

Sentencia T-672/13

Referencia:

Expediente T-3.913.429

Demandante:

Alberto Torres Cadena, Fiscal 6° Seccional de la Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes de Simití – Bolívar

Demandados:

Juzgados 1° Promiscuo Municipal y Promiscuo de Familia del Circuito de Simití – Bolívar

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil trece (2013).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 25 de abril de 2013, que confirmó el dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, el 14 de febrero de ese mismo año, mediante el cual denegó por improcedente el amparo solicitado, dentro de la acción de tutela promovida por Alberto Torres Cadena, Fiscal 6° Seccional de la Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes de Simití - Bolívar, contra los Juzgados Primero Promiscuo Municipal y Promiscuo de Familia del Circuito de ese mismo municipio.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El accionante pretende la protección del derecho fundamental al debido proceso de un adolescente desmovilizado (en la actualidad con 24 años de edad) que investiga por la presunta comisión del delito de rebelión, cuya vulneración le atribuye a los Jueces Primero Promiscuo Municipal y Promiscuo de Familia del Circuito de Simití

– Bolívar, por cuanto estima que éstos, al no impartirle legalidad a su solicitud de aplicación del principio de oportunidad, incurrieron en vías de hecho por defecto material o sustantivo y por desconocimiento del precedente judicial, en la medida en que desatendieron el carácter preferente de dicho principio, pasaron por alto la prevalencia de los derechos de los niños y no le dieron el tratamiento de víctima del conflicto armado, en las decisiones proferidas tanto en primera como en segunda instancia, respectivamente, dentro de una actuación cuyo conocimiento les correspondió a dichos operadores jurídicos, como juez de control de garantías y juez de conocimiento del recurso de apelación, en su orden.

2. Reseña fáctica

Los hechos narrados por el accionante se sintetizan así:

2.1. El joven LMB¹, al parecer, formó parte de la compañía Los Tiburones del Bloque Central Bolívar de las Autodefensas Unidas de Colombia “AUC”, la que lo reclutó siendo menor de edad².

2.2 Luego de un tiempo, se presentó de manera voluntaria, al Programa de Atención al Desmovilizado y manifestó su decisión de abandonar sus actividades como miembro de dicha organización. El 14 de julio de 2010 suscribió el acta de desmovilización voluntaria y la constancia de buen trato. El Comité Operativo para la Dejación de las Armas –CODA-, del Ministerio de Defensa Nacional, le expidió el certificado correspondiente, haciéndolo acreedor de los beneficios previstos en la Ley 418 de 1997³ y en el Decreto Reglamentario 128 de 2003.⁴

2.3. La Unidad de Fiscalías Delegada ante los Jueces Penales para Adolescentes de Bogotá, D.C., que adelantaba la investigación contra LMB, por la presunta comisión del delito de rebelión, la remitió por competencia - factor territorial, a la Dirección Seccional de Fiscalías de Cartagena, quien, a su vez, la envió al accionante, en su calidad de Fiscal Seccional de Simití – Bolívar, mediante oficio 3761 de 28 de abril de 2011, el cual recibió el 13 de mayo de ese mismo año⁵.

2.4. El actor procedió a adelantar las acciones necesarias para entrar en contacto con LMB. El 16 de mayo de 2011, libró la orden pertinente a la Policía Judicial de San Martín de Loba, Bolívar, requirió respuesta a la misma el 6 de octubre de esa anualidad y obtuvo contestación negativa respecto de la localización del indiciado.

¹ En guarda de la reserva de la identidad del adolescente indiciado, ordenada por el artículo 153 del CIA, en esta sentencia se hará referencia a él con las letras LMB.

² Nació el 7 de agosto de 1988.

³ Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones. Prorrogada si vigencia, por el artículo 1, de la Ley 548 de 1999. Modificada parcialmente por la Ley 782 de 2002. Reglamentada por el Decreto Nacional 128 de 2003. Reglamentada por el Decreto Nacional 2767 de 2004. Reglamentada por el Decreto Nacional 1059 de 2008. Reglamentada por el Decreto Nacional 1980 de 2012

⁴ Por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la sociedad civil. Modificado parcialmente por el Decreto Nacional 1059 de 2008.

⁵ Ver folios 25 y 26.

2.5. Al contar con el mínimo acervo probatorio para seguir adelante con la investigación y teniendo en cuenta que se trataba de un menor de edad, considerado como víctima del conflicto armado, el 28 de mayo de 2012, impartió aplicación al principio de oportunidad, consagrado en los artículos 174 y subsiguientes de la Ley 1098 de 2006⁶, en concordancia con la Ley 906 de 2004⁷, dentro de la indagación CUI 13744600132320110025.

2.6. El Juez Primero Promiscuo Municipal de Simití – Bolívar, con funciones de control de garantías, por fuera de los términos previstos en el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal⁸, negó la legalidad de la aplicación del principio de oportunidad. Para ello sostuvo que: (i) la investigación no había nacido a la vida jurídica ante la falta de imputación, (ii) la aplicación del principio de oportunidad es una terminación anormal del proceso, (iii) la fiscalía puede archivar la investigación y (iv) no estaban demostradas las causales contenidas en el artículo 324 del CPP y el 175 del CIA⁹.

2.7. A juicio del Fiscal accionante, la sola certificación del Comité Operativo para la Dejeción de las Armas -CODA- del Ministerio de Defensa Nacional bastaba para demostrar la militancia del adolescente en las filas de las AUC y, por tratarse de un menor de edad víctima del conflicto armado y no actor del mismo, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, no se imponía exhibir una serie de documentos que acreditaran los supuestos previstos en el artículo 175 del CIA para la aplicación del principio de oportunidad.

2.8. El ahora demandante apeló la negación del principio de oportunidad y la Juez Promiscuo de Familia del Circuito de Simití – Bolívar confirmó tal decisión. Acogió en su totalidad los argumentos del a-quo y no abordó los esgrimidos por el censor en la sustentación del recurso.

2.8. El accionante asegura que se satisfacen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra las decisiones judiciales que censura.

2.9. En cuanto a los requisitos especiales de procedencia de la acción que promueve, estima que en ambas instancias se desconoció el precedente de la Corte Constitucional fijado respecto del alcance del derecho fundamental al debido proceso, en tanto no se le dio a LMB el tratamiento de víctima del conflicto armado, por su condición de menor de edad, lo cual pone de manifiesto que los jueces aplicaron la ley penal y procesal penal limitando su alcance, para optar por no darle viabilidad a la aplicación del principio de oportunidad que, por mandato de los artículos 250 superior, 174 del CIA y de la sentencia C-203 de 2005, es preferente frente a los menores.

⁶ Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

⁷ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

⁸ Art. 327. “El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad de las solicitudes individuales o colectivas respectivas dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad. (...)”.

⁹ Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006.

2.10. Plantea el actor que si bien el CIA no incorpora un catálogo especial de causales para la aplicación del principio de oportunidad, en virtud del principio de integración normativa dispuesto en el artículo 144, ibídem, debe entenderse que las causales previstas en el artículo 324 de la Ley 906 de 2004 son perfectamente aplicables a los adolescentes, siempre que no sean contrarias a su interés.

2.11. Respecto de las causales previstas en el artículo 175 del CIA, exclusivamente para adolescentes que han intervenido en delitos cometidos por grupos armados al margen de la ley, el accionante considera que ellas buscan que al adolescente, ex integrante de tales grupos, se le haga un juicio de reproche de menor intensidad, que no implique una eliminación total de su capacidad de culpabilidad, pues, de lo contrario, la respuesta procesal no sería la aplicación del principio de oportunidad sino otra.

3. Las pretensiones

El accionante solicita:

“Tutelar el derecho fundamental al debido proceso, en concordancia con el interés superior del menor, a favor del joven [LMB]. Consecuentemente con ello se revoque la decisión adoptada por el señor Juez Primero Promiscuo Municipal de Simití, la cual fue confirmada por la señora Juez Promiscuo de familia de Simití, y en su lugar se ordene al juez de control de garantías accionado que de aplicación a los presente (sic) jurisprudenciales y a las normas legales que rigen el principio de oportunidad para el caso de los adolescentes infractores de la ley penal, dentro de la investigación que la Fiscalía Seccional No. 6 de Simití adelanta al adolescente [LMB], tal y como lo solicitó el ente de persecución penal el 28 de mayo de 2012.”.

4. Pruebas

Las pruebas relevantes aportadas al trámite de tutela, todas de origen documental, son las siguientes:

-Fotocopia del oficio núm. 121 del 28 de febrero de 2010 dirigido por la Fiscal Jefe de la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales para Adolescentes, con sede en Bogotá D.C., a la Dirección Seccional de Fiscalías de Cartagena, mediante el cual le remite el acta de entrega voluntaria de LMB para la asignación del caso al fiscal competente para conocer de su desmovilización con fines de judicialización (folio 18 cuaderno de tutela Sala Civil Familia Tribunal Superior de Cartagena).

-Fotocopia del acta de vinculación voluntaria al proyecto de búsqueda, identificación y atención a los menores presuntamente desvinculados dentro del

proceso de negociación con las AUC, fechada el 14 de julio de 2010 y suscrita por LMB (folios 19 y 20, *ibídem*).

-Fotocopia de la constancia de buen trato durante el desarrollo de la entrevista, fechada el 10 de agosto de 2010, y suscrita por LMB (folio 21, *ibídem*).

-Fotocopia de la contraseña de la cédula de ciudadanía de LMB. En ella se anota como fecha de su nacimiento el 7 de agosto de 1988 (folio 22, *ibídem*).

-Fotocopia del oficio núm. 9253/MDN-PAHD-JURIDICA mediante el cual el Secretario Técnico del CODA del Ministerio de Defensa, informa al Director Seccional de Fiscalías – Unidad de Infancia y Adolescencia sobre la vinculación de LMB al Programa de Atención Humanitaria al Desmovilizado, previa manifestación de su voluntad individual de abandonar sus actividades como miembro de las AUC, Bloque CCB Sur de Bolívar a las que perteneció desde julio de 2005 en su condición de menor de edad (folio 23, *ibídem*).

-Fotocopia de la certificación núm. 1696-2010, acta [16] del [21 de octubre de 2010], expedida por el Secretario Técnico del Comité Operativo para la Dejación de las Armas – CODA- del Ministerio de Defensa Nacional sobre: (i) la manifestación de voluntad de LMB de acogerse al programa de búsqueda, identificación y atención a menores desvinculados de las AUC, (ii) su vinculación al Bloque CCB Sur de Bolívar de las AUC, siendo menor de edad, desde julio de 2005 y su desvinculación en esa condición el 30 de enero de 2006, (iii) la ratificación ante los funcionarios del Programa de Atención Humanitaria al Desmovilizado de su voluntad de abandonar la organización armada al margen de la ley “*no habiendo tenido otra oportunidad para desvincularse*”, y (iv) su compromiso de no delinquir dentro de los dos años siguientes a partir del otorgamiento del beneficio (folio 24, *ibídem*).

-Fotocopia del oficio núm. 3761 del 28 de abril de 2011 mediante el cual la Directora Seccional de Fiscalías de Cartagena – Bolívar le remite al Fiscal accionante, entre otros, el informe de desvinculación para fines de judicialización y decisión del CODA, correspondiente a LMB (folios 25 y 26, *ibídem*).

-Fotocopia del programa metodológico implementado en la investigación adelantada contra LMB (folios 27 y 28, *ibídem*).

-Fotocopia del oficio núm. 0158 del 16 de mayo de 2011 dirigido por el Fiscal accionante al Director SIJIN de San Martín de Loba – Bolívar, mediante el cual le remite las órdenes de trabajo impartidas para entrevistar a LMB y elaborar su álbum fotográfico, biográfico, morfológico y decadactilar (folios 29 a 34, *ibídem*).

-Fotocopia del oficio núm. 0388 del 6 de octubre de 2011, mediante el cual el fiscal accionante requiere al director de la SIJIN para que rinda información sobre el cumplimiento de las órdenes de trabajo y del oficio de respuesta (folios 32 y 33, *ibídem*).

-Fotocopia del formato de investigación de campo diligenciado por la SIJIN, en el que se da cuenta de la consecución del formato de preparación de cédula de ciudadanía de LMB y de la imposibilidad de localizarlo para realizar la entrevista ordenada. Se acompaña fotocopia del formato de preparación del documento de identificación (folios 34 a 37, *ibídem*).

-Fotocopia del formato de solicitud de aplicación de principio de oportunidad debidamente diligenciado por el fiscal accionante (folios 38 a 42, *ibídem*).

-Fotocopia del acta de la audiencia preliminar de aplicación del principio de oportunidad adelantada por el Juez Primero Promiscuo Municipal de Simití – Bolívar, en la que no se impartió legalidad a la solicitud (folio 48, *ibídem*).

-Fotocopia del acta de la audiencia adelantada por la Juez Promiscuo de Familia del Circuito de Simití – Bolívar en la que, por vía de apelación, confirmó la decisión que negó la aplicación del principio de oportunidad (folio 49, *ibídem*).

-Ocho (8) CDS con la grabación del audio de las audiencias antes referidas (folios 50 a 57, *ibídem*).

5. Oposición a la demanda de tutela

La Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, quien inicialmente conoció de la acción de tutela en primera instancia, admitió la demanda, ordenó su notificación tanto a los Juzgados Primero Promiscuo Municipal y Promiscuo de Familia del Circuito de Simití – Bolívar, como al adolescente LMB a quien vinculó considerando su interés directo en las resultas del proceso. También dispuso la notificación del Procurador y el Defensor de Familia.

5.1. Contestación del Juez Primero Promiscuo Municipal de Simití – Bolívar (con funciones de control de garantías)

Solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela por las siguientes razones:

-La Fiscalía no vinculó al indiciado a la causa a través de la audiencia de imputación de cargos, razón por la cual, a su juicio, el ente investigador tiene la facultad de archivar la indagación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 del C. de P.P., en concordancia con el 175, *ibídem*.

-En el caso examinado no se satisfacen las causales previstas en el artículo 175 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en concordancia con el parágrafo 2 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004¹⁰.

¹⁰ “Parágrafo 2°. La aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión será proferida por el Fiscal General de la Nación o por quien él delegue de manera especial para el efecto.”

En cuanto a la aseveración del accionante en el sentido de que el juez de garantías excedió los términos para pronunciarse sobre la legalidad del principio de oportunidad, porque la solicitud se presentó el 31 de mayo de 2012 y la audiencia se celebró el 25 de julio de ese mismo año, expresó que tal situación no es violatoria del debido proceso pues las diligencias se programan conforme a la agenda existente y en el expediente no obra ningún requerimiento o vigilancia administrativa por parte del fiscal accionante que impusiera la anticipada programación de la audiencia.

Calificó de contradictoria la queja del fiscal por la inobservancia de los términos, cuando la presente investigación, conducida por él, se inició el 28 de febrero de 2010, la recibió el 13 de mayo de 2011 y la penúltima actuación se realizó el 13 de octubre de 2011, en virtud de lo cual transcurrieron 7 meses y 13 días sin realizar gestión alguna.

Resaltó que si la investigación se inició el 28 de febrero de 2010, la Fiscalía tenía plazo hasta el 28 de febrero de 2012 para formular imputación u ordenar, motivadamente, el archivo de la indagación, lo cual no hizo.

Destacó que, por su parte, se respetaron todas las garantías procesales, porque se observó la ritualidad legal dispuesta para la diligencia, se atendió la solicitud de la fiscalía y se le permitió ejercer los recursos ordinarios contra la decisión tomada, la cual fue confirmada en segunda instancia.

Advirtió que no están dadas las exigencias previstas por la Corte Constitucional en sus sentencias para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, más aun cuando la decisión adoptada está amparada por los aciertos de legalidad, sustentada tanto fáctica como jurídicamente, y alejada de cualquier arbitrariedad o capricho, porque *“...no toda irregularidad procesal ni toda imprecisión judicial, ni mucho menos cualquier discrepancia interpretativa conllevan, por sí mismas, el quebrantamiento del debido proceso”*.

5.2. Contestación de la Juez Promiscuo de Familia del Circuito de Simití – Bolívar

Luego de hacer un recuento de los hechos que fundamentan la demanda de amparo y de comentar aspectos puntuales sobre el alcance del principio de oportunidad, la funcionaria expresó que los elementos materiales y las evidencias probatorias presentadas por el Fiscal accionante no permiten impartir legalidad al principio de oportunidad solicitado en favor del adolescente indiciado, hoy mayor de edad, porque no se le vinculó como imputado dentro del proceso penal y, además,

tampoco se satisface lo dispuesto en el párrafo 2° del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal ó Ley 906 de 2004¹¹.

Explicó que, a su juicio, el principio de oportunidad será aplicable en todos los casos en los que se constate una pena menor de 6 años y la reparación integral de la víctima, pues la competencia para delitos con pena privativa de la libertad superior a 6 años es del Fiscal General de la Nación o de quien éste delegue expresamente. Por tanto, concluyó que, como el delito de rebelión tiene pena privativa de la libertad de 6 a 9 años, excede los 6 años mínimos exigidos.

Destacó que observó el debido proceso en el trámite y decisión del recurso de apelación interpuesto contra la decisión del a-quo de no impartir legalidad al principio de oportunidad solicitado por el accionante, pues concedió la palabra a todos los sujetos procesales, iniciando por el actor, y ninguno hizo uso de ella, lo que, en su criterio, torna improcedente la acción de tutela al ejercerla para revivir oportunidades pasadas, desatendidas por inactividad del mismo interesado.

Insistió en que el accionante es quien desconoce el debido proceso porque la entrega voluntaria se presentó el 14 de julio de 2010 y solo hasta el 31 de mayo de 2012 procedió a tramitarla, cuando ya el adolescente había alcanzado la mayoría de edad, sin explicar la razón de ello.

En cuanto a lo expresado por el accionante en el sentido de que actuó como juez de conocimiento, desconociendo que su papel es el de juez de control de garantías en segunda instancia, reiteró que en ningún momento ejerce funciones de control de garantías, solamente de conocimiento en el sistema de responsabilidad de infancia y adolescencia, así como lo reglamenta el artículo 167 del CIA¹².

Concluyó que se está ante un típico caso en el que se materializa el inadecuado uso de la acción de tutela, pues el presunto afectado pretende que, en lugar de seguir el procedimiento establecido tanto en las normas como en la jurisprudencia, sea el juez constitucional quien entre a dirimir una controversia que le es ajena por escapar de su órbita de competencia. Por tanto, solicitó la denegación del amparo solicitado.

II. LAS SENTENCIAS DE TUTELA

1. Primera instancia

La Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, mediante sentencia proferida el 26 de septiembre de 2012, declaró improcedente la acción de tutela bajo estudio y exhortó a los funcionarios intervinientes a que, de

¹¹ “Párrafo 2°. La aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión será proferida por el Fiscal General de la Nación o por quien él delegue de manera especial para el efecto.”

¹² “Art. 167 CIA. Se garantizará que al funcionario que haya ejercido la función de juez de control de garantías en un determinado proceso de responsabilidad penal juvenil respecto por determinado delito, no se le asigne el juzgamiento del mismo”.

cara a los preceptos constitucionales que establecen el debido trámite al presente asunto, lo adelanten de acuerdo con las normas y procedimientos vigentes a la fecha de los hechos.

Adoptó tal decisión por cuanto, en su criterio, el accionante cuenta con otro medio de defensa judicial, puesto que, ante la decisión de no impartir legalidad al principio de oportunidad, bien puede volver a solicitarlo al momento de tener elementos materiales probatorios y evidencia física que pruebe los supuestos de hecho exigidos en los diversos numerales del artículo 175 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

También consideró que el accionante, Fiscal 6 Seccional de la Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes, no tiene facultades para adelantar la investigación de los hechos, pues la competencia está asignada exclusivamente al Juez de Menores, de conformidad con lo previsto en el Decreto 2737 de 1989 ó Código del Menor, en atención a que la vinculación y desvinculación del menor del Bloque Central de Bolívar de las Autodefensas Unidas ocurrió entre julio de 2005 y enero de 2006, cuando aún no había sido expedida la Ley 1098 de 2006, que se promulgó el 8 de noviembre de ese mismo año y entró a regir seis meses después, sin que, tampoco, estuviera vigente el sistema de responsabilidad penal para adolescentes que solo entró a regir en agosto de 2009 en el departamento de Bolívar.

2. Impugnación

Al notificarse personalmente de la sentencia de primera instancia, el accionante impuso debajo de su firma la palabra “impugno”. Con todo, mediante escrito dirigido posteriormente al juez de segunda instancia solicitó la revocatoria del fallo censurado y la concesión de la acción de tutela.

Argumentó que, si bien el ingreso del adolescente al grupo insurgente se dio en el año de 2005, antes de la vigencia de la Ley 1098 de 2006, esta última legislación debe ser la aplicable, dada su naturaleza protectora y más favorable para los intereses del adolescente, de aplicación preferente según mandato incorporado en todos los tratados de derechos humanos en materia de infancia y adolescencia suscritos por Colombia.

Insistió en que el juez de tutela solo tuvo en cuenta que el adolescente inició sus actividades como miembro del grupo armado ilegal en el año 2005, es decir bajo la vigencia del Decreto 2337 de 1989 ó Código del Menor, sin advertir que el delito de rebelión es de ejecución permanente por lo cual, *“al parecer, esas actividades las continuó realizando hasta el 14 de julio de 2010”*, fecha en que suscribió el acta de desvinculación voluntaria, ya en vigencia de la Ley 1098 de 2006 ó Código de la Infancia y la Adolescencia.

Finalmente afirma que la decisión cuestionada le restó favorabilidad al Código del Menor caracterizado, en su opinión, por los efectos del sistema inquisitivo, bajo el cual el juzgador adelantaba el proceso en sus etapas de indagación, investigación y

juzgamiento, considerando que el menor de 18 años era inimputable penalmente, entendiéndose con ello que los menores de edad tenían menguada su capacidad.

3. Segunda instancia

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante proveído del 21 de noviembre de 2012, declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que admitió la presente acción, sin perjuicio de la validez de las pruebas practicadas, en los términos del artículo 146 del Código de Procedimiento Civil.

Adoptó tal decisión porque siendo los accionados los Juzgados Promiscuo Municipal y Promiscuo de Familia del Circuito de Simití – Bolívar, ambos en ejercicio de sus funciones dentro del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, su superior funcional es la Sala de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena y no la Sala Civil-Familia de dicha corporación, por lo que la primera era la competente para conocer del amparo.

Dedujo de lo anterior que si la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, no tenía atribuida la competencia para conocer y decidir en primera instancia la acción de tutela presentada, ello supone, por contera, que la Sala de Casación Civil tampoco lo está para conocer de la impugnación.

4. Nueva sentencia de primera instancia

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, mediante auto de 1° de febrero de 2013 admitió nuevamente la demanda de tutela, dispuso tener como pruebas los informes rendidos por las entidades accionadas, allegar aquellas necesarias para un mejor proveer¹³ y ordenó, por secretaría, que se comunicara a las partes la presente decisión por el medio más expedito.

De las pruebas recaudadas estableció que la ocurrencia de los hechos, por los que se requiere penalmente al adolescente LMB, son anteriores a la entrada en vigencia del Código de la Infancia y la Adolescencia ó Ley 1098 de 2006, que comenzó a regir seis meses después de su promulgación, la cual se realizó mediante la inserción en el Diario Oficial 46.446 de 8 de noviembre de ese mismo año, quedando en evidencia que, para la fecha de ocurrencia de los sucesos expuestos por vía de tutela, la normatividad que gobernaba la participación de los menores de edad en conductas punibles era el Decreto 2737 de 1989 ó Código del Menor. Citó en su apoyo los artículos 167 y 178, ibídem.

Determinó, por tanto, que el Fiscal No. 6 Seccional de la Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes de Simití – Bolívar carecía de competencia para adelantar la indagación respecto de la conducta punible atribuida al adolescente, en virtud de lo cual tampoco podía poner tal situación en

¹³ Folio 8 cuaderno de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

conocimiento o a disposición del Juzgado Promiscuo Municipal de Simití – Bolívar, toda vez que no estaba legitimado por el Decreto 2737 de 1989, para conocer de dicha materia, mucho menos como Juez de Control de Garantías, figura inexistente en esa regulación legal.

Sostuvo que el accionante no agotó los mecanismos de defensa judiciales apropiados.

Con fundamento en lo anterior, mediante sentencia de 14 de febrero de 2013, denegó por improcedente la acción de tutela y exhortó a los funcionarios intervinientes, a brindar el trámite debido para el caso sub examine, de acuerdo con los lineamientos normativos, establecidos en el fallo.

5. Impugnación

Al notificarse personalmente de la sentencia de primera instancia, el accionante impuso debajo de su firma la palabra “impugno”. Con todo, mediante escrito dirigido posteriormente a la Secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia y, en su lugar, la declaratoria del amparo constitucional del derecho fundamental al debido proceso.

Argumentó que si bien el ingreso del adolescente al grupo insurgente fue en el año 2005, antes de la vigencia de la Ley 1098 de 2006 ó Código de la Infancia y la Adolescencia, ésta normatividad es la que debe aplicarse por ser más favorable al interés superior del niño, niña y adolescente, aparte de que el delito de rebelión, por el cual se le investiga, es de ejecución permanente y se extiende hasta el momento en el cual el sujeto activo pone fin a su conducta. Esto último permite entender que, *“al parecer, las actividades rebeldes las continuó realizando hasta el 14 de julio de 2010”*, fecha en que suscribió el acta de desvinculación voluntaria, ya en vigencia del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Aseveró que en el acta de vinculación voluntaria y en la constancia de buen trato se observan algunas inconsistencias porque se suscriben en lugares diferentes y en fechas distintas, aparte de que en la certificación del CODA se anota que LMB se vinculó a las AUC en julio de 2005 y se desvinculó de ellas el 30 de enero de 2006, sin tener en cuenta el informe del Programa de Atención Humanitaria que solo indica que perteneció a dicho grupo desde julio de 2005. Además no existe ninguna entrevista que avale la fecha de desvinculación porque LMB no pudo ser localizado por la policía judicial.

Planteó que, si en gracia de discusión se aceptara como fecha de la desvinculación del adolescente LMB del grupo ilegal el 30 de enero de 2006, estaríamos en presencia de un tránsito legislativo, situación que hace factible la aplicación retroactiva del Código de la Infancia y la Adolescencia por ser más favorable, superando el sistema inquisitivo del Código del Menor.

Expresó que el Tribunal se equivocó al considerar que la tutela la interpuso para garantizar su derecho fundamental al debido proceso, cuando está claro que lo hizo como representante del ente investigador, facultado para renunciar a la persecución de la acción penal, en guarda del interés superior del menor y de su derecho fundamental al debido proceso.

Resaltó la existencia de los tratados internacionales sobre los cuales descansa la Ley de Infancia y Adolescencia que sirven de apoyo para llenar los vacíos e inquietudes respecto de la ley y privilegian el interés superior del menor, a quien la jurisprudencia de la Corte Constitucional le da el carácter de víctima del conflicto armado, por lo cual el adolescente investigado reúne los requisitos del artículo 175 del CIA para ser merecedor de la aplicación preferente del principio de oportunidad.

6. Sentencia de segunda instancia

Mediante sentencia del 25 de abril de 2013, la Sala Segunda de Decisión de Tutelas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo impugnado.

De entrada aclaró que al juez constitucional no le compete determinar cuál es la normatividad aplicable al asunto objeto de controversia, si el Código del Menor o el de la Infancia y Adolescencia, pues el debate se ciñó a analizar las decisiones adoptadas por los jueces accionados, de no impartir legalidad a la aplicación del principio de oportunidad solicitado por la Fiscalía, en desarrollo de la investigación adelantada contra el adolescente LMB por el delito de rebelión.

No advirtió la existencia de algún defecto capaz de configurar una causal específica de procedibilidad del amparo, por cuanto encontró que la decisión censurada se sustenta en motivos razonables que eliminan cualquier viso de arbitrariedad, pues las razones esgrimidas por los despachos judiciales accionados para abstenerse de aprobar la aplicación del principio de oportunidad, se avienen a las previsiones contenidas en la normatividad aplicable.

Los argumentos que se contraen a la falta de imputación del indiciado, a la no satisfacción de las exigencias del artículo 174 del CIA, en concordancia con el párrafo 2° del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, pues la pena privativa de la libertad fijada para el delito de rebelión es mayor de seis años, se sustentan en motivos razonables que no alcanzan a desconocer las reglas que informan el debido proceso y los intereses superiores del menor.

Como corolario, puso de presente que la actuación a la cual se refiere el accionante se encuentra aun adelantándose, razón por la cual dentro de la misma puede hacerse uso de los medios idóneos para reclamar el respeto de las garantías que se estiman conculcadas, ya sea insistiendo en la aplicación del principio de oportunidad, siempre y cuando la situación fáctica se adecúe a alguna de las causales previstas en el artículo

324 de la Ley 906 de 2004, o invocando la nulidad de lo actuado conforme lo dispuesto en los artículos 456 y 457 ibídem.

Insistió la Sala Segunda de Decisión de Tutelas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que la acción de tutela no es una tercera instancia, un instrumento alternativo, supletorio o paralelo de la actividad jurisdiccional de administrar justicia, sino un mecanismo excepcional al que solo se puede acudir cuando se han agotado todas las posibilidades dentro del proceso correspondiente, sin que se hubiese logrado subsanar el agravio de la garantía constitucional, salvo que lo pretendido sea evitar un perjuicio irremediable, caso en el cual su efecto es transitorio, circunstancia que no ha sido invocada.

III. LAS DECISIONES DE LOS JUECES DE INSTANCIA CONTRA LAS CUALES SE INTERPONE LA ACCIÓN DE TUTELA

1. La decisión del Juez Primero Promiscuo Municipal de Simití – Bolívar con funciones de control de garantías

Según consta en el acta de la audiencia celebrada el 25 de julio de 2012¹⁴, el Juez Primero Promiscuo Municipal de Simití – Bolívar decidió no impartirle legalidad a la solicitud de aplicación del principio de oportunidad habida cuenta que la Fiscalía no vinculó al indiciado a través de la audiencia de imputación de cargos, en virtud de lo cual cuenta con la facultad de archivar la investigación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 del C. de P.P. Consideró que no se acreditaron las exigencias de las causales señaladas en el artículo 175 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en concordancia con el parágrafo 2 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, obligación a cargo de la Fiscalía.

En el curso de la audiencia el juez de control de garantías insistió en que compete a la Fiscalía demostrar, con elementos materiales, la configuración de cualquiera de las causales previstas en la normatividad citada para la aplicación del principio de oportunidad. Sostuvo que ello no se cumplió a cabalidad porque solo se allegaron documentos relacionados con la remisión de la investigación, el acta de vinculación voluntaria del adolescente al programa de reinserción, la constancia de buen trato, la dejación de las armas, la identificación de LMB, y las órdenes impartidas para lograr su localización.

El acta también da cuenta que, además del juez, en la diligencia participaron la defensora pública, el comisario de familia, y el accionante-fiscal quien apeló la decisión adoptada, recurso que le fue concedido.

2. La apelación

¹⁴ Ver acta a folio 48 del cuaderno principal de tutela.

El fiscal accionante manifestó su inconformidad respecto de los argumentos expuestos por el juez de control de garantías para no impartir legalidad a la solicitud de aplicación del principio de oportunidad.

Sostuvo que la ausencia de imputación no impide aplicar el principio de oportunidad ni mucho menos pedir la preclusión de la investigación, pues la exigencia de su existencia previa en este último evento (preclusión) fue declarada inexequible por la Corte Constitucional en sentencia C-591 de 2005.

Precisó que el principio de oportunidad antes que una forma de terminación anormal del proceso, es un principio rector de aplicación preferente dentro de un contexto procesal en el que se quiere salvaguardar los derechos y garantías fundamentales de los menores que han participado en el conflicto armado y que deben considerarse como víctimas.

Resaltó que la fiscalía solo puede archivar la investigación cuando se constate la ausencia de motivos o circunstancias que permitan su caracterización como delito o indiquen su posible existencia. Y, en este caso la fiscalía cuenta con todo el acervo probatorio para continuar la investigación pero, por tratarse de un adolescente víctima del conflicto armado le resulta aplicable el principio de oportunidad.

Aseveró que el juez de control de garantías se remitió a las causales contenidas en el artículo 324 del CPP, sin que hubiese lugar a ello porque se está investigando a un adolescente por la presunta comisión de un delito de rebelión y el Código de la Infancia y la Adolescencia desarrolla las causales para la aplicación del principio de oportunidad en el artículo 175.

En cuanto a la falta de acreditación de tales causales, el Fiscal alegó que para nadie es un secreto que los menores no han terminado en las filas subversivas por su propio gusto sino mediante la aplicación de la fuerza, la cual se facilita por la situación de vulnerabilidad en que se encuentran.

3. La decisión del Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Simití

El acta de la audiencia celebrada el 3 de septiembre de 2012, con la intervención de la juez de instancia, el fiscal accionante, la defensora de familia y el defensor del indiciado, da cuenta que en esa diligencia se confirmó en todas sus partes la decisión de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Simití – Bolívar de no impartirle legalidad a la solicitud de aplicación del principio de oportunidad.

Fundamentó su decisión en las mismas razones expuestas por el a-quo y en el hecho de que no se satisfacen las exigencias de las causales señaladas en el artículo 175 del CIA, en concordancia con el parágrafo 2 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, que exige para la aplicación del principio de oportunidad que se trate de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la ley no

exceda de 6 años y la pena máxima del delito de rebelión es de 9 años, es decir supera el término.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico a resolver

Establecer si la decisión de no impartir legalidad a la solicitud de aplicación del principio de oportunidad, adoptada por los Jueces Promiscuo Municipal y Promiscuo de Familia de Simití – Bolívar, vulnera el derecho fundamental al debido proceso del adolescente LMB, hoy ya mayor de edad, por desatender el carácter preferente de dicho principio, la prevalencia de los derechos de los menores, y apartarse del precedente constitucional que los reconoce como víctimas del conflicto armado, según lo afirma el actor, más aún cuando el juez de tutela asevera que los hechos constitutivos del delito de rebelión por el cual se le investiga, ocurrieron bajo la vigencia del Código del Menor y no del Código de la Infancia y la Adolescencia que consagra el referido principio.

Para resolver la cuestión planteada, corresponde a la Sala examinar previamente temas como: **(i)** la legitimación por activa en la acción de tutela; **(ii)** la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales; **(iii)** el principio de oportunidad en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes; **(iv)** el principio de favorabilidad; **(v)** el Código del Menor y el Código de la Infancia y la Adolescencia; **(vi)** la situación de los menores desvinculados, víctimas y/o victimarios, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional; y **(vii)** la configuración o no, en el caso concreto, del defecto sustantivo y el desconocimiento del precedente constitucional alegado por el accionante, así como el defecto orgánico por falta de competencia.

2.1. La legitimación por activa en la acción de tutela y el alcance general del artículo 44 de la Carta Política

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares, en los casos específicamente previstos por el legislador.

En consonancia con dicho mandato superior, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, “*Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política*”, dispone lo siguiente:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

Respecto de los menores el artículo 44 superior, que consagra sus derechos fundamentales, dispone que “*...Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.*”

De lo dicho se tiene que el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados está legitimado para interponer la acción de tutela por sí mismo, a través de representante o mediante agente oficioso con miras a lograr su amparo, mientras que cualquier persona puede exigir el respeto de los derechos fundamentales de los niños¹⁵.

Ahora bien, en el asunto bajo estudio, el hecho de que el joven contara con la mayoría de edad al momento de presentación de la tutela, no desvirtúa la circunstancia de que los derechos que se pretenden amparar son los presuntamente vulnerados cuando este era menor de edad.

Bajo este entendido, Alberto Torres Cadena, Fiscal 6° de la Unidad de Responsabilidad Penal para adolescentes, está legitimado para interponer la acción de tutela bajo estudio, con miras a lograr el amparo del derecho fundamental al debido proceso del joven LMB, desvinculado de las AUC y a quien investiga por presunta comisión del delito de rebelión, respecto del cual los funcionarios judiciales demandados se negaron a impartirle legalidad a la solicitud de aplicación del principio de oportunidad, pues el hecho generador de la conculcación tuvo ocurrencia cuando el afectado no había alcanzado los 18 años de edad, situación que permite sustentar que, en representación suya, cualquier persona, en este caso el fiscal, presente la acción constitucional.

No obstante, si subsisten dudas sobre la anterior perspectiva de análisis, se observa que la controversia en lo que a legitimidad para presentar la acción de tutela se refiere, también podría estar enfocada como una manifestación de la agencia

¹⁵ Ver sentencia T-143 de 1999.

oficiosa tácita pues, de la condición del joven como víctima del conflicto armado, se evidencia una situación de indefensión por ignorancia y el sometimiento forzado del que fue objeto. En ese orden, cabe la posibilidad de que el fiscal presentara la acción en favor de LMB.

2.2. La procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia

La sentencia C-543 de 1992¹⁶, por medio de la cual se decidió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, resolvió declararlos inexecutable y, por unidad normativa, corrió igual suerte el artículo 40¹⁷ del mencionado decreto. Dicha providencia hizo referencia a la procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales pero solo con carácter excepcional, es decir, que únicamente procede en aquellas circunstancias en que se evidencia una grave actuación de hecho por parte de los jueces ordinarios. Ello, en razón de la necesidad de respetar el principio de cosa juzgada y de preservar la seguridad jurídica, la autonomía e independencia de la actividad jurisdiccional del Estado, así como el sometimiento general de los conflictos a las competencias ordinarias de cada juez¹⁸.

Debido al carácter excepcional y restrictivo de la acción de tutela para controvertir decisiones judiciales, esta corporación, a través de su jurisprudencia, ha establecido unos requisitos generales y especiales de procedencia de la acción constitucional. Los primeros, también llamados requisitos formales, son aquellos presupuestos que, el juez constitucional debe verificar para que pueda entrar a analizar de fondo el conflicto planteado. En cuanto a los requisitos especiales, también llamados materiales, corresponden, concretamente, a los vicios o defectos presentes en la decisión judicial y que constituyen la fuente de vulneración de los derechos fundamentales¹⁹.

¹⁶ M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Al respecto señaló: *“Conclusión forzosa de las consideraciones que anteceden es la inconstitucionalidad del artículo 11 del Decreto 2591 de 1991. Esta norma contraviene la Carta Política, además de lo ya expuesto en materia de caducidad, por cuanto excede el alcance fijado por el Constituyente a la acción de tutela (artículo 86), quebranta la autonomía funcional de los jueces (artículos 228 y 230), obstruye el acceso a la administración de justicia (artículo 229), rompe la estructura descentralizada y autónoma de las distintas jurisdicciones (Título VIII), impide la preservación de un orden justo (Preámbulo de la Carta) y afecta el interés general de la sociedad (artículo 1º), además de lesionar en forma grave el principio de la cosa juzgada, inherente a los fundamentos constitucionales del ordenamiento jurídico. No desconoce la Corte la existencia del artículo 40, perteneciente al mismo decreto del cual hacen parte las normas demandadas, disposición que establece la competencia especial para conocer sobre acciones de tutela cuando esta sea ejercida contra sentencias proferidas por los jueces superiores, los tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Esto genera una obvia e inescindible unidad normativa entre ella y el artículo 11, hallado contrario a la Constitución, puesto que la materia que constituye núcleo esencial de los preceptos no es otra que la examinada en este fallo, es decir, la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales. En desarrollo de lo previsto por el artículo 6º del Decreto 2067 de 1991, la Corte declarará que, habida cuenta de la unidad normativa, también dicho artículo es inconstitucional.”*

¹⁸ Corte Constitucional, T-018 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁹ Sobre el particular, consultar, entre otras, las Sentencias C-590 de 2005, T-789 de 2008, T-217 de 2010 y T-285 de 2010; T-867 de 2011, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

De acuerdo con lo anterior, en la Sentencia C-590 de 2005²⁰, proferida con fundamento en los precedentes recogidos a partir de la Sentencia C-543 de 1992²¹, y reiterada posteriormente, la Corte señaló como requisitos generales, los siguientes:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones²². En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable²³. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración²⁴. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora²⁵. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de

²⁰ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²¹ M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

²² Sentencia 173 del 4 de mayo de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

²³ Sentencia T-504 del 8 de mayo de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

²⁴ Ver entre otras la Sentencia T-315 del 1 de abril de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²⁵ Sentencia T-008 del 22 de enero de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible²⁶. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela²⁷. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.” (Negrilla fuera del texto original).

Verificados y cumplidos los requisitos generales o formales, el juez de tutela debe entrar a estudiar si la providencia acusada ha incurrido, al menos, en uno de los vicios que se han identificado por la jurisprudencia y, por tanto, que ello genere la violación de derechos fundamentales. Estos requisitos especiales o materiales, fueron reiterados en la sentencia T-867 de 2011²⁸, de la siguiente manera:

“a. ...defecto orgánico. El cual se configura cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello. Dicho en otras palabras, tal defecto se estructura en los eventos en que la decisión cuestionada vía tutela, ha sido proferida por un operador jurídico jurídicamente incompetente.

b. ...defecto procedimental absoluto. Que se origina cuando el juez ha actuado completamente al margen del procedimiento establecido, es decir, cuando éste se aparta abiertamente y sin justificación válida, de la normatividad procesal que era aplicable al caso concreto. Sobre este defecto, ha expresado la Corte, que al ignorar completamente el procedimiento determinado por la ley, el juez termina dictando una sentencia contraria a derecho, arbitraria, que vulnera derechos fundamentales. No obstante, también la jurisprudencia ha precisado que

²⁶ Sentencia T-658 del 11 de noviembre de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁷ Sentencias T-088 del 17 de febrero de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y SU-1219 del 21 de noviembre de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁸ MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

para configurar el defecto, el desconocimiento del procedimiento debe atender a los siguientes requisitos: (i) debe ser un error trascendente y manifiesto, que afecte de manera grave el derecho al debido proceso y tenga a su vez una influencia directa en la decisión de fondo adoptada; y (ii) y que la deficiencia no resulte atribuible al afectado.

Así, por ejemplo, la Corte ha encontrado que se configura un defecto procedimental, en los siguientes casos: (i) cuando se deja de notificar una decisión judicial a raíz de lo cual la parte pierde arbitrariamente la oportunidad de controvertir dicha decisión. Sin embargo, si la falta de notificación no tiene efectos procesales importantes, o si se deriva de un error del afectado, o si la misma no produjo verdaderamente un efecto real, lo cual puede ocurrir porque el afectado tuvo oportunidad de conocer el acto por otros medios, no procederá la tutela; (ii) cuando existe una dilación injustificada, tanto en la adopción de decisiones como en el cumplimiento de las mismas por parte del juez; cuando la autoridad judicial pretermite la recepción y el debate de unas pruebas cuya práctica previamente había sido ordenada; y (iii) cuando resulta evidente que una decisión condenatoria en materia penal, se produjo como consecuencia de una clara deficiencia en la defensa técnica, siempre que sea imputable al Estado.

c. ...defecto fáctico. Este surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Se estructura, entonces, siempre que existan fallas sustanciales en la decisión, que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso. Según esta Corporación, el fundamento de la intervención del juez de tutela por deficiencias probatorias en el proceso, radica en que, no obstante las amplias facultades discrecionales con que cuenta el juez del proceso para el análisis del material probatorio, éste debe actuar de acuerdo con los principios de la sana crítica, es decir, con base en criterios objetivos y racionales. En ese contexto, La Corte ha explicado que las deficiencias probatorias pueden generarse como consecuencia de: (i) una omisión judicial, como puede ser la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido, presentándose una insuficiencia probatoria; (ii) o por vía de una acción positiva, como puede ser la errada interpretación de las pruebas allegadas al proceso, o la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto, presentándose, en el primer caso, un defecto por interpretación errónea, y en el segundo, un defecto por ineptitud e ilegalidad de la prueba.

En punto a los fundamentos y al margen de intervención que tiene el juez de tutela para configurar la ocurrencia de un defecto fáctico, la Corte ha fijado los siguientes criterios de aplicación:

- *La intervención del juez de tutela, frente al manejo dado por el juez natural es, y debe ser, de carácter extremadamente reducido. El respeto por el principio de autonomía judicial y el principio del juez natural, impiden que en sede de tutela se lleve a cabo un examen exhaustivo del material probatorio.*

- *Las diferencias de valoración que puedan surgir en la apreciación de una prueba no pueden considerarse ni calificarse como errores fácticos. Frente a interpretaciones diversas y razonables, es el juez natural quien debe determinar, conforme a los criterios de la sana crítica, y en virtud de su autonomía e independencia, cuál es la que mejor se ajusta al caso concreto. El juez del proceso, en ejercicio de sus funciones, no sólo es autónomo sino que sus actuaciones están amparadas por el principio de la buena fe, lo que le impone al juez de tutela la obligación de asumir, en principio y salvo hechos que acrediten lo contrario, que la valoración de las pruebas realizadas por aquél es razonable y legítima.*

- *Para que la acción de tutela pueda proceder por error fáctico, “[e]l error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto”²⁹.*

d. ...defecto sustantivo o material. *Se presenta cuando la decisión judicial adoptada por el juez, desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen, al sustentarse aquella en disposiciones claramente inaplicables al caso concreto. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido, que cuando una decisión judicial se soporta en una norma jurídica manifiestamente equivocada, que la excluye del marco de la juridicidad y de la hermenéutica, aquella pasa a ser una simple manifestación de arbitrariedad, que debe dejarse sin efectos, para lo cual la acción de tutela pasa a ser el mecanismo idóneo y apropiado. Al respecto, ha explicado la Corte que tal situación de arbitrariedad se presenta cuando se aplica: (i) una norma inexistente; (ii) o que ha sido derogada o declarada inexecutable; (iii) o que estando vigente, resulta inconstitucional frente al caso concreto y el funcionario se haya abstenido de aplicar la excepción de inconstitucionalidad; (iv) o que estando vigente y siendo constitucional, la misma es incompatible con la materia objeto de definición judicial.*

f. ...error inducido o por consecuencia. *Tiene lugar, en los casos en que el juez o tribunal ha sido víctima de un engaño por parte de terceros, y ese engaño lo conduce a la adopción de una decisión que afecta derechos fundamentales. En estos eventos, la providencia judicial se soporta en*

²⁹ “Sentencia T-590 de 2009.”

hechos o situaciones en cuya realización participan personas obligadas a colaborar con la administración de justicia -autoridades o particulares-, y cuyo manejo irregular induce en error al funcionario judicial, con grave perjuicio para los derechos fundamentales de alguna de las partes o de terceros.

g. ...decisión sin motivación. *Se configura frente al incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido que, precisamente, en tal motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional y, por tanto, de las providencias que les competen proferir.*

h.desconocimiento del precedente judicial. *Se presenta en aquellos casos en los cuales la autoridad judicial, a través de sus pronunciamientos, se aparta del precedente jurisprudencial que le resulta aplicable al caso, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación jurídica que justifique tal cambio de jurisprudencia. Ocurre, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. Se presenta igualmente, cuando el juez del proceso ignora el alcance de una ley, fijado por la Corte Constitucional con efectos erga omnes.*

i. ...violación directa de la Constitución. *La misma tiene lugar, entre otros eventos, cuando, amparada en la discrecionalidad interpretativa, la decisión judicial se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados amparados por la Carta Política.”*

Sobre la base de lo expuesto, la acción de tutela procede excepcionalmente contra providencias judiciales siempre que se cumplan los requisitos generales de procedibilidad, la decisión debatida por esta vía haya incurrido en uno o varios de los defectos o vicios específicos y, a su vez, el defecto sea de tal magnitud que implique una lesión o afectación a los derechos fundamentales del tutelante.

2.3. El principio de oportunidad en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes

El principio de oportunidad es de raigambre constitucional y se encuentra reiterado y desarrollado a través de particulares causales tanto en el Código de Procedimiento Penal como en el Código de la Infancia y la Adolescencia.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 250 de la Carta Política, modificado por el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002,

*“La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. **No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.** Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.(...)”* (Negritas y subrayas fuera del texto).

Al regular el principio de oportunidad, el legislador dispuso en el artículo 323 de la Ley 906 de 2004³⁰, modificado por la Ley 1312 de 2009, que:

*“La Fiscalía General de la Nación, **en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento,** podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este Código para la aplicación del principio de oportunidad.”*

El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el juez de garantías.” (Negritas y subrayas fuera del texto).

En cuanto al momento de su aplicación, el artículo 175 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, establecía que procedía a partir de la formulación de la imputación. Empero dicha norma fue modificada por el artículo 49 de la Ley 1453 de 2011 que solo se refirió al término para formular la acusación o solicitar la preclusión dejando de lado al principio de oportunidad. Con todo, la Ley 1312 del 2009, que reguló lo relacionado con el referido principio, consagró, en el artículo 1º, modificadorio del artículo 323 del CPP, que podrá aplicarse en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento. Es más, el inciso final del artículo 327 del CPP dispone que: *“...La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y sólo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.”*

A partir de esta norma, la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, en su

³⁰ Código de Procedimiento Penal.

publicación “El Principio de oportunidad y la terminación anticipada del proceso en el nuevo sistema procesal penal”, autor Darío Bazzani Montoya, sostiene que su aplicación puede darse en cualquier momento del proceso e incluso antes de que exista proceso en sentido formal³¹. Sobre el mismo tópico, un sector de doctrinantes conceptúa que no existen límites constitucionales temporales para el ejercicio del principio de oportunidad; que *“según jurisprudencia, es posible hacer uso de este instituto procesal incluso durante la primera fase de la indagación, pues se entiende que es precisamente filosofía de la oportunidad el servir de instrumento para solucionar de mejor forma y, por sobre todo, bajo parámetros de eficiencia y respeto de los derechos fundamentales, el conflicto penal respectivo”*³²; y que *“resulta aplicable en cualquier etapa procesal, incluido el juicio habida cuenta que no existe restricción constitucional para ello”*³³.

Para la aplicación del principio de oportunidad, el legislador desarrolló en el artículo 324, ibídem, un número significativo de causales de procedencia sometidas a algunas precisas restricciones previstas en los párrafos desarrollados en la norma. Es decir, estableció varios eventos en los que resulta de recibo pero igualmente destacó otros en los que dicho principio no resulta aplicable.

Por ejemplo, en el caso bajo estudio los jueces cuyas decisiones se atacan por vía de tutela citan el numeral 1° y el párrafo 2° del artículo 324 del CPP que disponen respectivamente lo siguiente:

“1. Cuando se trate de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la ley no exceda de seis (6) años o con pena de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público.

Esta causal es aplicable, igualmente, en los eventos de concurso de conductas punibles siempre y cuando, de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior.”

“Párrafo 2. La aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de seis (6) años de prisión será proferida por el Fiscal General de la Nación o por quien él delegue de manera especial para el efecto.”

³¹ El fiscal puede abstenerse de iniciar, interrumpir o suspender el ejercicio de la acción penal. En este sentido es importante destacar que la aplicación del principio de oportunidad puede darse en cualquier momento del proceso en sentido formal. Así debe entenderse el artículo 327 del Código, el cual consagra que el principio de oportunidad y los preacuerdos deben respetar la presunción de inocencia y proceden cuando exista prueba mínima en relación con la autoría y tipicidad del comportamiento. La determinación de la autoría es exigencia válida en tratándose de negociaciones, pues estas terminan con la renuncia al juicio contradictorio y la imposición de una condena, pero, en relación con la oportunidad, el constituyente no consagró este requisito porque las razones de política criminal que establezca el legislador no exigen en todos los casos dicha determinación.

³² BERNAL CUÉLLAR Jaime y MONTEALEGRE LYNETT Eduardo. El Proceso penal Tomo I. Fundamentos Constitucionales y Teoría General. 6ª ed. Pág. 520.

³³ BAZZANI MONTOYA Darío, citado por GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo. La Oportunidad como Principio Fundante del Proceso Penal de la Adolescencia.

El principio de oportunidad se entiende, entonces, como una institución central del sistema penal acusatorio cuya aplicación compete a la Fiscalía General de la Nación, por razones de política criminal y bajo la supervisión del juez de control de garantías. Se concibe como la antítesis del principio de legalidad, es decir como una excepción a la obligación constitucional atribuida a la Fiscalía de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos delictivos. En virtud de su aplicación puede suspender, interrumpir o renunciar a dicha obligación atendiendo a precisas circunstancias establecidas por el legislador. Además, tiene como fin racionalizar la función jurisdiccional penal.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-673 de 2005, precisó las características del principio de oportunidad, así:

“(i) El Legislador diseñó un modelo acusatorio propio con aplicación del principio de oportunidad reglado; (ii) antes que ser concebido como un simple mecanismo de descongestión de la justicia penal, se buscó con aquel racionalizar la ejecución de la política criminal del Estado; (iii) se establecieron diversos límites normativos y controles materiales judiciales concretos y efectivos al ejercicio de dicho principio, en el sentido de que no quedase su aplicación al completo arbitrio a la Fiscalía General de la Nación; (iv) fue la voluntad del Congreso de la República que el principio de oportunidad se aplicase esencialmente para los delitos “bagatela” pero también que se constituyera en un instrumento para combatir el crimen organizado; y (v) las víctimas fuesen tenidas en cuenta al momento de adoptar una decisión en la materia.”

En la Sentencia C-095 de 2007, la Corte insistió en el carácter excepcional y reglado de dicho principio, además estableció algunos límites al legislador para su configuración, los cuales tienen en cuenta no solo al derecho sustancial sino al derecho internacional. En ella sostuvo lo siguiente:

“(...). A manera de resumen de lo dicho hasta ahora, se tiene que (i) en cuanto al tipo de circunstancias que rodean la comisión de un delito o su investigación o juzgamiento, el legislador tiene amplia facultad de configuración legislativa a la hora de diseñar las causales de aplicación del principio de oportunidad penal, siempre y cuando esas circunstancias respeten parámetros de razonabilidad frente al propósito de racionalizar la utilización del aparato estatal en la labor de persecución penal; (ii) no obstante, respecto de la naturaleza de los delitos frente a los cuales se puede operar el principio de oportunidad penal, por razones que tocan con la dignidad humana, el legislador encuentra un límite explícito en los compromisos internacionales de perseguir las más graves violaciones de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario; (iii) finalmente, el legislador se encuentra limitado por el carácter excepcional y reglado del principio de oportunidad penal diseñado por el constituyente, que le impone diseñar con claridad y precisión

las causales en las cuales puede aplicarse.”

La Ley 1098 de 2006, o Código de la Infancia y la Adolescencia, creó el sistema de responsabilidad penal para adolescentes y lo definió, en su artículo 139, como el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre 14 y 18 años al momento de cometer el hecho punible. En dicho sistema también tiene particular presencia el principio de oportunidad. Si bien conserva su fundamento constitucional y las directrices generales que lo informan, aquí se le reconoce como principio rector de aplicación preferente, en favor del interés superior del niño, la niña y los adolescentes.

Este desarrollo legal abandona la concepción proteccionista del menor que lo asume como sujeto inimputable, para tenerlo ahora como una persona con capacidades y responsabilidad penal por sus actos y consecuencias, aunque disminuida por su propia condición, rodeado por un sistema con garantías constitucionales y legales. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 140 del CIA las medidas tomadas en el proceso de responsabilidad penal del adolescente son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral.

Precisamente, el CIA dio cumplimiento a la Sentencia C-203 de 2005 proferida por la Corte Constitucional en la que determinó que los adolescentes sujetos activos de delitos pueden ser responsables penalmente por sus conductas, tal como lo asumen igualmente los tratados e instrumentos internacionales que los protegen y velan por el amparo de sus derechos, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado mediante la Ley 74 de 1968, las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores o Reglas de Beijing y las reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad.

Particularmente esta sentencia precisó que los menores de edad que se desvinculen del conflicto armado sí pueden ser tratados jurídicamente, a pesar de su calidad de víctimas de la violencia política y del delito de reclutamiento forzado, pues también pudieron cometer hechos ilícitos de gravedad que, a su vez, dejan víctimas y perjudicados, razón por la cual no resultaría acorde con la necesaria protección de estas últimas que tales menores sean excluidos del reproche penal.

En el fallo también se determinó que la existencia y el grado de responsabilidad penal de cada menor implicado en la comisión de un delito durante el conflicto tiene que ser evaluado en forma individual, con la debida atención no solo de su edad y nivel de desarrollo psicológico, sino teniendo en cuenta factores personales, sociales, culturales, fácticos, jurídicos, etc., que se especifican de manera puntual.

El CIA en el artículo 175 dispone que:

“La Fiscalía General de la Nación podrá renunciar a la persecución penal, en los casos en que los adolescentes, en cualquier condición hayan hecho parte de grupos armados al margen de la ley, o hayan participado directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas o en los delitos cometidos por grupos armados al margen de la ley cuando:

1. Se establezca que el adolescente tuvo como fundamento de su decisión las condiciones sociales, económicas y culturales de su medio para haber estimado como de mayor valor la pertenencia a un grupo armado al margen de la ley.
2. Se establezca que la situación de marginamiento social, económico y cultural ni le permitían al adolescente contar con otras alternativas de desarrollo de su personalidad.
3. Se establezca que el adolescente no estaba en capacidad de orientar sus esfuerzos a conocer otra forma de participación social.
4. Por fuerza, amenaza, coacción y constreñimiento.
(...).”

En el sistema de responsabilidad penal para el adolescente el principio de oportunidad conforma una herramienta fundamental para la consecución del interés superior del menor. Por tanto, resulta imperiosa la valoración de las circunstancias particulares en cada caso concreto para determinar cuáles son las medidas conducentes que lo atiendan y materialicen.

No puede perderse de vista que en dicho sistema la aplicación del principio de oportunidad solo resulta admisible ante la demostración de que el adolescente actuó con culpabilidad aunque disminuida por las precisas circunstancias previstas en el artículo 175 del CIA, pues de lo contrario, es decir, si actuó sin ella, no habría lugar a formularle juicio de responsabilidad alguno, siendo del caso el archivo de las diligencias o la preclusión de la investigación.

El principio de oportunidad, entonces, puede aplicarse tanto en la investigación como en el juicio. Parte de la base de una actuación con culpabilidad y la configuración de alguna de las causales previstas en el artículo 324 del C. de P.P. y/o en el artículo 175 del CIA. Y, además, para una cabal aplicación del mismo deben tenerse en cuenta los intereses de la víctima.

2.4. El principio de favorabilidad en materia penal

El artículo 29 de la Carta Política dispone:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación o el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.” (Negritas fuera del texto).

La norma superior consagra el derecho fundamental al debido proceso que el artículo 85, ibídem, reconoce, igualmente, como de aplicación inmediata, del cual hace parte el principio de favorabilidad en materia penal, erigiéndolo dentro del derecho punitivo como principio rector que reivindica la aplicación de la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, sobre la restrictiva o desfavorable.

Este principio de aplicación preferente de la ley permisiva o favorable constituye una excepción a la regla general según la cual las leyes rigen hacia el futuro y dentro de un contexto caracterizado por la sucesión de leyes, que es como en condiciones normales éstas son remplazadas por otras que las derogan, adicionan o modifican. La Corte Constitucional lo explica así:

“Frente a la sucesión de leyes en el tiempo, el principio favor libertatis, que en materia penal está llamado a tener más incidencia, obliga a optar por la alternativa normativa más favorable a la libertad del imputado o inculcado. La importancia de este derecho se pone de presente a la luz del artículo 4° de la Ley 137 de 1994, que lo comprendió entre los derechos intangibles, esto es, inafectables durante los estados de excepción.”³⁴

Varios instrumentos internacionales que forman parte del Bloque de Constitucionalidad también reconocen y privilegian esta prerrogativa.

El artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Ley 74 de 1968, dispone en su artículo 15 que:

“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del

³⁴ Sentencia C-300 de 1994. Sobre la vigencia de esta garantía en cualquier tiempo, ver la sentencia C-200 de 2002.

delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello."
(Negrillas fuera del texto).

De manera casi idéntica al texto antes transcrito, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José, aprobada por Ley 16 de 1972, consagra, en su artículo 9º, el principio de favorabilidad en materia penal.

Desde una perspectiva de orden legal, a nivel interno, la Ley 599 de 2000, mediante la cual se expide el Código Penal, y la Ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, reconocen a la favorabilidad como principio o norma rectora de la ley penal colombiana.

Sobre el alcance de esta garantía la jurisprudencia de esta Corte ha reiterado que su aplicación, en materia penal, procede indistintamente en tratándose de normas sustantivas o procedimentales por cuanto el texto superior no hace distinción alguna al respecto ni establece diferencia que permita suponer un trato diferenciado en relación con la normatividad procesal³⁵.

En lo que tiene que ver con la compatibilidad de las normas establecidas por un nuevo estatuto o por una nueva regulación penal y el principio de favorabilidad, la Corte Constitucional ha establecido que el legislador al señalar la vigencia hacia el futuro de una normatividad de contenido penal, ya sea procesal o sustantiva, no obstaculiza ni restringe la aplicación inmediata de dicho principio porque al prever la vigencia de las normas hacia el futuro, o precisar aspectos temporales en la aplicación de una reforma, se limita a hacer expreso el principio de irretroactividad de la ley penal como expresión del de legalidad. Así lo ha sostenido en las sentencias C-581 de 2001, C-1092 de 2003, C-592 de 2005 y C-801 de 2005, entre otras.

Así mismo, la Corte ha precisado, con fundamento en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que la aplicación del principio de favorabilidad, además de constituir una muestra de respeto y cumplimiento del mandato imperativo del inciso 3º del artículo 29 superior, está sometido a unos presupuestos lógicos, entre los cuales figura el que exige para su viabilidad que se esté frente a supuestos de hechos similares pero que reciben en los estatutos sucesivos en el tiempo, soluciones de derecho diferentes³⁶.

En la Sentencia C-592 de 2005, la Corte Constitucional, previa transcripción de apartes de dos autos proferidos el de 4 de mayo de 2005, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Yesid Ramírez Bastidas y la Magistrada Marina Pulido de Barón, respectivamente, resumió su contenido así:

³⁵ Sentencias C-252 de 2001, C-200 de 2002, C-922 de 2001 y T-272 de 2005, entre otras.

³⁶ Sentencia C-371 de 2011.

“De las anteriores providencias judiciales emanadas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se desprende que para dicha Corporación i) la puesta en marcha gradual del sistema acusatorio de acuerdo con el programa de implantación previsto en el artículo 530 de la Ley 906 de 2004 condujo a una situación particular, en la cual coexisten dos procedimientos distintos y excluyentes que se aplican en el país según la fecha y lugar de comisión del delito: el establecido en la normatividad anterior, a casos por conductas realizadas antes del 1° de enero de 2005 o a partir de esta fecha en Distritos Judiciales donde no opere el sistema acusatorio; y, el nuevo, para delitos cometidos a partir del 1° de enero de 2005 en los Distritos Judiciales seleccionados para comenzar y gradualmente en los demás; ii) Sin que ello signifique descartar la posibilidad de que ciertas normas procesales de efectos sustanciales consagradas en la Ley 906 de 2004 sean aplicadas en razón del principio de favorabilidad en las actuaciones penales que se rigen por la Ley 600 de 2000; **iii) en punto al principio de favorabilidad la Ley 906 de 2004 podría ser aplicada con efectos retroactivos respecto de situaciones anteriores a su vigencia, a condición de que no se refieran a instituciones propias del nuevo modelo procesal y de que los referentes de hecho en los dos procedimientos sean idénticos;** iv) con la anterior interpretación resulta igualmente protegido el derecho fundamental de igualdad de las personas ante la ley, pues todo aquel que se encuentre en la misma situación fáctica será acreedor a la misma consecuencia de derecho, lo cual opera tanto para quienes cometieron el delito antes de entrar en vigor la Ley 906 de 2004 en cualquier lugar del país, como para aquellos que delinquieron o delincan en vigencia de la referida normatividad, (...).” (Negrillas fuera del texto.)

Es más, en sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 13 de abril de 2011, con ponencia del Magistrado Sigifredo Espinosa Pérez se establece que el principio de oportunidad no es aplicable por favorabilidad a los procesos regidos por la Ley 600 de 2000, así:

“...Sobre el particular impera señalar que la jurisprudencia de esta Corporación (2), al igual que la emitida por la Corte Constitucional, ha decantado que figuras jurídicas del sistema penal acusatorio, introducidas mediante el Acto Legislativo No. 3 de 2002 y desarrolladas por la Ley 906 de 2004, pueden aplicarse a procesos adelantados bajo la égida de la Ley 600 de 2000, **siempre y cuando se trate de idénticos institutos, esto es, que el precepto del nuevo estatuto procesal cuya aplicación favorable se invoca, no se entienda solamente en el marco de la nueva sistemática de investigación y juzgamiento.**

Dicha condición surge porque **el principio de favorabilidad es predicable a figuras jurídicas contempladas tanto en la Ley 906 de 2004 como en la Ley 600 de 2000, en tanto ambas coexisten,** y el de igualdad solo se aplica frente a quienes se encuentren en similar situación, atendida la estructura interna

adoptada por cada sistema para desarrollar y concretar las garantías constitucionales previstas en favor del individuo.

No puede ignorarse, por otra parte, que la Ley 600 de 2000 y la 906 de 2004 consagran sistemas procesales expedidos en desarrollo de normas constitucionales diferentes y, por tanto, para establecer si uno de los institutos contemplados en éste puede imbricarse en el otro, es necesario compararlos.

Para este ejercicio, ha de recordarse cómo la jurisprudencia de la Sala –referida a la aplicación favorable de normas de la Ley 906 de 2004 a procesos tramitados por la Ley 600 de 2000–, ha precisado reiteradamente “que ella está condicionada básicamente al cumplimiento de tres requisitos a saber: **(i) que la figura a aplicar esté regulada en ambas legislaciones, sin requerirse para el efecto que lo sea bajo el mismo nomen juris, pues basta una identidad sustancial en torno al fenómeno jurídico inmerso en ambas normatividades.** (ii) que la aplicación de la norma favorable se haga sobre la base de la existencia de similitud de presupuestos fácticos o procesales. Y, (iii) que para hacer efectiva la garantía no se desvertebre o resquebraje el sistema llamado a gobernar la respectiva actuación, vale decir que, entre otras cosas, no se omita algún paso del esquema procesal. O dicho de otro modo, que se aplique la favorabilidad en lo estrictamente necesario. (3)”³⁷

Tal confrontación, tratándose del principio de oportunidad resulta imposible, dado que ésta es una figura exclusiva de la Ley 906 de 2004 frente a la cual, en la Ley 600 de 2000, no existe otra con la cual guarde equivalencia.” (Negrillas y subrayas fuera del texto).

En este punto, es importante resaltar que es necesario llevar acabo el análisis de lo anteriormente mencionado, al ser un tema que plantea el demandante dentro de sus pretensiones, por ende, el mismo debe ser abordado por lo menos de manera general. No obstante, es pertinente aclarar que este criterio de comparación no tiene una fuerza vinculante en el caso examinado por cuanto los estatutos a que se refiere la presente controversia son distintos y en relación con los mismos estarían involucrados los derechos de los niños y su condición de víctimas dentro del conflicto, lo cual hace imprescindible matizar los pronunciamientos de esta corporación al respecto dentro del asunto bajo estudio.

2.5. El Código del Menor y el Código de la Infancia y la Adolescencia

El Código del Menor, o Decreto 2737 de 1989, se elaboró tomando como fundamento los principios previstos en la Convención de los Derechos del Niño; en él se tuvo como principio prevalente el interés superior del menor. Estas pautas, de obligada aplicación en su interpretación normativa, evidencian la filosofía eminentemente protectora que lo caracteriza e identifica, marcada por una

³⁷ Sentencias del 9 de febrero de 2006, radicado 23700. En el mismo sentido radicados 25300 del 23 de mayo de 2006 y 26831 del 15 de mayo de 2008.

concepción según la cual el menor de edad era inimputable pues, atendiendo a criterios principalmente biológicos, no ostentaba la capacidad tanto de comprender a cabalidad la ilicitud de la conducta reprochable desde el punto de vista penal que desarrollara como la de determinarse conforme a dicha comprensión.

Bajo tales parámetros el menor recibía un tratamiento de inimputable, no podía ser considerado culpable y por ende mal podía formularse un juicio de reproche jurídico penal. Su comportamiento solo era estudiado a la luz de la tipicidad y la antijuridicidad más no desde el tópico de la culpabilidad. Se sometía a un procedimiento de orden tutelar, encaminado a su rehabilitación y protección, alejado de todo aspecto o influencia penal propiamente dicha.

Esta concepción condujo a que se le tuviera más como objeto de protección que como sujeto de derecho, privándolo de algunas garantías básicas ostentadas por los mayores, y a que la decisión del juez se fundara en las condiciones personales del infante más que en su conducta o hecho cometido.

Con la expedición de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia, el legislador, entre otros cometidos, buscó ponerse a tono con los instrumentos internacionales que se ocupan de la responsabilidad penal del menor de edad, pasando de un modelo puramente proteccionista y educativo a otro caracterizado por la responsabilidad penal con garantías constitucionales y legales aunque orientado a una finalidad educativa. Es decir, un sistema de responsabilidad penal que si bien lo considera imputable y como tal sujeto a reproche penal, éste es disminuido frente al de los mayores.

2.6. La situación de los menores desvinculados del conflicto armado, -víctimas y/o victimarios-, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

¿Es constitucional que a los menores de edad que han formado parte de los grupos armados al margen de la ley se les procese judicialmente por motivo de los delitos que hubiesen podido cometer en el curso del conflicto armado?

La Corte Constitucional se ocupó del tema en la sentencia C-203 de 2005, al resolver la demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo 2 del artículo 19 de la Ley 782 de 2002³⁸, *“Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones”*.

Determinó que el procesamiento jurídico penal de estos menores no desconoce las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado colombiano, ni es incompatible con la protección especial que merecen por sus condiciones

³⁸ El parágrafo 2° es del siguiente tenor: “Cuando se trate de menores de edad vinculados a los grupos armados organizados al margen de la ley, las autoridades judiciales enviarán la documentación al Comité Operativo para la Dirección de las Armas, el cual decidirá sobre la expedición de la certificación a que hace referencia el Decreto 1385 de 1994 en los términos en que consagra esta ley.”

personales, siempre y cuando se respeten las garantías constitucionales mínimas que les asisten.

Para llegar a tal conclusión adujo que si bien es incuestionable que al haberse producido el reclutamiento de menores, ya en forma forzosa o aparentemente voluntaria, ellos son víctimas del delito de reclutamiento ilícito y en tal calidad ostentan el derecho de asistencia y protección por parte del Estado así como que se judicialice a los responsables, también resulta incuestionable que los menores reclutados pudieron haber llegado a cometer ilícitos de mayor gravedad, lo cual genera víctimas, siendo evidente el derecho constitucional de ellas y de sus familias a la verdad, justicia y reparación.

Tuvo en cuenta igualmente que:

“-La existencia y el grado de responsabilidad penal de cada menor implicado en la comisión de un delito durante el conflicto tiene que ser evaluado en forma individual, con la debida atención no solo a su corta edad y su nivel de desarrollo psicológico, sino también a una serie de factores que incluyen (a) las circunstancias específicas de la comisión del hecho y (b) las circunstancias personales y sociales del niño o adolescente implicado, entre ellas si ha sido, a su turno, víctima de un crimen de guerra de la mayor seriedad; así mismo, en cada caso concreto deberá establecerse (c) el grado de responsabilidad que cabe atribuir a los culpables del reclutamiento del menor que impartieron las órdenes, (d) la responsabilidad de quienes, además de los reclutadores, han obrado como determinadores de su conducta –entre otras, bajo la amenaza de ejecución o de castigos físicos extremos, como se mencionó en acápite precedentes-, y (e) la incidencia de estas circunstancias sobre la configuración de los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad necesarios para la existencia de un delito. También habrá de determinarse en cada caso individual (f) si es posible, por las conductas específicas y concretas del menor involucrado, que su comportamiento configure un determinado delito político a pesar de haber sido reclutado, si fuere el caso, en forma contraria a su voluntad, así como (g) la relación entre la configuración de estos delitos políticos y la posible responsabilidad penal que proceda por los delitos conexos, al igual que (h) las conductas que quedarían excluidas de su órbita, tales como la ferocidad, barbarie, terrorismo, etc. Estos son factores a los que el juzgador individual habrá de conferir la mayor trascendencia dentro de su análisis de responsabilidad. En esta medida, los procesos judiciales que se adelanten en relación con los menores combatientes, si bien deben ser respetuosos de la totalidad de las garantías que rodean el juzgamiento de menores infractores, deben además tener un carácter especialmente tutelar y protectorio de los niños o adolescentes implicados, por su condición de víctimas de la violencia política y por el status de protección especial y reforzada que les confiere el Derecho Internacional en tanto menores combatientes – carácter tutelar que hace imperativa la inclusión de este tipo de consideraciones en el proceso de determinación de la responsabilidad penal que les quepa, así como de las

medidas a adoptar. Todo ello sin perjuicio de la coordinación entre las autoridades judiciales competentes y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, encargados de desarrollar el proceso de protección y reinserción social que ordena la ley.”

También consideró que la exclusión desde un comienzo y de manera general de cualquier clase de responsabilidad penal para los menores combatientes, con fundamento en su mera condición de víctimas del delito de reclutamiento forzoso, desconoce la realidad de la conducta de cada uno de ellos y presupone que no cometen punibles durante el conflicto, distintos al de formar parte de las filas de grupos armados ilegales, y que a lo largo de la contienda no pueden llegar a decidir formar parte en la comisión de reatos, lo cual descartaría su responsabilidad en la eventual participación de delitos atroces.

Razonó que tanto la condición de los menores de víctimas del reclutamiento forzoso, como sus conductas punibles en calidad de victimarios en la contienda armada, deben tener una respuesta enérgica por parte de las autoridades, ya sea brindándole el amparo y la protección necesaria así como la sanción a los responsables en el primer evento, o el reproche cuidadoso a las conductas desarrolladas en la otra situación planteada, en guarda del derecho de las víctimas y sus familiares.

Así mismo calificó de evidente que

“... la mera participación de un niño o adolescente en los hechos de violencia que cometen los menores combatientes surte, necesariamente, efectos psicológicos y sociales de gravedad, que exigen una reacción especialmente protectora y rehabilitadora por parte del Estado – finalidad para cuyo logro puede contribuir, según el caso, entre otros factores, la adjudicación individual de responsabilidad por parte de cada menor implicado y la confrontación personal de la realidad de los hechos, así como el desarrollo cabal de los distintos pasos de su proceso de reconciliación con la comunidad, la sociedad y el Estado. La determinación de la responsabilidad penal de cada menor, y la adopción de las medidas protectoras procedentes puede, así, convertirse en un factor que contribuye significativamente al proceso de resocialización de los menores combatientes que han cometido delitos durante su permanencia en los grupos armados ilegales, si es que tal juzgamiento se lleva a cabo con la debida consideración a las finalidades, objetivos y reglas constitucionales e internacionales que han de orientar su desarrollo, propendiendo siempre por la materialización del interés superior del menor.

En cambio, el procesamiento jurídico-penal de dichos menores sin que se respeten debidamente las garantías y finalidades referidas en esta sentencia equivale, en la práctica, a una doble victimización: en estos casos los niños y adolescentes combatientes no sólo se constituyen en víctimas del delito de reclutamiento forzoso, sino también en víctimas de un tratamiento procesal

penal que no es apropiado para su particular condición, y que puede generar por lo mismo profundos efectos nocivos sobre su desarrollo y reinserción.”

Encontró valiosos los argumentos de los demandantes e intervinientes en el proceso y resaltó que:

“...si un menor ha sido victimizado por un crimen de guerra, en el sentido de haber sido compelido a participar activamente en un grupo armado ilegal, no se ve razón para que posteriormente se procese penalmente a ese mismo menor por el simple hecho de haber formado parte de tal grupo irregular. Esta es una consideración que ha de tenerse en cuenta en cada proceso judicial individual al momento de establecer la responsabilidad del menor implicado, puesto que el carácter forzado del reclutamiento del que dicho menor ha sido víctima puede tener una incidencia, según el caso individual, sobre la configuración de los distintos elementos del delito por el cual se le juzga. Pero al mismo tiempo, recuerda la Corte que el simple hecho de pertenecer al grupo armado no es la única conducta punible que se puede eventualmente atribuir a un menor combatiente – durante su militancia en los grupos al margen de la ley, los menores combatientes pueden llegar a cometer asesinatos, masacres, secuestros, torturas, actos terroristas, extorsiones y hurtos, incurriendo así en violaciones graves de los derechos fundamentales de las personas que caen víctimas de tales actos. Excluir de entrada *todo* tipo de responsabilidad penal por estas conductas cometidas durante el conflicto, con base en el hecho del reclutamiento forzoso del que dichos menores han sido víctimas y sin prestar la debida atención a las circunstancias de cada caso y de cada menor en particular, constituye en la práctica un desconocimiento de los derechos de las otras víctimas generadas a su vez por tales actos. Es más respetuoso de la Constitución Política y de las obligaciones internacionales del Estado que, en cada caso concreto, se evalúe la incidencia de la condición de víctima del delito de reclutamiento forzado sobre la configuración de responsabilidad penal individual, así como las demás presiones y coerciones que pudieran haberse presentado sobre estos menores.”.

En la misma sentencia tuvo el cuidado de resumir en acápite especial las garantías constitucionales mínimas que han de respetar los procesos de juzgamiento de los menores desmovilizados de grupos armados al margen de la ley, las cuales precisó con claridad.

En conclusión, la referida jurisprudencia de la Corte Constitucional establece que si bien es cierto que el menor integrante de un grupo armado al margen de la ley es víctima y, en esa condición su conducta carece, en principio, de reproche penal, no es menos veraz que en determinados casos también es victimario, evento que exige que en su juzgamiento se valoren las circunstancias particulares advertidas por esta corporación a fin de determinar la incidencia de su papel de victimario sobre el de víctima.

2.7. Análisis de procedibilidad de la acción de tutela interpuesta contra las providencias de primera y segunda instancia que negaron la solicitud de aplicación del principio de oportunidad. La configuración o no en el caso concreto del defecto sustantivo o material y el desconocimiento del precedente judicial alegado por el accionante

2.7.1. Presupuestos generales

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional

La situación sometida a consideración de la Sala ostenta la relevancia constitucional requerida, dictada por la necesidad misma de determinar si, eventualmente, el derecho al debido proceso de un joven desvinculado de un grupo armado al margen de la ley, puede resultar comprometido ante la negación de la aplicación del principio de oportunidad solicitado en su favor por el fiscal que lo investiga por la presunta comisión del delito de rebelión, más aún cuando se alega que los jueces de garantía que adoptaron tal decisión desatendieron el carácter prevalente de dicho principio, al igual que la supremacía de los derechos del menor como la jurisprudencia de la Corte Constitucional que lo reconoce como víctima del conflicto.

Igualmente, resalta esta Corte la preponderancia del estudio constitucional sobre la circunstancia de que el juez de tutela alega que los hechos ocurrieron bajo la vigencia de una legislación que no contemplaba la aplicación del principio de oportunidad.

Es evidente, entonces, que una decisión adoptada bajo estos supuestos, puede comprometer derechos fundamentales, siendo necesario que se dirima desde el punto de vista constitucional si ello ocurre o no.

b. Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada

El titular del derecho fundamental cuyo amparo solicita el Fiscal accionante es el menor LMB, hoy mayor de edad. Como tal, este último puede solicitarle al funcionario investigador que insista en la aplicación del principio de oportunidad, facultad reservada por la Constitución a la Fiscalía. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia considera que igualmente puede invocar la nulidad por incompetencia y por violación de las garantías fundamentales previstas en los artículos 456 y 457 del CPP. Pero LMB no ha sido localizado, es decir no ha participado personalmente en la investigación adelantada por la fiscalía.

El fiscal accionante, por su parte, si bien ya agotó la opción legal de pedir el aval del juez de control de garantías para la aplicación del principio de oportunidad, e incluso apeló la decisión negativa sin lograr éxito alguno, puede acudir nuevamente

ante dicho funcionario para que proceda de conformidad, previa acreditación de los supuestos en que se fundamentan la causal o las causales alegadas para ello. Claro está, siempre que resulte competente para adelantar la investigación que cursa, lo cual está por definir.

Con todo, por tratarse de un joven, eventualmente víctima del conflicto armado, aun cuando era menor de edad y por ende, sujeto de especial protección constitucional, la exigencia de este requisito de procedibilidad debe estudiarse en forma más flexible y entenderse como satisfecha en este caso concreto.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez

El Juzgado Promiscuo de Familia de Simití – Bolívar confirmó el 3 de septiembre de 2012 la orden de no avalar la aplicación del principio de oportunidad impartida por el Juez Promiscuo Municipal. Como la acción de tutela objeto de revisión se presentó el día 11 de ese mismo mes y año, es decir a los ocho días de proferida la decisión de segunda instancia, a juicio de la Corte, se encuentra cumplido el requisito de la inmediatez.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, ésta debe tener un efecto decisivo o determinante en la providencia que se impugna y que afecta derechos fundamentales

El accionante estima que se configura esta causal por estar en presencia de las irregularidades procesales siguientes: (i) se profirió una decisión desfavorable para la situación jurídica del menor; (ii) se cuenta con todos los elementos materiales probatorios para seguir adelante con la investigación por tratarse de un comportamiento típico, antijurídico y culpable, lo que impide su archivo, y los jueces accionados esgrimieron la existencia de la figura del archivo de la investigación como razón para negar el principio de oportunidad; y (iii) la exigencia previa de formulación de imputación para conceder el principio de oportunidad desconoce que al joven debe tenersele como víctima del conflicto armado y no como victimario.

Sin embargo, antes de constituir verdaderas irregularidades procedimentales, por tratarse de proceder ajenos al trámite procesal aplicable, los hechos alegados por el accionante como tales guardan evidente relación con tópicos propios del análisis material o sustantivo e incluso con lo atinente a un eventual desconocimiento del precedente constitucional mencionado. Por tanto este requisito referente a la existencia de una irregularidad procesal no requiere verificación en el caso bajo estudio.

e. Que la parte actora identifique tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible

El accionante en tutela explicó, con claridad, la situación fáctica que lo llevó a solicitar el amparo y relacionó como conculcado el derecho fundamental al debido proceso. Es más, atribuyó a los demandados haber incurrido en sus decisiones en vías de hecho por defecto sustantivo o material y por desconocimiento del precedente constitucional, precisando de manera adecuada e inteligible, los fundamentos de su apreciación. Con todo, no puede perderse de vista que interpuso el recurso de apelación contra la decisión que no avaló su solicitud de aplicación del principio de oportunidad, lo que satisface la exigencia de haber puesto de presente los motivos de su inconformidad dentro de la actuación original.

f. Que no se trate de sentencia de tutela

Las decisiones que, a juicio del accionante, constituyen una vía de hecho por defecto sustantivo y desconocimiento del precedente constitucional, se profirieron en primera y segunda instancia por los accionados, quienes actuaron en ejercicio de su competencia de juez de control de garantías y para decidir la apelación interpuesta contra la decisión que negó la aplicación del principio de oportunidad, respectivamente. Es decir no se trata de sentencias de tutela, con lo cual también se encuentra satisfecho este requisito.

2.7.2. Causales específicas de procedibilidad. Defecto material o sustantivo y desconocimiento del precedente

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las autoridades judiciales incurrir en defectos sustantivos en casos como los siguientes:

“(i) cuando la decisión cuestionada se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, es decir, por ejemplo, la norma empleada no se ajusta al caso o es claramente impertinente³⁹, o no se encuentra vigente por haber sido derogada⁴⁰, o por haber sido declarada inconstitucional⁴¹, (ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance⁴², (iii) cuando la interpretación de la norma se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática⁴³, (iv) cuando la norma aplicable al caso concreto es desatendida y por ende inaplicada⁴⁴,

³⁹ Sentencias T-008 de 1998 y T-189 de 2005.

⁴⁰ Ver sentencia T-205 de 2004.

⁴¹ Al respecto, consultar sentencias T-804 de 1999 y T-522 de 2001.

⁴² Esta Corporación, mediante la sentencia T-1244 de 2004 manifestó que la autoridad judicial (juez laboral) había incurrido en una causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales por defecto sustantivo, al negar la indexación de la primera mesada pensional, al argumentar que la norma aplicable no lo permitía, a pesar de que la interpretación que había hecho la Corte Constitucional en varias sentencias de constitucionalidad señalaban el sentido de la norma y la obligación de indexar. Ver también, sentencia T-462 de 2003.

⁴³ Consultar sentencias T-694 de 2000 y T-807 de 2004.

⁴⁴ Corte constitucional, Sentencia T-056 de 2005.

o (v) porque a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecua a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador”⁴⁵.

En cuanto al desconocimiento del precedente judicial la Corte sostiene, en la Sentencia T-760A de 2011, que:

“...constituye un defecto o causal específica de procedibilidad de la acción de tutela, cuando la decisión judicial vulnera o amenaza derechos fundamentales de las partes. En este orden, el precedente vertical y el horizontal (fijados, respectivamente, por el funcionario de superior jerarquía y, por el mismo juez u órgano de similar jerarquía), vinculan al juez, debido a la igualdad de trato jurídico en aplicación de la ley (art. 13 CP), de donde se infiere que la autonomía judicial se encuentra limitada por la eficacia de los derechos fundamentales y en especial por el debido proceso judicial.”.

En esa misma sentencia la Corte recuerda que en materia constitucional el acogimiento y la observancia de la doctrina sentada por la Corporación guardiana de la supremacía e integridad de la Carta Política son obligatorios.

En el caso bajo estudio el accionante sostiene que las decisiones judiciales atacadas contienen un defecto material o sustantivo y desconocen el precedente constitucional, porque en ambas instancias los jueces aplicaron la ley penal y procesal penal limitando su alcance al negar la aplicación del principio de oportunidad, en abierto desconocimiento del carácter de principio rector de aplicación preferente del principio de oportunidad para los menores, de la prevalencia de los derechos de los menores y de la Sentencia C-203 de 2005 que le atribuye la calidad de víctima al menor involucrado en el conflicto armado.

Las limitaciones a las que alude se contraen a que las decisiones objeto de inconformidad se fundamentan en: (i) la exigencia de imputación previa para acceder a la aplicación del principio de oportunidad; (ii) la concepción de que la oportunidad es una forma de terminación anormal del proceso siendo un principio; (iii) el hecho de contar con la opción de archivar la investigación por parte de la fiscalía, y (iv) la falta de acreditación de las causales previstas en los artículos 175 del CIA y 324 del CPP.

Según el planteamiento del accionante cabe entender que el sustento principal de su pretensión es la calidad de víctima del conflicto armado atribuida, a su juicio, al menor desvinculado del mismo, por la Sentencia C-203 de 2005 proferida por la Corte Constitucional, lo que aunado a la naturaleza de principio rector de aplicación preferente que ostenta el principio de oportunidad en el sistema de responsabilidad penal para el adolescente y la prevalencia de los derechos de los menores resulta

⁴⁵ Cfr. Sentencia SU-159 del 6 de marzo de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

suficiente para aplicarlo, requiriendo solo el certificado expedido por el Comité Operativo para la Dejación de las Armas del Ministerio de Defensa Nacional - CODA-, documento idóneo para demostrar la militancia del menor en las filas del conflicto y su desvinculación.

Precisamente en la demanda de tutela lo expresa así:

“Obsérvese su señoría que, tal como consta en los registros de audio, esta fiscalía dentro del material probatorio aportado presento (sic) la certificación que hiciera el Comité Operativo para la dejación de las armas –CODA- del Ministerio de Defensa Nacional, según Acta 1696-2010, del 21 de octubre de 2010, el cual lo hace acreedor de los beneficios consagrados en la Ley 418 de 1997 y el Decreto Reglamentario 128 de 2003. Véase entonces que este documento es suficiente para demostrar la militancia del menor en las filas, y por el solo hecho de tratarse de un menor de edad a criterio de la H. Corte Constitucional; este menor no se puede tomar como actor del conflicto armado si no como víctima, lo cual se presume solo con su dicho al momento en el que se desmoviliza, por tal razón para entrar a demostrar la configuración de alguna de las causales del artículo 175 del CIA, no se imponía exhibir una serie de documentos que mostraran el despliegue de diligencias cuya finalidad fuera comprobar los supuestos contenidos en dicho articulado.”

Se impone, entonces, precisar si en efecto la sentencia aludida le atribuye únicamente la calidad de víctima al menor que ha formado parte de grupos armados al margen de la ley, así como también si no es necesario un mínimo de prueba de las exigencias previstas en las diversas causales establecidas en el artículo 175 CIA para la aplicación del principio de oportunidad.

Tal como se expuso en el acápite IV numeral 2.6, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-203 de 2005, determinó que los menores de edad que se desvinculen del conflicto armado sí pueden ser tratados jurídicamente, esto es pueden ser responsables penalmente por sus conductas, pese a su calidad de víctimas de la violencia política y del delito de reclutamiento forzado, pues resulta incuestionable que pudieron haber llegado a cometer ilícitos de mayor gravedad, lo cual genera víctimas, siendo evidente el derecho constitucional de ellas y sus familias a la verdad, justicia y reparación. Claro está que en su investigación y juzgamiento se deben observar las garantías sustanciales y procesales básicas a que tienen derecho por su triple condición de menor de edad, víctima del conflicto armado especialmente protegido por el Derecho Internacional, y menor infractor de la ley penal.

En dicho fallo también se determinó que la existencia y el grado de responsabilidad penal de cada menor implicado en la comisión de un delito durante el conflicto tiene que ser evaluado en forma individual, con la debida atención no solo de su edad y nivel de desarrollo psicológico, sino teniendo en cuenta factores personales, sociales, culturales, fácticos, jurídicos, etc., que se especifican en dicha providencia.

En conclusión, la referida jurisprudencia establece que si bien es cierto que el menor integrante de un grupo armado al margen de la ley es víctima y, en esa condición su conducta carece, en principio, de reproche penal, no es menos veraz que en determinados casos también es victimario, evento en el que se exige que en su juzgamiento se valoren las circunstancias particulares advertidas por la Corte a fin de determinar la incidencia de su papel de victimario sobre el de víctima. Por tanto, no se está desconociendo el precedente constitucional en los términos alegados por el accionante.

Precisamente, esa necesidad de valorar las circunstancias particulares del menor y su actuación en el grupo armado al margen de la ley para determinar su calidad de víctima o victimario, es la que exige su acreditación racional porque siempre que al ponderar los factores previstos por la Corte se establezca que el adolescente actuó sin culpabilidad, lo que se impone es el archivo de las diligencias y no la aplicación del principio de oportunidad, cuyas causales en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes involucrados en el conflicto armado solo resultan procedentes si se tiene fundado indicio de que el menor actuó con culpabilidad, pero disminuida en razón de las particulares circunstancias de cada caso.

Por tanto, a diferencia de lo que sostiene el accionante, la naturaleza de principio rector de aplicación preferente que ostenta el principio de oportunidad en el sistema de responsabilidad penal para el adolescente, la prevalencia de los derechos de los menores y la certificación del Comité Operativo para la Dejación de las Armas - CODA del Ministerio de Defensa no resultan suficientes para impartir legalidad a la aplicación del principio de oportunidad, en tanto de ellos no se infiere, aún en forma mínima, la calidad de víctima o de victimario del menor o si este actuó con o sin culpabilidad, lo que incide directamente en la valoración de las causales y en la configuración de los supuestos fácticos para su aplicación.

Además, al no estar mínimamente acreditada la causal o causales que configuran la aplicación del principio de oportunidad, que forman parte del debido proceso, no existe presupuesto de derecho para materializar el principio rector de aplicación preferente de la oportunidad que informa el sistema de responsabilidad penal para adolescentes. Igual razonamiento cabe hacer en relación con la inobservada prevalencia de los derechos de los menores.

El Fiscal 6° de la Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes de Simití – Bolívar también le atribuye a los jueces accionados el haber incurrido en sus decisiones en una serie de limitaciones de la ley penal y procesal penal, al haber negado la aplicación del principio de oportunidad que, en su criterio, no se compadecen con la prevalencia del derecho de los menores y la calidad de principio rector de aplicación preferente que ostenta el principio de oportunidad en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes. Tales limitaciones, como ya se dejó expuesto, se refieren a: (i) la exigencia de imputación previa para acceder a la aplicación del principio de oportunidad; (ii) la concepción de que la oportunidad es

una forma de terminación anormal del proceso siendo un principio; y (iii) el hecho de contar con la opción de archivar la investigación por parte de la fiscalía.

En punto de la exigencia de imputación previa para la aplicación del principio de oportunidad cabe precisar que, como se recordó en el acápite IV numeral 2.3, si bien inicialmente el artículo 175 del CPP establecía que procedía a partir de la formulación de la imputación, al modificarse la norma por el artículo 49 de la Ley 1453 de 2011 solo se conservó el término para formular la acusación o solicitar la preclusión dejando de lado al principio de oportunidad. Con todo, la Ley 1312 de 2009, que reguló lo relacionado con el referido principio, dispuso, en su artículo 1°, modificatorio del artículo 323 del CPP, que podrá aplicarse en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento. De otra parte, según la sentencia C-118 de 2008 la etapa de investigación se adelanta en dos fases: la primera, la de indagación, previa a la formulación de la imputación y, la segunda, una preparatoria a juicio. A su turno, el artículo 327, ibídem, dispone que solo procederá si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o la participación en la conducta y su tipicidad. Empero, en algunas de las causales de aplicación del principio de oportunidad previstas en el artículo 324 CPP se refieren expresamente a comportamientos del *“imputado o acusado”*.

Respecto de si la oportunidad es principio o una forma de terminación anormal del proceso, es claro que el artículo 250 superior lo tiene como un principio en virtud del cual la Fiscalía, de manera excepcional, puede suspender, interrumpir y renunciar a la persecución penal, en los casos establecidos por el legislador. Por su parte, el CIA lo concibe en el artículo 174 como principio rector de aplicación preferente. La doctrina lo identifica también como una forma de terminación anticipada del proceso.

Sobre el archivo de las diligencias, al tenor de lo dispuesto en el artículo 79 del CPP, ello procede *“Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal...”*, lo que, en principio, no ocurre en el asunto bajo estudio. Sin embargo, en el parágrafo del artículo 175 del CPP se dispone que *“La Fiscalía tendrá un término máximo de dos años contados a partir de la recepción de la noticia criminis para formular la imputación u ordenar motivadamente el archivo de la indagación”*, y en el asunto bajo estudio si la investigación se inició el 28 de febrero de 2010, la Fiscalía tenía plazo hasta el 28 de febrero de 2012 para formular la imputación u ordenar motivadamente el archivo de la investigación; así lo sostiene el Juez Primero Promiscuo Municipal de Simití – Bolívar en su contestación.

Estos aspectos plasmados por los jueces accionados en sus decisiones y objeto de la inconformidad del fiscal accionante, antes de constituir trascendentes defectos sustantivos con incidencia directa e insuperable en las mismas, resultan imprecisas o desafortunadas apreciaciones o discrepancias interpretativas esgrimidas al resolver una solicitud de aplicación del principio de oportunidad que puede volverse a

intentar. Además, como ya se explicó, la razón principal que tuvieron los accionados para no impartir legalidad al principio de oportunidad fue la de no acreditarse las causales previstas para su procedencia, exigencia que en modo alguno resulta irrazonable y menos aún contraviene el precedente de la Corte Constitucional sentado en la Sentencia C-203 de 2005 por cuanto en ella se precisa que el menor involucrado en el conflicto armado ostenta la calidad de víctima y victimario, según el comportamiento que desarrolle y que debe acreditarse. No se configuran, por tanto, los defectos sustantivo o material y por desconocimiento de precedente constitucional alegados por el accionante.

2.7.3. Causal específica de procedibilidad. Defecto orgánico

Tal como se explicó, este defecto se configura cuando el funcionario judicial actúa sin competencia para ello. Es decir, cuando la providencia objeto de inconformidad y atacada por vía de tutela ha sido proferida por un funcionario judicial incompetente o el proceso dentro del cual ésta se ha dictado se adelanta sin competencia.

El juez de tutela de primera instancia afirma que los hechos ocurrieron bajo la vigencia del Código del Menor o Decreto 2737 de 1989, pues en la certificación expedida por el CODA se anota que el adolescente se vinculó a las Autodefensas Unidas Ilegales (AUI), siendo menor de edad, en julio de 2005 y se desvinculó en esa misma condición el 30 de enero de 2006. Ello significa, a su juicio, que el Fiscal accionante no tenía atribuida la competencia para adelantar la indagación respecto de la conducta punible achacada a LMB, así como tampoco para acudir al Juez Promiscuo Municipal de Simití – Bolívar, con funciones de control de garantías, a fin de solicitar la declaratoria de legalidad de la aplicación del principio de oportunidad, figura inexistente en el Código del Menor, propia del Código de la Infancia y la Adolescencia o Ley 1098 de 8 de noviembre de 2006 que entró a regir 6 meses después.

Frente a este planteamiento el fiscal accionante argumenta que el juez de tutela solo tuvo en cuenta que el adolescente inició sus actividades como miembro del grupo ilegal en el año 2005, es decir en vigencia del Decreto 2737 de 1989 – Código del Menor, sin considerar que el delito de rebelión es de ejecución permanente *“por lo cual, al parecer, esas actividades las continuó realizando hasta el 14 de julio de 2010”*, fecha en que suscribió el acta de vinculación voluntaria al proyecto de búsqueda, identificación y atención a los menores presuntamente no desvinculados dentro del proceso de negociación con las AUC, ya en vigencia de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia.

También alega la existencia de imprecisiones en las actas de vinculación voluntaria y de buen trato porque aparecen suscritas en lugares y meses distintos, aparte de que en el informe de desvinculación con fines de judicialización, dirigido al Director Seccional de Fiscalías de Bogotá, el secretario del Comité Operativo para la Dejación de las Armas – CODA solo se refiere a la fecha en que el adolescente se

vinculó a las AUI del Bloque CCB Sur de Bolívar, para luego incluir en la certificación CODA una fecha de desvinculación, -(30 de enero de 2006)-, la cual no pudo comprobarse pues LMB no se localizó. Pese a ello solicita que, en el evento de determinarse que los hechos ocurrieron bajo la vigencia del Código del Menor, por estar en presencia de un tránsito legislativo, se aplique el Código de la Infancia y la Adolescencia, que consagra el principio de oportunidad, al tratarse de una normatividad más favorable.

En relación con este tópico, resulta menester recordar el trámite que se adelanta con ocasión de la desmovilización o la desvinculación de los mayores y menores integrantes de las organizaciones armadas al margen de la ley.

Con el propósito de alcanzar la paz, buscar la convivencia y la eficacia de la justicia, el legislador colombiano ha establecido diversos mecanismos de desmovilización de los integrantes de los grupos armados al margen de la ley.

Profirió la Ley 104 de 1993, por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones, en la que instituyó la concesión de beneficios jurídicos para las personas que voluntariamente abandonaran los grupos armados.

Con fundamento en dicha ley, mediante Decreto Reglamentario 1385 de 1994, el Presidente de la República creó el Comité Operativo para la Dejación de las Armas – CODA, encargado de realizar la evaluación del cumplimiento de los requisitos exigidos para acceder a los beneficios legales, diseñar los programas de reinserción socioeconómica *“y otorgar o negar los beneficios económicos y sociales a quienes lo soliciten”*. En la misma norma se dispuso que el CODA, en los casos de desmovilizaciones individuales, debe valorar las circunstancias del abandono voluntario y la pertenencia del solicitante al grupo armado y, dado el caso, *“expedirá una certificación que contenga el nombre de la persona que a su juicio pueda solicitar los beneficios señalados”*.

Así mismo, expidió la Ley 418 de 1997, *“por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”*, a través de la cual reguló la concesión de indultos. Esta ley ha sido prorrogada y modificada por la Leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006, 1421 de 2010, 1430 de 2010, y reglamentada por los Decretos 128 de 2003, 1059 de 2008 y 4619 de 2010.

Cabe anotar, que mediante Resolución Ministerial 0722 del 25 de mayo de 2001, se creó el Grupo para el Programa de Atención Humanitaria al Desmovilizado – “PAHD”, e igualmente que, con el propósito de orientar a los miembros de la fuerza pública acerca de las etapas que conforman el proceso de desmovilización y la mejor forma de cumplirlas, el Ministerio de Defensa Nacional expidió la Directiva Ministerial Permanente número 21 de noviembre de 2004, en la cual se indica, entre otros aspectos, la manera como se deben diligenciar los documentos necesarios para

satisfacer el trámite previsto para obtener los aludidos beneficios. El 23 de julio de 2007, el mismo ministerio expidió la Directiva número 15, que si bien derogó la anterior, estableció como su finalidad reiterar la prioridad que debe darse a la política de desmovilización y a instruir a las autoridades sobre la forma más eficaz de llevar a cabo los procedimientos implementados.

Toda esta normativa establece un proceso de desmovilización individual que se desarrolla a través de diversas etapas, así:

Se inicia con la presentación física del desmovilizado ante jueces, fiscales, autoridades militares o de policía, representantes del Procurador, representantes del Defensor del Pueblo o autoridades territoriales.

Continúa con el adelantamiento de una serie de diligencias que deben constar en los siguientes documentos: (i) acta de entrega voluntaria; (ii) acta de buen trato; (iii) ficha decadactilar y tarjeta bucodental elaboradas por personal idóneo; (iv) copia del oficio mediante el cual se informa de la desmovilización a la autoridad judicial; (v) entrevista militar, adelantada en forma juiciosa y completa a fin de conocer, ampliar o corroborar datos valiosos de los hechos, en la cual se debe especificar el número de código del entrevistador y agregar una conclusión que indique si la persona perteneció o no al grupo que dice ser. Para todo este procedimiento, en caso de dudas, se cuenta con la asesoría del Programa de Atención Humanitaria al Desmovilizado – PAHD.

Una vez dicho programa recibe y analiza tal documentación, la presenta ante el Comité Operativo para la Dejación de las Armas – CODA, el cual (i) constatará la pertenencia y permanencia del solicitante al grupo armado ilegal y su voluntad de abandonarlo; (ii) analizará las circunstancias del abandono voluntario; (iii) evaluará la voluntad que tenga la persona de desmovilizarse, (iv) certificará la **permanencia del peticionario al grupo armado ilegal** y su voluntad de abandonarlo.

El CODA puede expedir la certificación o negarla. Si sucede esto último al peticionario le es dable insistir, aportando los medios de pruebas disponibles para que se modifique la decisión. Si expide el certificado, lo remitirá a la autoridad judicial competente para conocer de la investigación del presunto delito o delitos cometidos.

En el oficio remisorio de la certificación del CODA a la Fiscalía, debe constar (i) el nombre, la edad y el número del documento de identidad del beneficiado (en caso de tenerlo); (ii) la fecha de entrega, organización armada a la cual pertenecía el desmovilizado y **su tiempo de permanencia en ella**; (iii) las razones que motivaron la entrega; y (iv) la intención de abandonar la lucha armada. Todo ello a fin de que se adelanten los correspondientes trámites para resolver la situación jurídica del interesado conforme con lo establecido en las normas pertinentes.

La última etapa del proceso de desmovilización corresponde a las entidades del Estado encargadas de brindarle al desmovilizado una oferta de servicios que incluyen apoyos económicos, vinculación al régimen subsidiado de salud, ofertas de empleo, entre otras.

Resulta importante advertir que las citadas leyes excluyeron como beneficiarios a quienes hubiesen cometido delitos atroces. Por tanto, se expidió la Ley 975 de 2005, conocida como la ley de justicia y paz, *“por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz”*, que no prevé beneficios jurídicos tales como las cesaciones de procedimiento o las resoluciones inhibitorias, sino el cumplimiento de una pena alternativa. Con fundamento en lo anterior no pueden asimilarse los beneficios que otorga la Ley 782 de 2002 con los previstos en la referida Ley 975 de 2005.

El procedimiento con entrega de menores pertenecientes a las organizaciones armadas al margen de la ley se adelanta a través de las siguientes etapas: (i) acta de entrega voluntaria; (ii) informe de entrega del menor al ICBF; (iii) informe inmediato a la autoridad judicial competente; (iv) entrega física del menor al ICBF; (v) envío de documentos al CODA para efectos de la certificación.

En el caso bajo estudio, tal como se dejó sentado al relacionar las pruebas aportadas, se diligenció el acta de vinculación voluntaria al proyecto de búsqueda y atención a los menores presuntamente no desvinculados dentro del proceso de negociación de las AUC. En ella consta que la diligencia se realizó en San Martín de Loba el 14 de julio de 2010, con la comparecencia de LMB, de 21 años, ya mayor de edad para ese momento. Se anota el número de su cédula de ciudadanía, la fecha y lugar de su nacimiento, sus alias o apodos, los estudios cursados, su estado civil, el nombre y apellidos de sus padres, así como sus rasgos físicos. También contiene la manifestación de voluntad del compareciente de acogerse a los beneficios del referido programa para lo cual afirmó como verdad haber pertenecido al bloque CCB – Sur Bolívar, Compañía Los Tiburones, Departamento de Bolívar, desde el 7 de agosto de 2005, al cual ingresó porque le llamó la atención el pago mensual y las comodidades que brindaban. Como circunstancias de su no desmovilización al grupo armando al que pertenecía se anota la minoría de edad.

LMB también suscribió constancia de buen trato durante el desarrollo de la entrevista. Dicha constancia tiene fecha de 6 de agosto de 2010 y se anota como lugar de la firma del documento el municipio de El Banco, Magdalena.

En el documento número 1696-2010⁴⁶, expedido el 25 de octubre de 2010 por el Comité Operativo para la Dejación de las Armas – CODA, y suscrito por su secretario técnico, se certifica que LMB: (i) el 14 de julio de 2010 manifestó su voluntad de acogerse al programa de búsqueda, identificación y atención a los menores desvinculados dentro del proceso de negociación con las AUC; (ii)

⁴⁶ Certificación del CODA.

perteneció al Bloque CCB Sur de Bolívar de las Autodefensas Unidas Ilegales (AUI) siendo menor de edad cuando se vinculó en julio de 2005 y se desvinculó en esa condición el 30 de enero de 2006; y que (iii) ratificó su voluntad de abandonar esas actividades no habiendo tenido otra oportunidad para desvincularse.

En el mismo documento se pone de presente que dicha certificación se expide respecto de LMB con ocasión de su condición de menor de edad víctima de la violencia armada y con fundamento en la información presentada al CODA, lo que permite al desmovilizado su ingreso al proceso de reincorporación y el otorgamiento de los beneficios jurídicos y socio-económicos previstos en las leyes pertinentes, bajo el compromiso de no delinquir dentro de los dos años siguientes.

De las precedentes precisiones cabe afirmar que, contrario a lo reprochado por el fiscal accionante, la certificación del CODA no puede censurarse o desestimarse *per se* por contener la fecha de la época en que LMB estuvo vinculado como menor de edad a las Autodefensas Unidas Ilegales (AUI) pues, como ya se dejó dicho, al tenor de lo dispuesto en la normativa y directrices que regulan su contenido, en ella debe precisarse el tiempo de permanencia en la organización, más aún cuando se le expide a LMB en su condición de menor de edad, para lo cual el CODA debe tener en cuenta toda la información recaudada en las diferentes diligencias adelantadas dentro del trámite de vinculación voluntaria al programa para menores instituido por el Estado. Con todo, es claro que una es la fecha correspondiente a la época en que LMB estuvo vinculado a la organización armada al margen de la ley en su condición de menor de edad y otra la fecha de expedición de la certificación a partir de la cual se considera vinculado al programa y sujeto de las prerrogativas o beneficios que establece.

Las pruebas obrantes en el expediente dan cuenta que el acta de vinculación voluntaria al programa y la constancia de buen trato durante el desarrollo de la entrevista, ambas con la firma y huella impuesta por LMB, tienen lugares y fechas diferentes. La primera da cuenta que la diligencia se celebró en San Martín de Loba – Bolívar el 14 de julio de 2010, y el contenido del otro documento permite conocer que LMB suscribió la constancia en referencia el 6 de agosto de 2010, en el municipio de El Banco – Magdalena. Estas diferencias, que ahora suscitan los reparos del fiscal accionante, si bien no fueron despejadas con LMB porque no se le localizó, sí pudieron y aún pueden ser aclaradas directamente por el fiscal con el CODA, mediante los diferentes elementos de juicio existentes en dicho comité, lo cual resulta necesario realizar por parte de dicho funcionario.

Además de ello, deviene igualmente importante determinar, con atención a la información recaudada por el CODA, si luego de cumplir su mayoría de edad LMB continuó en el grupo armado al margen de la ley porque, el hecho de que el delito de rebelión sea de ejecución permanente y que el acta de desvinculación tenga fecha del 14 de julio de 2010, cuando ya LMB era mayor de edad, no permite entender, prima facie, que hasta ese momento se haya extendido su permanencia, como menor, en el grupo armando al margen de la ley.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la indagación apenas inicia, deviene notorio que el originalmente llamado a dilucidar estas inconformidades es el fiscal accionante, más aún cuando de las circunstancias que se esclarezcan le compete determinar la normativa aplicable, esto es el Código del Menor o el de la Infancia y la Adolescencia y, por ende, su competencia para conocer del asunto y la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad.

En estos términos, no hay lugar a declarar, en esta ocasión, de conformidad con las particulares circunstancias fácticas expuestas, la configuración del defecto orgánico derivado de la eventual falta de competencia del Fiscal 6° Seccional de la Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes para conocer de la investigación que adelanta con ocasión de los hechos expuestos.

En consecuencia de ello, la Sala confirmará, por las razones expuestas en este fallo, la sentencia de segunda instancia proferida el 25 de abril de 2013 por la Sala Segunda de Decisión de Tutelas de la Sala Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la providencia dictada el 14 de febrero de ese mismo año por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena que denegó por improcedente el amparo solicitado, con excepción de la exhortación contenida en el numeral segundo⁴⁷ de la parte resolutive de dicho proveído, la cual se revocará.

Esta exhortación va dirigida a los funcionarios intervinientes para que brinden el trámite debido al caso sub examine, de acuerdo a los lineamientos normativos de competencia previstos en el Código del Menor, ante la evidente necesidad de aclarar o verificar la fecha precisa en que LMB estuvo vinculado, como menor, al grupo de autodefensa, con miras a establecer si le resulta aplicable el Código del Menor o el Código de la Infancia y la Adolescencia.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de segunda instancia proferida el 25 de abril de 2013 por la Sala Segunda de Decisión de Tutelas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que, a su vez, confirmó la providencia dictada, el 14 de febrero de ese mismo año, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, que denegó por improcedente el amparo solicitado, con excepción de

⁴⁷ Es del siguiente tenor: “SEGUNDO: En virtud de lo anterior, EXHORTAR a los funcionarios intervinientes, a brindar el trámite debido para el caso sub examine, de acuerdo a los lineamientos normativos, establecidos precedentemente por esta Colegiatura.”. Se fundamenta en el argumento según el cual los hechos, por los que se requiere penalmente al joven LMB, ocurrieron bajo la vigencia del Decreto 2737 de 1989 ó Código del Menor y no de la Ley 1098 de 2006 ó Código de la Infancia y la Adolescencia, la cual comenzó a regir seis meses posteriores a su promulgación, que se realizó mediante la inserción en el Diario Oficial No. 46,446 del 8 de noviembre de 2006.

la exhortación dispuesta en su numeral segundo que se **REVOCA**, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: Líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado
Con aclaración de voto

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA
Magistrado
Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General