficio y reparación integral de la víctima del injusto”, contenido en el inciso 2° del numeral 3° del artículo 2° de la Ley 1142 de 2007, que modificó el artículo 37 de la Ley 906 de 2004.

Tercero.- DECLARAR INEXEQUIBLE el aparte “En los delitos de violencia intrafamiliar, los beneficios quedarán supeditados a la valoración positiva del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”, contenido en el inciso 2° del numeral 3° del artículo 2° de la Ley 1142 de 2007, que modificó el artículo 37 de la Ley 906 de 2004.

Cuarto.- DECLARAR EXEQUIBLE el aparte “será suficiente la gravedad y modalidad de la punible (sic). Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:”, contenido en el artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, que modificó el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que para determinar el peligro que el imputado representa para la comunidad, además de la gravedad y la modalidad de la conducta punible, el juez debe valorar si se cumplen los fines constitucionales de la detención preventiva señalados en los artículos 308 y 310 de la Ley 906 de 2004.

Quinto.- DECLARAR INEXEQUIBLE la expresión “en especial” contenida en el artículo 25 de la Ley 1142 de 2007, que modificó el artículo 312 de la Ley 906 de 2004.

Sexto.- DECLARAR INEXEQUIBLE la expresión “justa o” contenida en el párrafo del artículo 30 de la Ley 1142 de 2007, y DECLARAR EXEQUIBLE la expresión “ni cuando la audiencia no se hubiere podido iniciar por causa [...] razonable” contenida en el mismo párrafo, en el entendido de que: a) la justificación de la causa razonable debe fundarse en hechos externos y objetivos constitutivos de fuerza mayor, ajenos al juez o a la administración de justicia y b) en todo caso, la audiencia se iniciará cuando haya desaparecido dicha causa y a más tardar en un plazo no superior a la mitad del término establecido por el legislador en el numeral 5° del artículo 317 de la Ley 906 de 2004.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente. Cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Presidente

Ausente en comisión

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

Con salvamento parcial y aclaración de voto

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Impedimento aceptado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

Ausente con excusa

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

DELITOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Valoración del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF como peritazgo (Aclaración de voto)

DETENCION PREVENTIVA-Criterios de modalidad y gravedad de la conducta punible como condición para determinar el peligro para la comunidad (Aclaración de voto)

LIBERTAD PROVISIONAL-Improcedencia sólo en los casos en que no pueda iniciarse la audiencia de juzgamiento por causas atribuibles al imputado o a su apoderado (Salvamento parcial de voto)

Referencia: expediente D-7287

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2º, 4º, 24, 25 y 30 (parciales) de la Ley 1142 de 2007 “por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”

Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla

Con mi acostumbrado respeto por los fallos de la Corporación, me permito presentar salvamento parcial y aclaración de voto frente a esta sentencia. A continuación expongo las razones:

1. En primer término, estoy de acuerdo con las propuestas de inhibición e inexecutable parcial del numeral 3 del artículo 2 de la Ley 1142 de 2007, pero aclarando mi voto en el sentido que el Juez tiene discrecionalidad para citar o no ese peritazgo, de oficio o a solicitud de parte, pero sin que éste pueda supeditarse a una valoración positiva del ICBF, aunque hay

algunos casos, como ocurre en relación con la paternidad, para el cual es obligatoria la prueba de ADN.

En relación con el artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, observo que el condicionamiento coincide con lo que dispone la norma, además de que la disposición es contradictoria, pues señala que la gravedad y modalidad del delito es suficiente para valorar si la libertad del imputado es peligrosa, pero a la vez establece que deben evaluarse otras circunstancias.

2. De otra parte me permito manifestar mi discrepancia frente a la declaración de exequibilidad de la expresión del párrafo del artículo 30 de la Ley 1142 de 2007, “ni cuando la audiencia no se hubiera podido iniciar por causa (...) razonable”, por cuanto se trata de una causa ajena al imputado y a su apoderado, por lo cual no pueden sufrir las consecuencias de no haberse realizado la audiencia. A mi modo de ver, como está concebido este artículo deja indefinida la situación sobre la libertad del imputado, sin que se indiquen parámetros para establecer cuando cesa la causa justa o razonable.

Por razonable que sea la causa para no iniciar la audiencia, sigue siendo ajena a las partes, que no tienen porque asumir las fallas del sistema penal acusatorio y desconocer el plazo de noventa días que establece la ley. Además, nunca un término adicional puede ser mayor al inicial, y que la prórroga del mismo, por lo general es la mitad del otro. Si no es así, no será objetivo. Pase lo que pase considero que la persona tiene derecho a recuperar su libertad.

De conformidad con lo expuesto, aclaro y salvo mi voto parcialmente.

Fecha ut supra.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

1 Mediante sentencia C-425 de abril 30 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la citada expresión fue declarada exequible.

2 Aunque el ciudadano demandante alude al artículo 13 constitucional que consagra el derecho a la igualdad, la redacción de su argumentación versa sobre la “autonomía personal”, propia del artículo 16 ibídem.

3 Redacción original del artículo 37 de la Ley 906 de 2004.

4 Originalmente el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, modificado por el 4° de la Ley 1142 de 2007, sólo exceptuaba del requisito de procedibilidad de la querrela, los delitos en los que el sujeto pasivo fuera un menor de edad.

5 El referido pronunciamiento tuvo lugar 5 días después de ser incoada la presente acción, lo

cual acaeció en abril 25 de 2008 (f. 1), siendo la razón para que al momento de proferirse el auto de junio 3 siguiente, en el cual se resolvió la asunción de la misma, fuere rechazada frente a los cargos elevados contra el artículo 4°, por existir cosa juzgada constitucional, sin que el interesado interpusiese recurso de súplica.

6 Cfr. C-425 de 2008 (p. 25).

7 En la sentencia C-425 de 2008 se reitera que la manifestación de la persona legitimada para formular la querrela es la autorización para que el Estado intervenga en la investigación de ciertas conductas penalmente reprochables, como una excepción a la regla general de investigar oficiosamente.

8 Ver, entre otros, auto 288 y fallo C-1052 de 2001, ambos de octubre 4, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

9 C-1052 de 2001, previamente citada.

10 Acorde con la sentencia C-1052 de 2001 uno de los presupuestos indispensables para la conducencia del concepto de violación es la existencia de un adecuado hilo conductor de la argumentación, de modo que permita comprender el contenido de la demanda y las justificaciones en las cuales se funda.

11 Cfr. Gaceta del Congreso N° 250 de julio 26 de 2006, pág. 23. En esa ocasión se agregó: “No debe perderse de vista que la presión que existe por parte del agresor victimario para lograr un acuerdo conciliatorio que solamente a él beneficia, y la evidente condición de inferioridad del niño, niña o adolescente, son indicativos de la ausencia de consentimiento válido y emocionalmente neutro del agredido.”

12 Cfr. Gaceta del Congreso N° 209 de mayo 25 de 2007, pág. 6.

13 Artículos 42, 44 y 45 de la Constitución, acorde con la Declaración de Ginebra de 1924, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; la Declaración sobre los Derechos del Niño, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 1959; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966 (art. 24); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966 (arts. 10 y 12); y la Convención sobre los Derechos del Niño, noviembre de 1989; entre otras.

14 Igualmente, dentro de los principios generales de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, “Reglas de Beijing”, se plantea como una de las orientaciones fundamentales que “los Estados Miembros procurarán, en consonancia con sus respectivos intereses generales promover el bienestar del menor y de su familia”.

15 Cfr. Gaceta del Congreso N° 250 de julio 26 de 2006, pág. 23.

16 El artículo 33 de la Ley 1142 de 2007 modificó el 229 de la Ley 599 de 2000, aumentando la pena de prisión de 4 a 8 años en el caso de la violencia intrafamiliar.

17 Coetánea a la pena privativa de la libertad, procede la imposición de la multa en las

conductas de maltrato mediante restricción a la libertad física y ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad (arts. 230 y 230A del Código Penal).

19 Cfr. arts. 373 y 380 L. 906 de 2004, entre otros.

20 Norma que guarda concordancia con diferentes instrumentos internacionales que no sólo lo contemplan, sino que avalan eventuales formas de restringirla, entre otras, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (arts. 1°, 3°, 4°, 9° y 13), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (arts. I y XXV), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, (arts. 8°, 9°, 10 y 11), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1978 (arts. 6° y 7°).

21 T-490 de agosto 13 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

22 C-327 de de julio 10 de 1997, M. P. Fabio Morón Díaz.

23 C-123 de febrero 17 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

24 C-318 de abril 9 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

25 Ver, entre otras, las sentencias C-106 de marzo 10 de 1994, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, C-327 de 1997 ya citada, C-425 de septiembre 4 de 1997, M. P. Fabio Morón Díaz, C-774 de julio 25 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar y C-318 de 2008, previamente citada.

26 El artículo 310 original de la Ley 906 de 2004, consagraba que “además” de la gravedad del hecho y la pena imponible, debían tenerse en cuenta: 1) la continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales; 2) el número de delitos imputados y su naturaleza; 3) el hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional; y, 4) la existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o culposos.

27 Cfr., Gaceta del Congreso N° 250 de julio 26 de 2006, pág. 27.

28 Cfr., Gaceta del Congreso N° 250 de julio 26 de 2006, pág. 27.

29 Cfr., Gaceta del Congreso N° 209 de mayo 25 de 2007, pág. 21.

30 C-1052 de 2001, previamente citada.

31 Salvamentos de voto de los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería y Alfredo Beltrán Sierra.