

El sistema penal contravencional en la ley 23 de 1991 (ley de descongestión de despachos judiciales)*

Grupo de Estudios del Centro de Investigaciones Sociojurídicas
de la Universidad de Medellín
(Hernando León Londoño Berrío, coordinador)**.

1. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

Esta investigación tuvo por finalidad verificar si en el Sistema Penal Contravencional instituido por la ley 23 de 1991 se salvaguardan eficazmente las garantías sustantivas, procesales y de ejecución penal prescritas por la Constitución Nacional para la investigación y juzgamiento de los hechos punibles. Igualmente, acreditar si se cumplen los fines que explícitamente se formularon para justificar la implantación de dicho sistema, o, en su defecto, con las funciones latentes o encubiertas que se pretenden con el mismo.

2. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

Desde varias décadas atrás la política criminal de nuestro Estado ha pretendido a través de diferentes recursos asignar funciones jurisdiccionales al poder ejecutivo, decisión generalmente acompañada de la

* El presente ensayo es un informe parcial de los resultados de la investigación adelantada por un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, y que se llevó a cabo entre octubre de 1991 y octubre de 1992. El informe fue preparado por HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO, docente investigador, a quien le correspondió coordinar la investigación.

** Profesor de derecho penal y de criminología en las Universidades de Medellín y de Antioquia.

fijación de procedimientos breves y sumarios. Entre las innumerables iniciativas en este sentido podemos nombrar, a manera de ejemplo, la justicia penal militar para los civiles¹, la ley 2ª de 1984² y la ley 30 de 1986³. Ahora, con la expedición de la ley 23 de 1991 se revivió dicha política: pretextando la necesidad de descongestionar los despachos judiciales se convierten algunos delitos en "contravenciones especiales" y se pasa su conocimiento a funcionarios del poder ejecutivo. Creíamos nosotros que esta decisión, tal como aconteció con otras de contenido similar, podría encubrir un exacerbamiento de la selectividad del sistema penal en determinados ámbitos de la conflictividad social, y por eso nos dimos a la tarea de verificar esta hipótesis. Pero juntamente con ello, consideramos pertinente analizar dicha normatividad a la luz de las disposiciones de la nueva Constitución para verificar el grado de conformidad o discrepancia con ella; e igualmente, comprobar en qué medida se afectan formal y materialmente las garantías de rango constitucional que deben rodear el juzgamiento de los ciudadanos.

La nueva ley, además, ha ampliado el espacio de aplicación de instituciones procesales y de ejecución penal, esto es, de la *conciliación-desistimiento* y la conmutación de la pena criminal por "trabajo en obras públicas y tareas de alfabetización". Consideramos importante comprobar el grado de eficacia de estas instituciones en dicho sistema, inventariar los inconvenientes que se han presentado para su cabal desarrollo y el grado de correspondencia con una política criminal de contenido democrático.

3. DELIMITACIÓN DEL UNIVERSO

Para dar cumplimiento a estos cometidos hubo necesidad de realizar una investigación de campo, la cual estuvo delimitada por los siguientes parámetros:

3.1. El estudio se circunscribió a los procesos tramitados por las "contravenciones especiales" creadas por la ley 23 de 1991, que se iniciaron durante la vigencia de la misma y en los cuales se hubiera proferido un auto inhibitorio, un auto de cesación de procedimiento o una sentencia, encontrándose estas providencias debidamente ejecutoriadas. Quisimos con ello cobijar procesos con trámite integral por parte de las inspecciones, es decir, excluir los remitidos por los

¹ La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en providencias de marzo 5 y marzo 12 de 1987, declaró inexequibles los decretos legislativos 3664 y 3671 de 1986, mediante los cuales se les asignó a funcionarios militares competencia para juzgar a civiles por delitos relacionados con armas y estupefacientes (Cfr. *Nuevo Foro Penal*, núm. 36, Bogotá, Edit. Temis, 1987, págs. 241 a 265).

² Mediante esta ley se les asignó a las autoridades de policía el conocimiento de procesos por delitos de lesiones personales sin secuelas cuya incapacidad no excediera los 30 días, y cualquier delito contra el patrimonio económico cuya cuantía no excediese de treinta mil pesos (\$ 30.000.00). Estas normas fueron declaradas inexequibles por la Corte Suprema de Justicia, en providencia de mayo 31 de 1984, actuando como magistrado ponente el doctor MANUEL GAONA CRUZ (cfr. *Nuevo Foro Penal*, núm. 25, Bogotá, Edit. Temis, 1984, págs. 393 a 424).

³ Esta ley constituye el nuevo Estatuto Nacional de Estupefacientes, que contiene los delitos y contravenciones relacionados con tal materia.

juzgados cuando se inició la vigencia de la citada ley, con el fin de tener mejores elementos para el análisis del objeto de estudio.

3.2. Se cobijó la actuación judicial de las inspecciones municipales de la ciudad de Medellín, por un período de tres meses: noviembre y diciembre de 1991, y enero de 1992.

4. INVESTIGACIÓN DE CAMPO

Pasamos a relacionar el proceso investigativo adelantado y los resultados obtenidos.

4.1. En primera instancia se hizo un estudio en procura de determinar las *garantías sustantivas y procesales* vigentes en la legislación penal colombiana, y para ello se consultaron los pactos internacionales de derechos humanos incorporados a la legislación interna del país, la Constitución Nacional y los principios rectores consagrados en el Código Penal y en el Código de Procedimiento Penal. Finalmente, se dilucidó si tales garantías cobijaban, conforme a la Constitución, los hechos punibles ("contravenciones especiales") regulados por la ley 23 de 1991. En cuanto a esto último, los resultados de la investigación son categóricos: las garantías procesales, sustantivas y de ejecución penal, según la Constitución, son de perentoria observancia en la investigación y juzgamiento de cualquier hecho punible, incluyendo naturalmente entre estos, a las contravenciones especiales creadas por la ley 23 de 1991.

4.2. Se procedió a elaborar un cuestionario-prueba que permitiera recoger en cada uno de los procesos estudiados el índice de respeto que se prodigó a cada una de las garantías fundamentales previamente determinadas. En ese instrumento se incluyeron también preguntas para verificar la condición socioeconómica y familiar de los procesados (sexo, edad, estado civil, lugar de residencia, estudios realizados, actividad laboral, ingresos mensuales) y el tipo contravencional que motivó el proceso. Con los resultados iniciales obtenidos con el cuestionario-prueba nos percatamos de que eran tantas las anomalías en los procesos, que se hacía necesario elaborar dos cuestionarios diferentes: uno para los procesos en que se hubiere realizado la diligencia de indagatoria (Cuestionario I), y otro para procesos *sui generis*, que ni siquiera contaban con dicha diligencia (Cuestionario II).

4.3. Para calcular el tamaño de la muestra, se procedió a determinar el número total de inspecciones municipales en la ciudad de Medellín, lo que dio como resultado 34 inspecciones. Y con fundamento en esto hicimos uso de la siguiente fórmula:

$$n = \frac{PQ}{\frac{e^2}{z^2} + \frac{PQ}{N}}$$

Los factores relacionados corresponden a los siguientes conceptos: n: muestra que se va a sacar según la fórmula; P: probabilidad de éxito; Q: probabilidad de

fracaso; e: error que se está dispuesto a admitir; z: valor de la curva bajo la normal; N: universo, es decir, toda la población.

N: 34; Como $P + Q = 1$, $P = 0.5$ y $Q = 0.5$; $e = 0.1$; $Z = 1.282$.
 $n = 18.6$.

El valor n (18.6) lo aproximamos a 19, obteniendo con ello una confiabilidad del 90%, o sea, estando dispuestos a admitir un margen de error del 10%. Posteriormente se tomó una muestra representativa por comunas de nuestra ciudad, quedando seleccionadas las siguientes: 3B, 4B, 5A, 6A, 7A, 8A, 8B, 9A, 9B, 10A, 10B, 10D, 11A, 13B, 14, 16A, 16B, y dos de las seis existentes en zonas rurales del área metropolitana: San Cristóbal y Santa Elena.

De otro lado, se estudió el 100% de los procesos fallados en el trimestre seleccionado (noviembre/diciembre de 1991, enero de 1992), que arrojó un total de 240 procesos, cuya información se recopiló en los dos cuestionarios de que se habló arriba (Cuestionario I: 84; Cuestionario II: 156).

4.4. *Resultados del cuestionario. I:* Procedemos ahora a vincular los resultados más relevantes que se dieron respecto al cuestionario I, el cual se resolvió en relación con 84 procesos, caracterizados por haberse practicado en ellos la diligencia de indagatoria.

TABLA O. Tipo de contravención

Tipo de contravención	Frecuencia	%
(1) Hurto	42	50.00
(2) Estafa	1	1.19
(3) Abuso de confianza	4	4.76
(4) Daño en bien ajeno	13	15.48
(5) Lesiones personales dolosas	13	15.48
(6) Lesiones personales en accidente de tránsito	9	10.71
(7) Daños y lesiones	1	1.19
(8) Tentativa de hurto, lesiones y porte ilegal de armas	1	1.19
TOTAL	84	100%

De este cuadro son pertinentes las siguientes conclusiones:

En primer lugar, los procesos por hechos lesivos contra el patrimonio económico constituyen más del 70% de la muestra total. Si a ello le sumamos que el sistema penal contravencional vulnera las garantías fundamentales que la Constitución Nacional prescribe para el juzgamiento de los hechos punibles, podemos arribar a la conclusión de que con la ley 23 de 1991 se refuerza y amplía la tutela —sig-

nificativamente privilegiada— que el sistema penal prodiga en su conjunto para el patrimonio económico.

En segundo lugar, esta ley erigió en contravenciones conductas que estaban calificadas como delitos en el Código Penal, como la *violación de habitación ajena o lugar de trabajo por empleado oficial*. Con ello se minimizó un bien jurídico de vital trascendencia, como lo es la integridad e inviolabilidad del domicilio, lográndose así en parte la finalidad del gobierno, que por diferentes mecanismos ha tratado de desconocer esta importante garantía, so pretexto de que ella inhibe la posibilidad de una eficaz lucha contra la delincuencia. De todos es sabido que la fuerza pública tiene institucionalizada la violación de esta garantía, configurándose con ello un absoluto desprecio de mandatos constitucionales y una flagrante violación de los derechos humanos. Se conoce además que este es el primer paso para violaciones de mayor calado a dichos derechos, pero la política oficial, antes que reforzar las cortapisas para inhibir la consumación de tales conductas por parte de la fuerza pública, consecuentemente con sus objetivos reales, decide minimizar su valor político, erigiendo en contravención conductas tan graves para la democracia como las señaladas.

La Asamblea Nacional Constituyente, elegida para reformar la Carta Constitucional, tuvo clara conciencia de la importancia y significación que para el Estado de Derecho y la democracia tiene la inviolabilidad del domicilio, y por tal motivo, por considerarlo un derecho humano fundamental, erigió como requisito substancial para el registro domiciliario “el mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley” (C. N., art. 28). Ahora, en el proyecto de ley sobre los estados de excepción, se quiere rematar el aniquilamiento de tal garantía, al disponer en su articulado que un registro domiciliario es legítimo, bastando para ello la orden escrita de funcionarios de policía⁴.

Y si esto lo complementamos con el hecho de que la ley hace posible la cesación del proceso por desistimiento del ofendido o por la conciliación, podemos

⁴ Dicho proyecto es el núm. 10 de 1991, presentado al Congreso por el ministro de Gobierno, Humberto de la Calle Lombana. El contenido de su articulado, en esta materia, es del siguiente tenor:

“Art. 23. Durante el estado de conmoción interior el gobierno tendrá además la facultad de adoptar las siguientes medidas:

(...)

“a) Autorizar la detención de personas de quienes se tengan indicios graves sobre su participación o sobre planes de participar en la comisión de delitos relacionados con las causas de perturbación del orden público (...).

“f) Disponer inspecciones o registros domiciliarios en diferentes zonas del territorio nacional, mediante orden formal y escrita, con el único fin de buscar pruebas judiciales o prevenir la comisión de delitos (...).

“j) Ordenar la intervención y ocupación transitoria de industrias, fábricas, talleres, explotaciones, locales o actividades de cualquier naturaleza, siempre y cuando puedan motivar la alteración del orden público o contribuir a ello, y suspender temporalmente sus actividades (...).

colegir que se busca realmente la impunidad absoluta en relación con esta clase de hechos. Basta preguntarnos: ¿Puede el inerte ciudadano sostener una acusación penal contra miembros de la fuerza pública por la violación de su domicilio?

En tercer lugar, si el pretexto fundamental de la ley era “descongestionar los despachos judiciales” y con tal fin convierte en contravenciones una serie de delitos, no se entiende cómo fueron erigidas en contravenciones conductas cuyo conocimiento era excepcional o no llegaba al sistema penal, y por este motivo no representaban un trauma para la operancia de la justicia penal. Hacemos referencia a comportamientos como la sustracción de bien propio, impedimento o perturbación de ceremonia religiosa, aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito, violación de la libertad de culto y otras. Y naturalmente somos del criterio de que tales conductas deben ser objeto de descriminalización, pero debe denunciarse su falsa descriminalización por la ley 23 de 1991 —sigue indemne una pena privativa de la libertad para ellas— y que no es cierto que tuviesen congestionada la administración de justicia. En nuestro criterio, la inclusión de estos conflictos para ser investigados y juzgados por los inspectores de policía era primordialmente para legitimar el proceso de minimización a la integridad del domicilio que se entroniza con la ley, por cuanto se pretende que la opinión pública mida con el mismo rasero la sustracción de bien propio con la violación de la habitación ajena por empleado oficial⁵.

TABLA 1. Sexo del sindicado

Sexo	Frecuencia	%
Femenino	16	19.05
Masculino	67	79.76
Femenino y masculino (2 sindicados)	1	1.19
TOTAL	84	100%

⁵ Esta conclusión se infiere nítidamente de la exposición de motivos del proyecto de ley 127 de 1990, en el que justifica la transferencia de competencias a las autoridades de policía con las siguientes razones: “Durante más de un siglo los funcionarios de policía, alcaldes e inspectores, tuvieron competencia para atender hechos punibles menores, tales como hurtos y lesiones personales sin secuelas, fallando tales conflictos con una filosofía más de problema social que de represión penal, resolviendo así esa multiplicidad de casos de riñas entre campesinos durante los días de mercado, y de hurtos menores nacidos de la indigencia de mucha parte de la población colombiana. En el proyecto de ley se les restituye esta competencia, y se adicionan otras conductas que tienen la misma connotación sociológica, como el ejercicio arbitrario de las propias razones, violación de la habitación ajena, impedimento y perturbación de ceremonias religiosas, etc. (...)” (Cfr. *Anales del Congreso*, año XXXIII, núm. 93, miércoles 17 de octubre de 1990). (Subrayas nuestras).

TABLA 2. Lugar de residencia del sindicado

Estrato	Frecuencia	%
Bajo bajo	2	2.38
Bajo	14	16.66
Medio bajo	18	21.42
Medio medio	6	7.14
Medio alto	3	3.57
Alto	1	1.19
Sin información	30	35.71
Fuera de Medellín	10	11.90
TOTAL	84	100%

Para la obtención de los resultados de la tabla 2 primero se extrajo del proceso la información correspondiente al barrio de residencia del procesado. Luego se determinó el estrato social al que correspondía cada uno de los sitios indicados, con base en un plano de la ciudad de Medellín suministrado por el Instituto Geográfico “Agustín Codazzi” que trae la estratificación social de los barrios, agregando nosotros las variables “fuera de Medellín” y “sin información”.

La variable “fuera de Medellín” corresponde a personas residentes en los corregimientos, lo que no estratifica socialmente dicho plano.

Puede observarse que el mayor porcentaje (35.71%) corresponde a los procesos en los que no fue posible conocer el lugar de residencia del sindicado debido primordialmente a que en la indagatoria no se interrogó sobre este particular.

TABLA 3. Estudios realizados por el sindicado

Estudios	Frecuencia	%
Primaria	30	35.71
Secundaria	25	29.76
Universitarios	4	4.76
Otros (alfabeta)	1	1.19
Sin información	24	28.57
TOTAL	84	100%

En la clasificación incluimos “alfabeta”, por cuanto se presentó un caso en el que el sindicado manifestó serlo, pero no pudo determinarse con exactitud su grado de instrucción.

Debemos destacar que en 24 procesos (28.57%) los procesados no fueron interrogados al respecto.

TABLA 4. Actividad laboral del sindicado

Actividad laboral	Frecuencia	%
Empleado	23	27.38
Desempleado	20	23.81
Subempleado	13	15.48
Trabajo familiar	3	3.57
Trabajo independiente	15	17.86
Otros	7	8.33
Sin información	3	3.57
TOTAL	84	100%

Para efectos de contestar esta pregunta, se convino que en la categoría de "subempleado" debían incluirse las personas que ejercen el comercio informal, cuyos ingresos son precarios, además de que no gozan de las condiciones mínimas de seguridad social.

En la categoría de "trabajador independiente" se incluyeron los comerciantes con ingresos superiores al salario mínimo legal vigente y que no están bajo la subordinación de un empleador.

Este rubro también comprende los sujetos que ejercen profesiones liberales y que no están sujetos a subordinación.

TABLA 5. Ingresos mensuales del sindicado

Ingresos mensuales	Frecuencia	%
Inferiores al salario mínimo	14	16.67
Salario mínimo vigente	8	9.52
Superiores al salario mínimo	11	13.10
Sin información	51	60.71
TOTAL	84	100%

Esta tabla se elaboró tomando como base el salario mínimo legal vigente en 1992, que fue de \$ 65.190.

TABLA 6. La información anterior fue suministrada por

Suministrada por	Frecuencia	%
Sindicado	70	83.33
Ofendido	1	1.19
Por ambos	10	11.90
Sin información	3	3.57
TOTAL	84	100%

Del conjunto de los resultados contenidos en las tablas anteriores (1 a 6), es posible concluir lo siguiente:

En la indagatoria se omite el interrogatorio sobre aspectos fundamentales que son objeto del proceso, práctica que es sumamente frecuente en los procesos contravencionales de la ley 23 de 1991. Por este motivo no se obtuvo información sobre el lugar de residencia en un 35.71% de los casos, sobre estudios realizados en un 28.57%, y sobre ingresos recibidos en un 60.71% de los procesos. Consideramos que dicho proceder lesiona de manera ostensible el *debido proceso* por cuanto la ley procesal es sumamente clara en prescribir que las materias señaladas deben ser cobijadas en el interrogatorio que se efectúe en la diligencia de indagatoria⁶.

Dilucidar tales puntos constituye una obligación del funcionario, lo cual permite acercarse al conocimiento de las condiciones socioeconómicas y familiares del procesado, asunto relevante en cualquier proceso penal, sobre todo en aquellos iniciados por infracciones al patrimonio económico, que tienen una mayor representación dentro del sistema penal contravencional instaurado por la ley (70%).

Por las razones anotadas, no es de extrañar que, no obstante reconocerse oficialmente que las infracciones contra el patrimonio económico reguladas por la ley 23 de 1991 generalmente están determinadas por "la indigencia de mucha parte de la población colombiana" (cfr. *supra*, nota 6), en ningún proceso se reconoció que el procesado hubiese actuado en circunstancias configuradoras de un estado de necesidad.

De los procesados sobre los cuales se obtuvo información es posible concluir que el mayor porcentaje de ellos solo tenía estudios primarios, ninguna o precaria vinculación laboral (desempleados y subempleados), ingresos económicos exigüos (inferiores o equivalentes al salario mínimo), y con residencia en barrios clasificados como de estrato bajo (medio bajo, bajo y bajo bajo). Los porcentajes de procesados ubicables en estratos medios y altos son exigüos, los que generalmente fueron vinculados por la contravención de lesiones personales en accidente de tránsito.

TABLA 7. El proceso se inició por

Se inició por	Frecuencia	%
Querrela	56	66.66
Flagrancia	19	22.61
Iniciación ilegítima	9	10.71
TOTAL	84	100%

⁶ El art. 359 del C. de P. P. (decreto 2700 de 1991), que prescribe las "reglas para la recepción de indagatoria", reza así: "En la iniciación de la indagatoria, el funcionario judicial interrogará al imputado por (...) domicilio o residencia; establecimientos donde ha estudiado y duración de los respectivos cursos (...); el sueldo o salario que devenga actualmente, y las obligaciones patrimoniales que tiene (...)".

EL SISTEMA PENAL CONTRAVENCIONAL EN LA LEY 23 DE 1991

Encontramos que de 65 procesos iniciados por querrela, en 55 esta fue presentada por el ofendido y en uno por el personero municipal. Los 9 restantes fueron iniciados ilegítimamente, pues el querellante no era el autorizado por la ley.

El porcentaje más significativo (66.66%) era de esperarse, por cuanto en todas estas contravenciones se exige como requisito de procedibilidad la solicitud expresa formulada por el ofendido o interesado, la cual se conoce con el nombre de "querrela". Sin esta el Estado se encuentra en imposibilidad de iniciar proceso, ya que de hacerlo sus actos no tendrían validez jurídica. Solo cuando exista flagrancia los funcionarios encargados están obligados a iniciar las diligencias correspondientes, aunque no medie petición de parte, según lo prescrito por el art. 2º de la ley 23 de 1991.

El ofendido o perjudicado es aquel sobre el cual recae la acción del sujeto activo, por lo cual es el único legitimado en las contravenciones es el único legitimado para iniciar el proceso. El decreto 800 de 1991, reglamentario de la ley 23 de 1991, permite que el personero municipal interponga querrelas, oficiosamente o por petición de cualquier ciudadano, en "las contravenciones en las que no hay particular ofendido, o en caso de que el perjudicado u ofendido sea menor de 18 años o sea incapaz".

El principio del debido proceso y el de legalidad implican el respeto a las ritualidades o procedimientos establecidos previamente por el legislador para cada caso. Con la iniciación ilegítima se violan dichos principios. En la investigación se presentaron 10.71% de procesos que fueron iniciados en esta forma y que a pesar de ello terminaron sin que se decretara la correspondiente nulidad.

TABLA 8. Calidad del inspector de policía que conoció el proceso

Calidad del inspector	Frecuencia	%
Titular	71	84.52
Encargado	13	15.47
TOTAL	84	100%

TABLA 9. Si el inspector ostentaba la calidad de encargado, durante cuánto tiempo lo fue

Encargado durante cuánto tiempo	Frecuencia	%
Todo el proceso	8	61.53
Una parte del proceso	5	38.46
TOTAL	13	100%

Si cuando se otorga competencia a funcionarios administrativos para conocer de hechos punibles se viola el principio del juez natural, con mayor razón se vulnera tal principio cuando quien conoce de ellos ostenta la calidad de funcionario encargado. Ello por cuanto para ser encargado la ley no estipula condiciones especiales, lo que da pie para que cualquier persona pueda suplir la vacante del inspector. Además, es claro que el funcionario idóneo es necesario en todas y cada una de las etapas del proceso, sin que pueda decirse que una es más importante que la otra.

Por las razones anotadas, aunque el número de casos en los que actuó el inspector encargado es bajo (15.47%), ello no deja de ser lamentable, por cuanto son situaciones que hacen palmaria la inidoneidad del funcionario, a quien le corresponderá tomar decisiones de fondo que involucran la libertad y la dignidad humana. Esta circunstancia vulnera principios básicos del Estado de Derecho como el de legalidad, el del juez natural y el del debido proceso, por cuanto el funcionario "encargado" no cuenta con la preparación que exige la actividad de juzgamiento, es decir, no posee los conocimientos necesarios, ni tiene conciencia de la responsabilidad que el cargo implica, ni está comprometido con el ejercicio de la justicia.

También podemos afirmar que con la práctica expuesta se lesiona el principio de igualdad, por cuanto unos procesados serán juzgados por funcionarios que tienen cierta formación jurídica, y otros lo serán por personas que en veces carecerán completamente de ella⁷.

TABLA 10. Se juzgó contravención en el grado de tentativa

Se calificó como tentativa	15	17.85
Si	15	17.85
No	69	82.14
TOTAL	84	100%

Se deduce del análisis de los resultados que en un 17.85% se calificó la conducta como contravención imperfecta (tentativa). La doctrina más calificada perentoriamente excluye la punibilidad de la tentativa de contravención, con argumentos de diverso tenor.

⁷ El art. 2º del decreto reglamentario 800 de 1991 determina las calidades para ser inspector de policía, que son diferentes según la categoría del municipio en el cual ejercerá su función. Dichas calidades van desde abogado titulado (para municipios clasificados en primera y segunda categoría), hasta "ser bachiller, y haber desempeñado funciones judiciales, de policía o administrativas de contenido jurídico en el sector público por un año o más, o aprobar un curso de derecho policivo de una duración no inferior a ciento sesenta (160) horas" o "haber desempeñado el cargo de inspector de policía, secretario de juzgado o de inspección de policía por cinco (5) años o más" (para municipios de quinta categoría y zona rural). Como acertadamente lo señalara un comunicado del Colegio de Abogados Penalistas de Bogotá y Cundinamarca, dicha disposición desconoce flagrantemente el principio constitucional de igualdad, por cuanto el lugar de comisión de la contravención determina que unos casos sean conocidos por un inspector abogado titulado, y en otros por un bachiller con unas horas de preparación jurídica.

El tratadista ANTONIO VICENTE ARENAS, por ejemplo, sobre este aspecto argumenta lo siguiente:

“... La punibilidad, universalmente admitida para el delito imperfecto, no cobija a las contravenciones, las cuales solo se sancionan cuando han sido consumadas (...).

”La tentativa del delito se sanciona con fundamento en el peligro realmente corrido por el bien tutelado. En las contravenciones imperfectas no existe peligro real. Las prohibiciones contravencionales —observa SOLER— si bien no todas ellas de peligro, no son incriminaciones basadas en el daño causado, sino en motivos de tutela y disciplina social. Por ello, la tentativa de una contravención es tenida generalmente por impune, aunque en ciertos casos sea teóricamente posible”⁸.

Razones de política criminal también inhiben la posibilidad de la punibilidad de la tentativa en las contravenciones: si estas cobijan conductas de menor trascendencia social, por el principio de *ultima ratio* del derecho penal, el Estado solo tiene legitimidad para sancionarlas cuando aquellas se realizan efectivamente.

Pero desde el punto de vista del *principio de legalidad* también es perentorio llegar a idénticas conclusiones, tal como se pasa a demostrar a continuación.

El art. 22 del Código Penal reza:

“*Tentativa*. El que iniciare la ejecución del hecho punible, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación y esta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo, ni mayor de las tres cuartas partes del máximo señalado para el delito consumado”.

Esta norma inicialmente hace referencia a “hechos punibles”, concepto que abarca tanto delitos como contravenciones, pero al momento de penalizar solo hizo referencia al “delito consumado”, excluyendo de plano la posibilidad de aplicar una sanción cuando se trata de contravenciones. *Entonces no se aplica la tentativa en materia contravencional por no existir consagración legal de la sanción*, aunque fácticamente se pueda dar, caso en el cual, el funcionario deberá inhibirse de abrir investigación. No es posible llegar a una conclusión diferente, si se quiere ser respetuoso del principio de legalidad⁹.

⁸ ANTONIO VICENTE ARENAS, *Contravenciones en general y en particular*, Bogotá, Edit. ABC, 1973, pág. 32.

⁹ Sobre este punto se debe consultar a JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, vol. II, 2ª ed., Edit. Temis, 1989, pág. 389. Dentro de los magistrados de los tribunales de Medellín y de Antioquia se elaboró en la investigación un cuestionario para que estos lo resolvieran, incluyéndose una pregunta relacionada con la punibilidad de la tentativa en las contravenciones. Dentro de los que respondieron, lo hicieron negativamente, con argumentos similares a los aquí expuestos, ALVARO PÉREZ M., JAIME NANCLARES VELEZ y SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ. Positivamente, JAVIER GONZALO MONTOYA ORREGO, FERNANDO GÓMEZ, SONIA GIL y EDGAR ESCOBAR LÓPEZ. Este último, sobre el particular afirmó lo siguiente: “Estimamos que si es posible, aunque estimamos [sic] que el legislador de la ley 23 no fue claro, sino impreciso y es mejor —creemos nosotros— por razones de justicia y equidad darle aplicabilidad al dispositivo amplificador de los tipos penales, que cometer injusticias cuando el hecho contravencional quede en el grado de tentativa o conato” (subrayas nuestras). Debemos señalar que si el legislador fue equivoco, confuso e impreciso, por el principio de tipicidad inequívoca (desarrollo del principio de legalidad), es perentorio descartar la punibilidad de la tentativa en las contravenciones. Las razones de “equidad” y “justicia” no pueden hacer desconocer este mandato constitucional.

Otra situación registrada por la investigación es que los inspectores no solo procesaron por tentativa de contravención, sino también que entre ellos existe la tendencia generalizada a juzgar las contravenciones imperfectas como consumadas. En estos dos eventos es indudable que se violan los principios del hecho punible, de tipicidad, de igualdad ante la ley, del debido proceso y de legalidad. Si la acción no está exhaustivamente descrita, mal haría el inspector en crear figuras no contempladas para el caso concreto y aplicar analogías donde jurídicamente no es posible. Solo la ley puede definir los hechos punibles, *determinar las sanciones criminales* y fijar el marco de su ejecución práctica. En relación con el principio del hecho punible se debe tener en cuenta que al faltar uno de los elementos que lo conforman, la conducta no puede ser sancionada. El principio de tipicidad resulta vulnerado, ya que él no permite fundar la sanción en algo diferente del tipo penal.

En cuanto al principio de igualdad afirmamos que se desconoció, pues frente a hechos idénticos una parte de la población fue procesada e incluso condenada (cuando el inspector que conoció de tales procesos consideró que las contravenciones admiten tentativa), mientras otra no lo fue (cuando el funcionario consideró que no la admiten y profirió auto inhibitorio).

TABLA 11. Si la contravención cometida lesiona el patrimonio económico, a cuánto asciende el valor del bien

Valor del bien	Frecuencia	%
Inferior a \$ 10.000	14	22.58
Superior a \$ 10.000	37	59.67
Sin información	11	17.74
TOTAL	62	100%

TABLA 12. Quién señala la cuantía para efecto de determinar la competencia

Quién la señaló	Frecuencia	%
Querellante	33	53.22
Aprehensor	15	24.19
Querellantes ilegítimos	3	4.83
Sin información	11	17.74
TOTAL	62	100%

En las tablas 11 y 12, el universo queda reducido a 62 procesos iniciados para investigar contravenciones que atentaron contra el patrimonio económico. Releva-

mos el hecho de que el mayor porcentaje en la tabla 12 hubiera sido el que corresponde a la determinación de la cuantía por el querellante (53.22%) si se considera que esta información no siempre es confiable, pues el ofendido al momento de establecerla puede incurrir en imprecisiones, por cuanto al sentirse víctima del injusto exagera para compensar de algún modo el mal padecido, dejando de lado la objetividad que debe entrañar una determinación de tal naturaleza.

Y teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos no hay defensor encargado de tutelar los intereses del procesado, la cuantía definitiva será la expresada inicialmente por el querellante, ya que ni el sindicado —por desconocer la ley y por tanto sus derechos—, ni el ministerio público por negligencia, solicitan que se decrete prueba pericial para determinar el valor real del bien¹⁰. Por consiguiente, el porcentaje de casos en los cuales el valor del objeto es superior a \$ 10.000 (59.67%) pudo disminuir de haber intervenido un defensor o un agente del ministerio público prestos a solicitar dictamen pericial al respecto.

Es importante resaltar que en 4.83% de los procesos analizados, quienes determinaron la cuantía y por tanto la competencia del funcionario y el procedimiento por seguir fueron *querellantes ilegítimos*, que obviamente no están autorizados para tales efectos, lo cual resulta violatorio del principio de legalidad y del debido proceso. Estos principios también se vulneran cuando no se determina la cuantía (17.74%), lo que implica que también sea indeterminada la competencia y el procedimiento aplicable al caso. Se quebranta además el de proporcionalidad, pues al ser incierto el procedimiento aplicable es consecuentemente incierta la sanción, que en estos casos se estableció sin ningún criterio al desconocerse la gravedad de la conducta. Tampoco es posible indemnizar los perjuicios causados cuando se desconoce la magnitud de la violación, encontrándonos así con la inaplicabilidad del principio del restablecimiento del derecho. Igualmente, se desconocen los principios de tipicidad y antijuridicidad, dado que uno de los elementos fundamentales en las conductas que lesionan el patrimonio económico es la cuantía, la cual determina si estamos frente a un delito o a una contravención¹¹. También resulta inexplicable que, a pesar de que no se fijó la cuantía del bien objeto de la contravención, los inspectores pudieron determinar el grado de la lesión al bien jurídico tutelado.

TABLA 13. Si el sindicado fue capturado en flagrancia, cuánto tiempo transcurrió desde que fue puesto a disposición del funcionario e indagatorio

Término entre captura e indagatoria	Frecuencia	%
Tres días o menos	15	78.94
Más de tres días	4	21.05
TOTAL	19	100%

¹⁰ El art. 27 del decreto 800 de 1991 dice que la cuantía del hecho punible contra el patrimonio económico es la que "determine bajo juramento el querellante, o en la información que entregue el aprehensor si se tratare de flagrancia (...) pero deberá decretarse prueba pericial para determinar su avalúo en forma definitiva, cuando fundadamente sea solicitada por el sindicado, por su defensor o por el ministerio público.

¹¹ Conforme al art. 1° de la ley 23 de 1991, el hurto simple, la estafa, la emisión y transferencia ilegal de cheque, el abuso de confianza, el aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito y el daño en bien ajeno, en cuantía que no excedan de diez (10) salarios mínimos mensuales, constituyen contravenciones. La conducta que rebasa dicho monto, seguirá siendo delito.

En la tabla 13 el universo se encuentra reducido a los 19 procesos en los cuales el sindicado fue capturado en flagrancia.

Anteriormente, cuando las contravenciones tenían como fundamento castigar faltas que se consideraban poco perjudiciales para la sociedad, no había razón para ejercer acciones como la del *habeas corpus*, puesto que excepcionalmente el contraventor era detenido. Con la expedición de la ley 23 de 1991, la cual contiene contravenciones que vulneran bienes jurídicos de mayor jerarquía, como la integridad física, entre otras, se hace necesario en muchos casos el ejercicio de tal acción, pues es factible que se presente la privación de la libertad y que esta se prolongue por un tiempo mayor al contemplado en la ley.

Si analizamos la filosofía de la garantía del *habeas corpus*, veremos que ella pretende tutelar la libertad de la persona procesada, independientemente de la rama del poder a que pertenezca el funcionario que conoce el proceso. Además la Constitución Nacional la consagra, al establecer que puede ejercerse ante cualquier funcionario judicial.

Es asombroso que en un 21.05% de los procesos en los cuales el sindicado fue capturado en flagrancia transcurrieran más de tres días desde que fue puesto a disposición del inspector sin recibirse indagatoria, pues ello implica la violación al principio de la libertad, uno de los pilares fundamentales de todo Estado de Derecho (C. N., art. 28).

Esta anomalía también vulnera el debido proceso, según el cual toda persona debe ser juzgada siguiendo las formalidades prescritas por la ley, lo cual se omitió cuando no se respetó el término estipulado por el art. 30 del decreto 800 de 1991¹².

TABLA 14. Denuncia el sindicado tratos crueles, inhumanos o degradantes

Denuncia tratos crueles	Frecuencia	%
Sí, ocasionados por funcionarios públicos	2	2.38
Sí, ocasionados por particulares	7	8.33
No	77	91.66
TOTAL	84	100%

¹² El art. 175 del C. de P. P. (decreto 2700 de 1991) prescribe que en la instrucción no se suspenden los términos, por lo tanto todos los días son hábiles para la recepción de indagatoria. En contraste con esta situación, el art. 30 del decreto reglamentario 800 de 1991, rebasando obviamente las facultades reglamentarias, estipula que en los procesos de la ley 23 de 1991 el inspector practicará la diligencia de indagatoria "dentro del término de tres (3) días hábiles", contados a partir de aquel en que fue puesto a su disposición el capturado.

TABLA 15. Actuación de la inspección frente a tal denuncia

Actuación de la inspección	Frecuencia	%
Enviar a Medicina Legal	0	0.00
Compulsar copias	0	0.00
No hizo nada	9	100.00
TOTAL	9	100%

Se puede apreciar en la tabla 14 que el sindicato denunció haber recibido tratos crueles, inhumanos o degradantes en un 2.38% de los casos por parte de funcionarios públicos, y en un 8.33% por parte de particulares.

Con respecto a la tabla 15, el universo está constituido por nueve procesos en los cuales el sindicato denunció haber recibido tratos crueles y, sin embargo, la inspección encargada no realizó ninguna actuación para dar trámite a la denuncia. El porcentaje de procesos en los que no se presentaron tratos crueles (91.66%) puede estar sometido a un gran margen de error, si tenemos en cuenta que el sindicato está temeroso de manifestar los hechos tal como ocurrieron realmente, bien porque encuentra posible que se ejerzan en su contra represalias, ora porque las personas denunciadas, debido a la autoridad que tienen (como es el caso de los miembros de la fuerza pública), puedan influir en la decisión final desmejorando su situación.

Aunque son pocos los casos en los cuales el procesado informó haber recibido malos tratos por parte de funcionarios públicos, no deja de ser preocupante que se presente este tipo de atropellos y que frente a ellos el inspector no haya realizado ninguna actuación tendiente a establecer la veracidad de la denuncia y la responsabilidad de las personas implicadas.

Lo anterior resulta escandaloso, pues las autoridades, según la Constitución, están instituidas para "... proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades..." (art. 2°). Además, con este tipo de conductas por parte del funcionario se viola el principio del reconocimiento de la dignidad humana, que establece: "toda persona a quien se le atribuya la comisión de un hecho punible, tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano" (C. de P. P., art. 3°).

Se configuraron varios delitos que quedaron impunes: el cometido por el funcionario que infligió los tratos crueles, inhumanos o degradantes (torturas, lesiones personales, etc.), y un "prevaricato por omisión", en el cual incurrió el inspector de policía que omitió adelantar el trámite correspondiente a este tipo de denuncias.

TABLA 16. Se dictó detención preventiva sin beneficio de excarcelación

Se dictó detención preventiva	Frecuencia	%
Sí	6	7.14
No	78	92.85
TOTAL	84	100%

TABLA 17. Motivo por el cual se dictó auto de detención preventiva, sin excarcelación

Motivo por el cual se dictó	Frecuencia	%
Encontrarse vigente detención preventiva en otro proceso	2	33.33
Encontrarse vigente caución en otro proceso	0	0.00
Haber sido condenado por delito o contravención en los dos años anteriores	4	66.66
TOTAL	6	100%

El universo tomado en la tabla 17 son los seis procesos (7.14%) en los cuales se dictó auto de detención preventiva sin gracia de excarcelación.

Como regla general, todo contraventor, luego de indagado, debe ser dejado en libertad luego de suscribir un acta de compromiso en la que se obliga a presentarse ante el funcionario cuando este lo solicite. Pero, de acuerdo con el art. 4°, inciso 2° de la ley 23 de 1991, es perentorio para el funcionario dictar auto de detención sin beneficio de excarcelación, cuando aparezca demostrado que en contra del sindicado

"... se ha proferido en otro proceso adelantado por la comisión de delito o contravención, medida de aseguramiento, de detención o de caución que se encuentre vigente, o que ha sido condenado por las mismas causas dentro de los dos (2) años anteriores, (...) siempre que haya declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, o un indicio grave de que es responsable contravencionalmente..."

Los redactores de la ley 23 de 1991, en lugar de crear una normatividad sobre medidas de aseguramiento acordes con las características de las contravenciones, construyeron una con restricciones a la libertad de mayor magnitud que las dispensadas por el anterior Código de Procedimiento Penal a los delitos, como pasamos a demostrarlo.

El Código de Procedimiento Penal (decreto 0050 de 1987) vigente para la época de la creación de la ley 23 de 1991, en el art. 421, num. 3°, preceptuaba que se profería detención preventiva como medida de aseguramiento "... cuando el procesado tuviere auto de detención o caución vigente, por *delito doloso o preterintencional* en otro proceso, aunque el delito por el cual se proceda tenga... o pena de arresto" (subrayado nuestro).

La ley 23 dice que el auto de detención sin excarcelación es procedente cuando "... se ha proferido en otro proceso adelantado por la comisión de *delito o contravención*, medida de aseguramiento de detención o caución que se encuentre vigente, o que ha sido condenado por las mismas causas dentro de los dos (2) años anteriores..." (subrayado fuera del texto).

De la confrontación de ambos textos se puede colegir que la ley 23 adicionó más posibilidades para negar la libertad provisional, al agregar que el auto de detención o la caución puede ser por *contravención*, o cuando hubiere una condena por delito o *contravención* dentro de los dos años anteriores.

Resulta contradictorio que en materia de libertad provisional sea más favorable el Código Procesal Penal que la ley 23, porque el primero lo hace para los *delitos* y la segunda para las *contravenciones*, y es indudable que estos son hechos punibles ostensiblemente menos graves que aquellos.

Y esta antinomia es inclusive de mayor entidad si comparamos la ley 23 con el actual Código de Procedimiento Penal (decreto 2700 de 1991). En este, para todos los delitos sancionados con pena de arresto o pena no privativa de la libertad, solo es posible la *cominación* como medida de aseguramiento (cfr. art. 390). E incluso en delitos sancionados con pena de prisión, aun cuando contra el sindicado exista "más de una sentencia condenatoria por *delito doloso o preterintencional*", ello no es óbice para que en algunos eventos se le conceda la libertad provisional (art. 417, num. 2). En cambio, en la ley 23 basta el antecedente de una *condena por contravención culposa* para que el funcionario esté obligado a negar la libertad provisional, vulnerando con ello los principios de *favor libertatis* y culpabilidad por el acto, por cuanto está presumiendo que el sindicado es un sujeto peligroso, que tiene tendencia a la reincidencia criminal y que por tal motivo merece la detención preventiva.

Pasando a otro aspecto, encontramos un alto porcentaje de procesos en los que no fue procedente la detención preventiva sin beneficio de excarcelación (92.85%), lo que supuestamente permite pregonar que el sistema penal contravencional es benévolo en materia de libertad. Pero esta benevolencia es solo aparente, porque la libertad es concedida en virtud de que el funcionario no posee las pruebas exigidas por la ley para la detención, y ello porque no solicitó los antecedentes (42.86%), los solicitó después de resolver situación jurídica (21.42%), o bien porque no le fueron entregados oportunamente, tal como lo documentan las tablas 18 y 19 que relacionamos a continuación.

TABLA 18. Se solicitaron antecedentes

Se solicitaron antecedentes	Frecuencia	%
Antes de resolver situación jurídica	30	35.71
Después de resolver situación jurídica	18	21.42
No se solicitaron	36	42.86
TOTAL	84	100%

TABLA 19. Se recibieron antecedentes

Se recibieron antecedentes	Frecuencia	%
Antes de resolver situación jurídica	16	53.33
Después de resolver situación jurídica	10	33.33
No se recibieron	4	13.33
TOTAL	30	100%

TABLA 20. La providencia que resolvió la situación jurídica fue recurrida

Fue recurrida	Frecuencia	%
Si	0	0.00
No	55	65.47
Sin información	29	34.52
TOTAL	84	100%

En cuanto a la tabla 20, debemos agregar que de los 55 procesos con respuesta negativa hubo 7 en los que no se resolvió situación jurídica (8.33%). Ello da pie para decir que se está infringiendo el principio del debido proceso y desconociendo el derecho a la defensa, ya que en este procedimiento tal providencia se equipara a la resolución acusatoria; y si el sindicado no conoce el pliego de cargo, ¿con base en qué va a defenderse?

Por último, se presentaron casos (34.52%) en los cuales no se obtuvo información en razón de que el proceso no alcanzó a desarrollarse hasta la etapa de definición de situación jurídica, porque se concilió o desistió, condiciones que hacían impropio una respuesta a la pregunta.

TABLA 21. Se logró la conciliación

Se logró la conciliación	Frecuencia	%
Si	34	40.47
No	50	59.52
TOTAL	84	100%

TABLA 22. Cómo se concilió

Cómo se concilió	Frecuencia	%
Parcial	0	0.00
Total con desistimiento	30	88.23
Total sin desistimiento	4	11.76
TOTAL	34	100%

TABLA 23. Razón por la cual no se concilió

Razón por la cual no se concilió	Frecuencia	%
No asistieron las partes	9	18.00
No se citó a audiencia de conciliación	18	36.00
Asistieron pero no conciliaron	18	36.00
Otras:		
Desistimiento previo	3	6.00
Caducidad de la acción	1	2.00
El ofendido no formuló querrela	1	2.00
TOTAL	50	100%

Según la tabla 22, la mayoría de los casos en que se logró la conciliación esta tuvo como consecuencia el desistimiento (88.23%). Esto se debió a que los funcionarios hicieron lo que para este caso ordena el art. 7° del decreto 800 de 1991: "Durante la audiencia se elaborará un acta en la cual se consignarán los nombres de los intervinientes (...), y en el evento de acuerdo total el desistimiento de la acción por el ofendido o perjudicado o por su apoderado debidamente facultado para ello..." (subrayado fuera de texto).

A nuestro modo de ver, este decreto confunde las figuras jurídicas de la conciliación y del desistimiento. Ambas son formas de terminación del proceso que difieren en su esencia. En la primera, las partes comprometidas en el litigio buscan un arreglo razonable para terminar el proceso, cediendo parte de sus derechos y pretensiones mediante la intervención de un tercero; en el desistimiento, la parte afectada renuncia a sus pretensiones de manera unilateral, sin la intervención de terceros y sin acuerdo previo entre las partes, dando por terminado el proceso. No encontramos la razón de existencia de la norma citada, si tenemos en cuenta que con la mera conciliación el proceso termina sin necesidad buscar el posterior desistimiento de la acción. Esta confusión en que incurre el decreto trae como consecuencia que los inspectores no compartan un criterio único para determinar si el proceso debe concluir con desistimiento de la acción después de una conciliación total.

o con la conciliación (11.76%), sin necesidad de desistimiento posterior. Los que optan por la primera alternativa están cumpliendo con su obligación de aplicar la ley, haciendo caso omiso de la diferencia entre las dos figuras, y los que optan por la segunda están respetando la distinción pero desconociendo el debido proceso consagrado por la ley de descongestión de despachos judiciales.

En cuanto a la tabla 23, resaltamos que en 18 casos no se logró la conciliación (36% de los no conciliados), debido a que el funcionario omitió hacer la citación para la audiencia, lo que implicó una ausencia de oportunidad para componer las controversias surgidas del injusto, y por tanto una violación al principio del debido proceso, que en este caso concreto exige la citación para la audiencia de conciliación sin importar que el sindicado se encuentre o no detenido (decreto reglamentario 800 de 1991, art. 5°).

TABLA 24. Tipo de contravención y si hubo o no conciliación

Contravención	Sí concilió	No concilió
Hurto	6 (14.28%)	36 (85.71%)
Estafa		1 (100%)
Abuso de confianza	1 (25%)	3 (75%)
Daños en bien ajeno	10 (76.92%)	3 (23.07%)
Lesiones personales	7 (53.84%)	6 (46.15%)
Lesiones personales en accidente de tránsito	8 (88.88%)	1 (11.11%)
Lesiones personales y daños en bien ajeno	1 (100%)	
Hurto, lesiones personales y porte ilegal de arma	1 (100%)	

TABLA 25. Tipo contravencional y motivo por el cual no se concilió
MOTIVO DE LA NO CONCILIACIÓN

Contravención	No asistieron	No se citó	No hubo acuerdo	Otros
Hurto	7 (19.5%)	12 (33.3%)	14 (44.5%)	1 (2.7%)
Estafa	0	0	1 (100%)	0
Abuso de confianza	1 (33.3%)	1 (33.3%)	1 (33.3%)	0
Daño en bien ajeno	0	2 (66.6%)	0	1 (33.4%)
Lesiones personales	1 (16.6%)	2 (33.4%)	0	3 (50%)
Lesiones en accidente de tránsito	0	1 (100%)	0	0

En las tablas 24 y 25, los porcentajes tienen como universo los procesos por el mismo tipo contravencional.

En las contravenciones que atentan contra el patrimonio económico, la razón primordial por la cual no se concilió fue la falta de acuerdo entre las partes. Ello puede obedecer a la sobrevaloración que a dicho bien jurídico dispensan las relaciones de producción con base en el sistema capitalista.

La ideología capitalista ha llevado al sujeto a un apego a todo lo que represente propiedad privada, ya que es ella la razón de ser del sistema. Esto explica el recelo cuando se trata de atentados contra el patrimonio económico, a diferencia de otros delitos.

En relación con el tipo "daño en bien ajeno", vemos que a pesar de tratarse de una conducta contra el patrimonio económico, se logró la conciliación en todos los casos. Esta circunstancia, que constituye una excepción a lo expuesto, puede deberse a que dicha contravención tiene su origen, en la generalidad de los casos, en disputas entre personas allegadas que no están interesadas en que sus conflictos se prolonguen y agraven, sino, por el contrario, en darles una solución pronta y efectiva.

En cuanto a las "lesiones personales en accidente de tránsito", la conciliación tuvo efecto en el 87.5% de los casos, lo que es razonable, pues por tratarse de un hecho culposo, esto es, causado sin la intención del agente, el sujeto pasivo está más dispuesto a ceder parte de sus intereses y a recibir una compensación económica por los perjuicios sufridos.

Es importante citar aquí los resultados obtenidos en una investigación sobre la conciliación en los procesos contravencionales de la ley 23 de 1991, adelantada por NORMA VALLEJO LÓPEZ¹³. En ella hay una encuesta, la cual fue respondida por 30 inspectores —de los 34 existentes en la ciudad—. Allí se les preguntó a los inspectores por los factores que según su criterio impidieron el acuerdo conciliatorio, y el 53% de los encuestados vinculó las diferencias con el valor de lo pactado como factor determinante para ello; el 43% relacionó la inasistencia de las partes. En este último porcentaje tiene un papel protagónico la actitud de las personas jurídicas (Comfama, Cooperativa de Consumo, Éxito, Ley, Candelaria, etc.), quienes evidencian absoluta renuencia para la conciliación, pues ni siquiera asisten a las audiencias programadas para tal efecto. Ello obedece a una política institucional de aquellas que seleccionan las víctimas del proceso penal, al poner en manos de las autoridades solo los aprehendidos que consideran tienen como "profesión" el hurto (escaperos), o que una actitud benévola con ellos constituye un incentivo a la actividad delictiva de los miembros del mismo grupo socioeconómico.

En esta misma investigación se verificó que el acuerdo conciliatorio tuvo como contenido fundamental una promesa de pago y pago parcial con promesa en cuanto a lo restante (52%), con el serio inconveniente de que en el 87% de los casos el inspector no verificó el cumplimiento de lo pactado. De ahí que la investigadora,

¹³ NORMA VALLEJO LÓPEZ, *Función de la conciliación en los procesos contravencionales penales*, Universidad de Medellín, 1992.

con toda razón, concluyese que con la ley 23 la víctima acrecienta su desprotección y sentimiento de inseguridad, "puesto que aun cuando lo acordado preste mérito ejecutivo, para cristalizar el proceso civil no solo se necesita un apoderado, sino que también requiere tiempo y dinero, lo que posiblemente no esté al alcance de todos los afectados (dado su estrato social)", a lo que se suma "La práctica imposibilidad de solicitar el embargo y/o secuestro de bienes, dado el estrato social al que pertenece la otra parte; y bien se sabe que un título ejecutivo sin la posibilidad de medidas previas, difícilmente se hace efectivo". Y si no concreta dicha posibilidad por la vía civil, tampoco le será posible por la vía penal, por cuanto "con la sola conciliación, aun cuando consista en una mera promesa de reparación y/o indemnización, tiene lugar la cesación de procedimiento, lo cual hace que el proceso haga tránsito a cosa juzgada". A esto se suma que en no pocas ocasiones las actas de conciliación se redactaron en forma tan poco ortodoxa, que no alcanzan a constituir título ejecutivo¹⁴.

Por lo expuesto anteriormente, y sumando a ello que la conciliación ni siquiera fue mencionada en la ley para las contravenciones penales, sino mucho después por el decreto reglamentario (800 de 1991) —rebasando con ello las facultades reglamentarias—, la autora citada concluye que tal institución no fue concebida como alternativa real de solución de conflictos, sino más bien como discurso legitimador de un cambio de competencia que se inscribe en la autoritaria política de «administrativización» de la justicia penal¹⁵.

TABLA 26. Defensor en la indagatoria

Defensor en indagatoria	Frecuencia	%
Abogado	4	4.76
Estudiante	13	15.47
Ciudadano honorable	63	75.00
No se nombró	4	4.76
TOTAL	84	100%

La ley 23 consagra un procedimiento breve y sumario, en el que se elimina la etapa del juicio. Contrasta dicha situación con el procedimiento ordinario, el que, por encontrarse dividido en sumario y juicio, otorga al procesado mayores oportunidades para su defensa, pues la puede ejercitar en la indagación preliminar, durante la extensa etapa del sumario y en el juicio.

Y si es censurable que en el procedimiento ordinario se nombren ciudadanos honorables como defensores en la indagatoria, sabiendo que van a ser sustituidos posteriormente por abogados titulados y solo excepcionalmente por estudiantes de

¹⁴ Ídem., págs. 110 y ss.

¹⁵ Ídem., pág. 138.

consultorio jurídico, lo es aún más que esto suceda en los procedimientos adelantados bajo vigencia de la ley 23 de 1991. Ello por cuanto, según el inciso tercero del art. 31 del decreto 800 del mismo año, "... con el designado se continuará la actuación hasta el final, salvo que el procesado nombre apoderado".

En los procesos regidos por la ley 23 de 1991 la indagatoria es el momento procesal más importante para el derecho de defensa, pues es esta *la única oportunidad con que cuentan el procesado y su defensor para solicitar las pruebas que consideren necesarias*, y es en este momento cuando se nombra el defensor que muy probablemente lo asistirá durante el resto del proceso. Por esto resulta inadmisiblemente que el 75% de los defensores hayan sido ciudadanos honorables, pues estos ni siquiera alcanzan a saber en qué consiste la diligencia de indagatoria, ignoran los derechos que le asisten en esta al indagado, y tampoco están calificados para determinar las pruebas fundamentales y conducentes en favor de su asistido, circunstancias que claramente se infieren de los resultados de la tabla 27.

Y como si lo anterior no fuere suficiente, a ello se suma que en el 4.76% de los procesos no se nombró defensor alguno para tal diligencia. Esta grave anomalía hace que sea letra muerta el derecho de defensa consagrado por tratados internacionales y por la Constitución Política en el art. 29: "... Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y juzgamiento..." (inciso cuarto).

Se presenta, además, un alto porcentaje de casos (30.95%) en los que el sindicado estuvo asistido en su indagatoria por ciudadanos honorables que continuaron ocupando el cargo de defensores durante el resto del proceso. Se desconoció así el derecho de defensa, pues esta debe llevarse a cabo única y exclusivamente por abogados, que se supone —al menos en teoría— podrían proteger al procesado de la arbitrariedad estatal. Esta violación se refrenda con la constatación de que los "ciudadanos honorables" *solo asistieron a la indagatoria, sin cumplir ninguna otra actuación procesal*. Pero incluso, como es sabido, en la indagatoria ellos ni siquiera están presentes sino que se limitan a firmar el acta correspondiente para cumplir con los requisitos formales exigidos por la ley, lo que en el fondo no constituye actuación procesal.

Los casos en los cuales no hubo defensor (4.76%) o este solo actuó en la diligencia de indagatoria (54.52%), están viciados de nulidad de acuerdo con el inciso tercero del art. 304 del C. de P. P., y sin embargo esta no fue decretada en ninguno de los procesos analizados.

En un 57.13% de los expedientes estudiados actuaron estudiantes de consultorio jurídico como defensores; algunos durante todo el proceso, otros únicamente después de la indagatoria. Es extraño que estos defensores no hayan realizado *ninguna actuación procesal en un 19.47% de los casos*, porque su obligación es procurar una adecuada defensa al procesado. También observamos que la actuación más generalizada entre los estudiantes de consultorio jurídico es la presentación de alegaciones (37.63%), lo cual se debe a que las universidades enfatizan en esta actuación, descuidando, en la generalidad de los casos, los demás momentos procesales en que puede ejercerse el derecho de defensa.

De lo anterior se deduce la violación del principio de contradicción, instituido no solo en materia probatoria sino también para todo lo concerniente a actuaciones procesales, ya que si materialmente no existe defensor en el proceso, ¿por intermedio de quién va a conocer el sindicado de las imputaciones que se le hagan para poder controvertirlas?, y ¿cómo va a saber en qué momento hacerlo?

Desde el punto de vista formal se cumple con el debido proceso consagrado por la ley 23 de 1991, que permite al sindicado de una contravención especial ser defendido por un ciudadano honorable; pero desde el punto de vista material se viola el debido proceso y el derecho de defensa, cuya filosofía es que se avoque la defensa por personas con conocimientos jurídicos suficientes para garantizar el cumplimiento de los derechos del procesado.

TABLA 27. ¿Cuáles sujetos procesales solicitaron práctica de pruebas?

Sujeto procesal	Frecuencia	%
El sindicado	5	5.95
El ministerio público	1	1.19
El representante de la parte civil	0	0.00
El defensor	3	3.57
No se solicitaron pruebas	75	89.28
TOTAL	84	100%

TABLA 28. El funcionario decretó pruebas

Decretó	Frecuencia	%
De oficio	55	65.47
A petición de parte	2	2.38
No decretó	17	20.23
De oficio y a petición de parte	1	1.19
No eran procedentes por la forma en que terminó el proceso	9	10.71
TOTAL	84	100%

TABLA 29. De las pruebas solicitadas por las partes se decretaron

Se decretaron	Frecuencia	%
Todas	6	66.66
Parcialmente	0	0.00
Ninguna	3	33.33
TOTAL	9	100%

Prueba, en el procedimiento penal, es todo aquello que pueda servir de medio de convicción al juez para formarse concepto en relación con los hechos que se investigan y juzgan, con los autores y partícipes, con la responsabilidad de estos, con su personalidad y con los daños y perjuicios ocasionados.

Los porcentajes de la tabla 27 confirman una cuestión que se ha concluido a lo largo de la investigación: la carencia de defensa idónea para los procesados, violatoria del principio de defensa: en la mayoría de los expedientes (75%), ningún sujeto procesal solicitó pruebas. Es increíble que solo tres defensores (3.57%) lo hubieran hecho, y que cinco sindicados (5.95%) se hubieran visto obligados a pedirlos.

Sobresale que en 17 expedientes (20.23%) no se decretaron pruebas. Quizá el elemento más importante del proceso es el probatorio, pues únicamente con base en él puede el funcionario tomar decisiones. Nos preguntamos: ¿cómo decidieron los inspectores en estos casos si no tenían material probatorio para hacerlo? Con este proceder están violando uno de los pilares fundamentales del moderno derecho penal liberal, el principio de presunción de inocencia, según la cual toda persona se presume inocente hasta tanto no sea establecida su responsabilidad mediante sentencia debidamente ejecutoriada. De este principio se deriva que la carga de la prueba en el proceso penal recaiga sobre el Estado, es decir, él está obligado a demostrar la culpabilidad del sindicado. El funcionario debe, por tanto, hacer acopio de todas las pruebas posibles, pues, de lo contrario, como sucedió en algunos de los procesos investigados, se viola el principio de lealtad que exige al inspector cumplir con las obligaciones propias de su actividad juzgadora, dentro de las cuales se encuentran las de investigar la veracidad de los hechos y procurar la práctica de las pruebas solicitadas.

TABLA 30. Se decretaron causales de nulidad

Se decretaron causales de nulidad	Frecuencia	%
Si	2	2.38
No	82	97.61
TOTAL	84	100%

TABLA 31. Por iniciativa de quién se tramitó la causal de nulidad

De quién fue la iniciativa	Frecuencia	%
Del inspector oficiosamente	0	0.00
Del sindicado	1	50.00
Del ofendido por intermedio de su abogado	1	50.00
Fue allanada por las partes	0	0.00
TOTAL	2	100%

TABLA 32. La causal de nulidad se decretó

Se decretó la causal de nulidad	Frecuencia	%
Al momento de dictar sentencia	0	0.00
Antes de dictar sentencia	2	100.00
TOTAL	2	100%

Consideramos necesario hacer el estudio de lo que la ley 23 de 1991 y su decreto reglamentario (800 de 1991) consagraron sobre irregularidades de los actos procesales: la primera lo hace en su art. 11, cuando preceptúa que las irregularidades procedimentales y la falta de competencia "... serán subsanadas por el funcionario (...) de oficio o a petición de parte, salvo que hayan sido allanadas por estos y (...) siempre que no afecten los derechos de las partes" (subrayas fuera de texto).

El decreto 800 de 1991 consagra este tópico en el art. 43 de la siguiente manera:

"Las irregularidades del proceso, como la falta de firma o de fecha u otras similares, deberán ser subsanadas oficiosamente por el funcionario competente o quedarán subsanadas cuando las partes hubiesen intervenido en ellas, o cuando habiéndolas conocido no las hubiesen objetado, lo cual se presume por cualquier actuación o presentación de escrito posterior a aquellas.

"Las actuaciones que desconozcan el derecho de defensa deberán ser revocadas oficiosamente o a petición de parte, de conformidad con los artículos 69 y siguientes del Código Contencioso Administrativo (decreto 01 de 1984) o las normas que los modifiquen o adicione.

"Las diligencias y pruebas practicadas por funcionario no competente conservarán su validez y no requerirán de convalidación.

"La falta de competencia para dictar providencia definitiva solo genera la nulidad de esta providencia, y su declaratoria será apelable en el efecto devolutivo".

Podemos apreciar la falta de técnica en la elaboración de esta norma. Esto no debe sorprendernos, puesto que es solo otro ejemplo de la improvisación e irresponsabilidad con que fue realizada. Este artículo, para efectos de su interpretación, debe desglosarse de la siguiente manera: el inciso primero se refiere a irregularidades no sustanciales del proceso, como "... la falta de firma o de fecha u otras similares"; que, según la ley, quedan subsanadas "... cuando las partes hubiesen intervenido en ellas, o cuando habiéndolas conocido no las hubieren objetado, lo cual se presume por cualquier actuación o presentación de escrito posterior a aquéllas".

El segundo inciso se refiere a actuaciones que desconocen el derecho de defensa. Para la revocatoria de estas actuaciones la ley remite al Código Contencioso

Administrativo, remisión que resulta absurda, pues los arts. 69 y siguientes del mismo se refieren a la revocación directa de los *actos administrativos*, lo cual no tiene ninguna relación con lo tratado, porque las contravenciones de la ley 23 de 1991 son materia penal y no administrativa, y asimilar ambos conceptos constituye un error que genera consecuencias gravísimas para la administración de justicia, pues se desconoce su independencia; y para el sindicado, por cuanto se le está aplicando un procedimiento administrativo y no el penal.

Los incisos tercero y cuarto del citado artículo se refieren a la falta de competencia como causal de nulidad.

Como podemos observar, la norma no hace referencia a irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso o los derechos de las partes, anomalías que se presentaron en la gran mayoría de los expedientes en estudio. ¿Debemos pensar entonces que estas anomalías no dan lugar a una declaratoria de nulidad por no estar consagradas expresamente en la norma? Si queremos hacer una sana interpretación, la respuesta a esta pregunta deberá ser negativa, quedando como posibles soluciones a este problema incluir estas anomalías dentro del inciso primero para ser subsanadas tácitamente, lo cual sería absurdo, o recurrir al Código de Procedimiento Penal para llenar tal vacío, que a nuestro modo de ver sería la única solución adecuada, pues estaría conforme a la garantía constitucional del debido proceso. Pero los inspectores no hicieron nada y dejaron transcurrir los procesos, pese a estar afectados de nulidad.

Es asombroso que solo en 2 procesos (2.38%) se decretaran nulidades, pues en la mayoría de los estudiados se presentaron irregularidades sustanciales, como la vulneración del debido proceso y del derecho de defensa, entre muchas otras, irregularidades que indefectiblemente llevarían a la nulidad de aquellas actuaciones.

Resulta aún más alarmante que en los procesos en los cuales se decretaron causales de nulidad, estas no hubieran sido propuestas ni por el defensor ni por el agente del ministerio público, quienes son supuestamente los encargados de hacer valer los derechos y garantías del sindicado dentro del proceso. Y un testimonio más de absoluta indefensión del procesado en este sistema.

TABLA 33. El caso terminó con

El caso terminó con	Frecuencia	%
Sentencia absoluta	8	9.52
Sentencia condenatoria	25	29.76
Auto inhibitorio	10	11.90
Conciliación	16	19.04
Cesación de procedimiento por prescripción	0	0.00
Cesación de procedimiento por desistimiento	19	22.61
Otras:		
Cesación de procedimiento por el artículo 42 del decreto 800 de 1991	3	3.57
Caducidad de la acción contravencional	2	2.38
Pago de perjuicios	1	1.19
TOTAL	84	100%

La cesación de procedimiento por desistimiento es una de las categorías que presentan un alto porcentaje (22.61%), debido a que el decreto reglamentario 800 de 1991 consagró esta forma de terminación para los casos en los que el ofendido o perjudicado desistiera de la acción contravencional en cualquier etapa del proceso y para aquellos en los cuales se presentara la conciliación, lo que significa que se están confundiendo las figuras jurídicas *conciliación* y *desistimiento*, pues, como se dijo anteriormente, la primera es suficiente para dar por terminado el proceso, sin que sea necesario acudir a la segunda.

Hubo procesos en los cuales la causal de cesación de procedimiento no fue especificada (3.57%); en ellos la parte motiva de la providencia únicamente hizo mención al art. 42 del decreto 800 de 1991, el cual establece en forma genérica las causales de cesación de procedimiento; igualmente encontramos con extrañeza el pago de perjuicios como forma de terminación del proceso (1.19%), dado que no está consagrado por la ley como causal de terminación. Con este modo de proceder de los funcionarios se violó, una vez más, el principio del debido proceso.

TABLA 34. ¿Si la sentencia fue condenatoria, se concedió el subrogado de condena de ejecución condicional?

Se concedió el subrogado	Frecuencia	%
Si	20	80.00
No	5	20.00
TOTAL	25	100%

TABLA 35. ¿Si no se concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional, se concedió la libertad condicional?

Se concedió la libertad condicional	Frecuencia	%
Si	0	0.00
No	5	100.00
TOTAL	5	100%

En la tabla 34 el universo está constituido por 25 procesos que terminaron con sentencia condenatoria, de los cuales en un 20% no se concedió el subrogado de condena de ejecución condicional.

La condena de ejecución condicional está reglamentada en el art. 45 del decreto 800 de 1991, el cual hace remisión expresa al Código Penal. Este, en su art. 68, trae los requisitos necesarios para que proceda el subrogado:

“1. Que la pena impuesta sea de arresto o no exceda de tres años de prisión.

"2. Que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al juez suponer que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario" (subrayas fuera del texto).

Según la ley 23 de 1991 (art. 1º, num. 1 a 19), todas las contravenciones tienen como pena principal el arresto; además, todas ellas, por ser precisamente hechos punibles contravencionales, no tienen diferencias relevantes en cuanto a su "naturaleza" y "modalidad". Esto nos lleva a concluir que, en lo que respecta a las conductas tipificadas en esta ley, el único fundamento que existe para negar la suspensión de la pena es la valoración del fallador, en el sentido de que el condenado, por su "personalidad", "necesita tratamiento penitenciario".

En nuestra investigación, cuatro personas que cometieron la contravención de hurto y una que cometió abuso de confianza, según el criterio de los inspectores que las juzgaron, necesitaron este tratamiento. ¿Con base en qué los funcionarios decidieron que los sindicados requieran ser internados en la cárcel, si en uno de los casos ni siquiera se solicitaron los antecedentes? ¿Por qué precisamente son los condenados por contravenciones contra el patrimonio económico los que requieren "tratamiento penitenciario"? ¿Se preguntaron tales funcionarios si en el centro penitenciario al que fueron remitidos aquellos condenados existía alguna forma de "tratamiento penitenciario"?¹⁶.

Se ha considerado que el ejecutivo no puede imponer penas privativas de la libertad, porque con ello no se respetan los postulados del Estado de Derecho y del derecho penal liberal. Los principios de legalidad, del debido proceso y del juez natural, entre otros, resultan lesionados cuando se somete a un individuo al poder de policía por una conducta penal y se le aplica un proceso breve y sumario, que lo único que hace es negar el derecho a la defensa.

En cuanto a la libertad condicional, esta se encuentra consagrada por el art. 46 del decreto reglamentario de la ley 23 de la siguiente forma:

"En los procesos contravencionales a que se refiere esta ley, el funcionario podrá conceder la libertad condicional al condenado, cuando este haya cumplido las dos terceras partes de la condena, *siempre que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden permitan suponer fundadamente su readaptación social...*" (subrayas fuera de texto).

¹⁶ Sobre este tema, cfr. J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA y HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRIO, "El tratamiento penitenciario (C. P., art. 68) desde la perspectiva criminológica y político-criminal", en *N.F.P.*, núm. 27, 1985; EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *Penología*, parte especial, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1984; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "La prisión como problema: Resocialización versus desocialización", en *R.C.A.P.V.*, núm. 13, 1985, págs. 329 a 346; "La resocialización del delincuente: Análisis y crítica de un mito", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7, Universidad Complutense, Madrid, 1979; ALESSANDRO BARATTA, "Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad", en *N.F.P.*, núm. 15, 1982.

La norma citada hace referencia a dos tipos de requisitos: objetivos, como el cumplir con las dos terceras partes de la pena; y subjetivos, como el que respecta a la personalidad del condenado y a sus antecedentes "de todo orden". Estos últimos no deberían importarle a un sistema penal que se autodenomina "liberal", que predica que se condene al individuo por el hecho ilícito cometido (culpabilidad por el acto) y no por aspectos que tienen que ver con su personalidad o con su conducta anterior.

La tabla 35 nos muestra que en el 100% de los procesos en que la condena no fue suspendida, al sindicado no se le concedió la libertad condicional, porque no se encontró en los expedientes constancia de su otorgamiento. Esto deja ver que los inspectores, una vez proferida la sentencia, ordenan el archivo del proceso sin importarles la suerte que corran los condenados en el presidio, lo que hace nugatorio el derecho a tal subrogado. Lo expuesto implica también el desconocimiento del principio de lealtad procesal y del debido proceso. Y obsérvese que ninguno de los defensores lo solicitó, como tampoco ninguno de los condenados.

TABLA 36. Contenido de la sentencia absolutoria

Contenido de la sentencia absolutoria	Frecuencia	%
Se reconoció justificación del hecho por estado de necesidad	0	0.00
Se reconoció otra causal de justificación	0	0.00
Se reconoció causal de inculpabilidad	0	0.00
Otras:		
Falta de certeza	3	37.50
Falta de prueba	4	50.00
El sindicado no es responsable	1	12.50
TOTAL	8	100%

Como la mayor parte de los hechos punibles de que se ocupa realmente el sistema penal contravencional instaurado por la ley 23 de 1991 constituyen infracciones contra el patrimonio económico de escasa consideración, los que en la exposición de motivos de la ley se consideran incluso "nacidos de la indigencia de la mayor parte de la población colombiana"¹⁷, creímos pertinente incluir en el cuestionario una variable que nos permitiera verificar si el porcentaje de procesados absueltos por haber obrado en circunstancias configuradoras de una causal de justificación (estado de necesidad, por ejemplo) o de inculpabilidad (no exigibilidad de otra conducta, etc.). Los resultados obtenidos, transcritos en la tabla 36, son categóricos: en ningún proceso se absolvió con fundamento en causales de exclusión de la antijuridicidad o de la culpabilidad. Ello muy probablemente estuvo determinado por el deficiente

¹⁷ Exposición de motivos del proyecto de ley núm. 127 de 1990, en *Anales del Congreso*, año xxxiii, núm. 93, miércoles 17 de octubre de 1990.

interrogatorio que los inspectores hicieron a los indagados en la diligencia de injurada, en la que omitieron preguntar por condiciones socioeconómicas y familiares de los procesados (ingresos, personas a cargo, actividad laboral, etc.). Igualmente, por la deficiente actividad probatoria desplegada en los procesos, tanto por parte del inspector como de las partes; por la inexistente defensa, aspecto al cual ya tuvimos oportunidad de referirnos. Así mismo, por el procedimiento instaurado en la ley, conculcatorio de los principios de contradicción y de defensa, al prescribir el momento de la indagatoria como el único en que es posible la solicitud de pruebas por parte del procesado y su defensor.

En verdad, con tal procedimiento se quiere circunscribir la pesquisa a la averiguación del hecho punible. En él no hay cabida para averiguar la historia del "delincuente" indigente y marginal, porque, como lo señalara FRANCO BASAGLIA, esta sería una historia de violencias, de privaciones y de abusos de los cuales no debe quedar huella, porque de otra manera se perdería toda "legitimidad" para una condena¹⁸.

TABLA 37. Fue recurrida la sentencia

Fue recurrida la sentencia	Frecuencia	%
Si	1	3.03
No	32	96.96
TOTAL	33	100%

TABLA 38. Por quién fue recurrida la sentencia

Por quién fue recurrida	Frecuencia	%
Por el sindicato o su defensor	0	0.00
Por el ministerio público	1	100.00
Por la parte civil	0	0.00
TOTAL	1	100%

¹⁸ FRANCO BASAGLIA: "Un delincuente burgués pudiente no tiene problemas de reinserción y recuperación. El crimen cometido es aceptado como un producto histórico social y no como un dato natural: hay una justificación en su acción criminal (...) En la vida, en el ambiente de estas personas, hay un espacio que la clase de pertenencia reconoce y conserva para ellas. El problema de la recuperación no existe porque, en este caso, el delincuente tiene una historia que clarifica ante los ojos de sus pares el delito, y dispone de instrumentos económicos y culturales para no tener la necesidad de repetir el acto criminal (...) Exactamente aquello que no sucede nunca para la clase oprimida que actúa delictuosamente. Este tipo de delincuencia no tiene historia, o mejor, su historia es solo la historia de sus delitos; los antecedentes penales. Es delincuente por naturaleza (...), no hay causas, motivaciones psicológicas, sociales, económicas, que justifiquen o expliquen su gesto, sino la misma delincuencia que se convierte entonces en delincuencia biológica, intrínseca, de la raza, de las características somáticas.

TABLA 39. La decisión tomada frente al recurso interpuesto fue

Decisión frente al recurso	0	0.00
Confirmatoria	0	0.00
Revocatoria o modificatoria en favor del procesado	1	100.00
Revocatoria o modificatoria en desfavor del procesado	0	0.00
TOTAL	1	100%

En la tabla 37, el universo son 33 procesos con sentencia (8 absolutorias y 25 condenatorias), en los cuales solo una providencia fue recurrida (3.03%). El recurso se interpuso contra una sentencia condenatoria y la parte recurrente fue un agente del ministerio público, que logró con su actuación la revocatoria de la decisión que afectaba los derechos del sindicato.

En nuestra investigación, todos los defensores creyeron agotada su labor con el último pronunciamiento del funcionario, sin importar que aún le quedara al sindicato el lapso de ejecutoria para defenderse. Una defensa idónea hubiera aprovechado esta oportunidad para evitar en lo posible una condena no procedente legalmente. Solo se presentó un caso con esta característica, y fue el proceso en el cual, por la inactividad del defensor, el ministerio público tuvo que recurrir la decisión de la primera instancia y evitó con ello la imposición de una sanción injusta.

4.5. *Resultados del cuestionario II.* Este cuestionario se resolvió en relación con 156 procesos, en los cuales no se indaga a ninguna persona.

TABLA 40. Tipo de contravención

Tipo de contravención	Frecuencia	%
(1) Hurto	24	15.38
(2) Estafa	8	5.13
(3) Fraude mediante cheque	2	1.28
(4) Abuso de confianza	12	7.69
(5) Daño en bien ajeno	27	17.31
(6) Lesiones personales dolosas	43	27.56
(7) Lesiones personales en accidente de tránsito	32	20.51
(8) Ejercicio arbitrario de las propias razones	5	3.21
(9) Daño en bien ajeno y lesiones personales dolosas	3	1.92
TOTAL	156	100%

"Cada tentativa de historificar al delincuente proletario o subproletario fracasa, porque la suya sería una historia de violencia, de privaciones y de abusos de los cuales no debe quedar huella" (Violencia en la marginalidad. El hombre en la picota", en *Derecho Penal y Criminología*, vol. III, núm. 11, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1980, pág. 58).

TABLA 41. Situación que se presentó al estudiar el proceso.

Situación que se presentó	Frecuencia	%
Conciliación	58	37.17
Desistimiento	49	31.41
Prescripción por no formulación oportuna de la querrela	20	12.82
Otras:		
Caducidad de la acción	8	5.12
No hubo denuncia	4	2.56
Conducta no punible	5	3.20
Querrela ilegítima	10	6.41
Falta de responsabilidad del sindicado	2	1.28
TOTAL	156	100%

TABLA 42. La decisión tomada frente a la situación anterior fue

La decisión tomada fue	Frecuencia	%
Inhibirse de iniciar investigación	74	47.43
Cesación de procedimiento	47	30.12
Otras:		
Conciliación	19	12.17
Prescripción	6	3.84
Desistimiento	9	5.76
Caducidad de la acción	1	0.64
TOTAL	156	100%

En cuanto a este cuestionario, omitimos reproducir los resultados en relación con muchos otros puntos. Solo queremos mencionar que respecto a las condiciones socioeconómicas y familiares del procesado, el porcentaje más representativo lo fue la variable "sin información": estado civil: 50%; lugar de residencia: 58%; estudios: 78%; actividad laboral: 55%; ingresos mensuales: 96%. Y en cuanto a los procesos en que se obtuvo información, los resultados no difieren sustancialmente de los obtenidos en el cuestionario I.

5. CONCLUSIONES

5.1. En relación con la salvaguarda de las garantías constitucionales de carácter sustantivo y procesal, en los procesos tramitados conforme a la ley 23 de 1991, creemos conveniente resumir los resultados obtenidos:

5.1.1. *Debido proceso.* Se conculcó esta garantía por las siguientes razones: iniciación ilegítima de procesos (querellantes que no eran perjudicados u ofendidos); procesos en los que no se determinó la cuantía, aspecto fundamental para efectos de la competencia y del procedimiento aplicable; en los casos de captura en flagrancia, se recibió la indagatoria transcurridos más de tres (3) días de dicha captura; se profirieron sentencias de fondo, sin que se hubieran recaudado pruebas para ello; omisión de la citación para la audiencia de conciliación, que prescribe la ley como obligatoria; procesos que terminaron sin que se hubiese resuelto previamente la situación jurídica; se profirió auto inhibitorio, cuando ya había proceso; se profirió cesación de procedimiento, sin haberse iniciado el proceso; equiparamiento de la indagatoria a la diligencia de descargos y a la versión libre; procesamiento de un menor. En ninguno de los procesos en que se profirió sentencia condenatoria sin el subrogado de la condena de ejecución condicional, se tramitó posteriormente el subrogado de la libertad condicional; en ellos los inspectores ordenaron el archivo del proceso y no se preocuparon de la ejecución de la sentencia y los procesados por ignorancia y carencia de defensa, no solicitaron el reconocimiento de este derecho.

5.1.2. *Derecho de defensa.* En cuanto a este derecho, es preciso señalar que conforme a la Constitución es absolutamente claro que él solo se satisface cuando la representación judicial del procesado dentro del proceso penal la ejerce un abogado. Para evidenciar esto bástenos transcribir los apartes pertinentes del art. 29 de la codificación citada, que reproduce como principio rector el Código de Procedimiento Penal (decreto 2700/91) en su art. 1º: "...quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas..." (subrayas y negrillas nuestras).

Por esta razón las disposiciones de la ley 23 de 1991, alusivas a la representación judicial de los procesados por "ciudadanos honorables", quebrantan en forma rotunda las prescripciones constitucionales. Igual conclusión se puede pregonar, incluso, respecto de los estudiantes adscritos a los consultorios jurídicos, aunque a estos dicha representación se les ha permitido en eventos específicos, desde mucho antes de esta ley (decreto 196 de 1971, "Estatuto del Ejercicio de la Abogacía").

Como si lo anterior no fuere suficiente, la violación de la garantía en mención se acreditó también, entre muchas otras, por las siguientes razones: fue predominante la inactividad de los defensores que asistieron a los procesados: en los procesos resueltos con el cuestionario I (84 procesos), en solo tres (3) el defensor solicitó pruebas; las sentencias nunca fueron recurridas por el defensor, no obstante que 25 de ellas fueron condenatorias; la defensa ejercida por "ciudadanos honorables" no es técnica ni idónea: la actuación de estos se limitó a asistir a la diligencia de indagatoria, sin ninguna otra participación (ni pidieron pruebas, ni interpusieron recursos, ni les notificaron las providencias, ni presentaron alegaciones, etc.). Un ciudadano común por muy honorable que sea, no por ello está habilitado para conocer la complejidad de fenómenos que tienen relación con un proceso penal y cuyo dominio es esencial para ejercer una adecuada defensa (*principios rectores*:

tipicidad inequívoca, antijuridicidad material, debido proceso, etc.; circunstancias excluyentes de la antijuridicidad o de la culpabilidad; imputabilidad; subrogados penales; garantías procesales; nulidades; excepción de inconstitucionalidad; funciones de la pena; circunstancias de atenuación punitiva o de exclusión de la misma; etc.); la ley prescribe que la única oportunidad procesal para pedir pruebas es la diligencia de indagatoria, y así se cumplió en la totalidad de los procesos que contaron con dicha diligencia.

Y no obstante ser manifiesta la nulidad por carencia de una debida defensa en innumerables casos, en ningún proceso se decretó aquella con fundamento en dicha circunstancia.

5.1.3. *Juez natural*. Solo los funcionarios judiciales ostentan las condiciones constitucionales para ser jueces, por cuanto solo de ellos se puede predicar idoneidad, imparcialidad e independencia (legitimidad material). Los inspectores de policía, por ser miembros del poder ejecutivo —de libre nombramiento y remoción de los alcaldes municipales y de los gobernadores— y por su origen eminentemente clientelista, nunca podrán tener independencia e imparcialidad, requisitos fundamentales de legitimidad para poder administrar justicia.

Aunque los inspectores de ciudades capitales como Medellín, por mandato de la ley y de su decreto reglamentario deben ser abogados titulados, se pudo conocer que el cumplimiento de dicha disposición fue reiteradamente aplazada. Además, si para funcionarios abogados se acreditaron innumerables falencias e irregularidades en el trámite de los procesos, no alcanzamos a imaginar las que se pueden estar dando en otros municipios del país, en los que sus inspectores no tienen tal calidad y ni se las exige la ley.

En la nueva carta constitucional es clara la consagración de la garantía del juez natural. Por tal motivo, solo la *autoridad judicial* puede condenar a una pena de arresto o de prisión¹⁹. Igualmente, conforme a lo prescrito en el art. 93 de la misma carta, es preteritorio para el Estado darle vigencia real a este derecho humano (juez natural), por cuanto se encuentra consagrado en pactos internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia (Pacto de San José de Costa Rica: ley 16 de 1972; Pacto de la ONU sobre Derechos Civiles y Políticos: ley 74 de 1968), normatividad que “prevalece en el orden interno”²⁰.

La Corte Constitucional, en providencia de agosto 13 de 1992, hace valiosas consideraciones sobre el “monopolio de las penas privativas de la libertad en cabeza

¹⁹ *Constitución Política*, art. 28: “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de *autoridad judicial competente*, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley” (subrayas nuestras).

²⁰ *Constitución Política*, art. 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

”Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

de los jueces”. Y al hacer alusión a la circunstancia de que el art. 28 transitorio de la Constitución confiere facultad provisional a las autoridades de policía para conocer de hechos punibles, mientras se expide la ley que atribuya a las autoridades judiciales su conocimiento, concluye lo siguiente: “Por mandato constitucional, de imperiosa observancia dado el carácter de *derecho de aplicación inmediata* que ostenta la libertad (C. P., art. 85), corresponde al legislador, en un término breve, expedir la ley que atribuya integralmente a las autoridades judiciales el conocimiento de estas conductas, so pena de inconstitucionalidad por la vía omisiva” (negrilla del texto original)²¹.

No obstante lo valioso de este criterio, resulta contradictorio: si la libertad solo puede ser afectada por decisión de autoridad judicial y es un *derecho de aplicación inmediata*, desde que empezó la vigencia de la Constitución las autoridades de policía perdieron absolutamente toda facultad para afectar la libertad en los procesos contravencionales ante ellas ventilados. Esta es la consecuencia obvia de la negligencia del Congreso para expedir la ley, circunstancia que contrasta con la diligencia y premura con que han adelantado otras leyes²².

5.1.4. *Igualdad ante la ley*. Se vulneró esta garantía porque los inspectores no tienen un criterio único en cuanto a si las contravenciones admiten o no tentativa. Los que piensan que sí la admiten, procesaron y juzgaron; mientras los que la rechazan se inhibieron de iniciar el proceso. Incluso eventos en que era evidente la calidad de mera tentativa del hecho investigado, fue juzgado como hecho consumado. Igualmente, no fueron igualitarias las condiciones de defensa entre los que estuvieron representados en el proceso por un abogado y los que lo fueron por “ciudadanos honorables” o por estudiantes del consultorio jurídico.

Respecto al funcionario que conoció del asunto, dicha desigualdad fue manifiesta, por cuanto en unos casos lo hizo un abogado titulado, y en otros, personas encargadas para quienes la ley no exige ningún requisito. Esta desigualdad se entroniza también cuando el decreto reglamentario 800 de 1991, establece diferentes requisitos para ser inspector de policía, según el municipio donde se cumplirá la función.

5.1.5. *Principio de contradicción*. Se transgredió esta garantía cuando no se resolvió la situación jurídica, providencia que hace las veces de pliego de cargos, lo que inhibió al procesado y al defensor para conocerlos y así ejercer debidamente la defensa.

5.1.6. *Principio de la cosa juzgada*. Se violó este principio cuando los inspectores profirieron auto inhibitorio después de iniciado el proceso. En este evento los sindicatos tenían derecho a la certeza de no ser juzgados posteriormente por los mismos hechos, pero tal derecho se desconoció porque el auto inhibitorio no hace tránsito a cosa juzgada.

²¹ *Jurisprudencia y Doctrina*, núm. 250, octubre de 1992, págs. 1014 y ss.

²² Por ejemplo, la ley antisequestro (ley 40 de 1993), cuyo proyecto estuvo abanderado por grupos económicos, sociales y políticos de gran poder; y la ley de reforma tributaria, para la cual presionó el gobierno, por constituir esta un puntal importante de su política neoliberal.

5.1.7. *Legalidad.* Se desconoció esta garantía por los siguientes motivos: se juzgaron conductas en grado de tentativa, siendo ello improcedente, por cuanto no existe tal dispositivo amplificador del tipo penal en materia de contravenciones; no se determinó la cuantía en conductas lesivas del patrimonio económico, siendo por ello procesalmente imposible precisar si se estaba en presencia de un delito o de una contravención, como también del procedimiento aplicable y los funcionarios que deberían conocer de tales casos.

5.1.8. *Dignidad humana.* Se registraron varios casos en los cuales el sindicado denunció tratos crueles por parte de funcionarios públicos y particulares, sin que el inspector no realizara alguna actuación, siéndole obligatorio, como mínimo, compulsar copias para que las autoridades competentes investigaran la posible comisión de hechos punibles. Esto es testimonio del desprecio que dichos funcionarios tienen por una garantía de tanta importancia, actitud que encuadra dentro de las previsiones del tipo de omisión de denuncia.

5.1.9. *Principio de culpabilidad.* Esta garantía se menoscabó principalmente por las deficiencias que mostraron los procesos en la actividad probatoria; además, por el procesamiento de un menor, para quien su juez natural es el juez de menores (decreto 2337 de 1989). La ignorancia de los funcionarios de policía en asuntos tan fundamentales, es testimonio claro de su inidoneidad para conocer de los hechos punibles.

5.1.10. Los apologistas de la ley 23 de 1991, para darle aval a su posición, arguyen que las garantías procesales y sustantivas están consagradas por la Constitución y la ley, y con fundamento en ello presumen de derecho que se aplican cabalmente en este ámbito del sistema penal²³. Olvidan que, tal como ocurre en todo lo concerniente a los derechos humanos, ostentar con la mera consagración formal careciendo de voluntad política para procurar su eficacia y vigencia real, constituye el procedimiento recurrente al que acude el poder en procura de lograr la legitimidad de sus instituciones.

5.2. *Conmutación de la pena.* En ningún proceso el inspector acudió a la conmutación de la pena por "trabajo en obras públicas y tareas de alfabetización". Esto

²³ El secretario de gobierno de Medellín, Carlos Alberto Atehortúa Ríos, en escrito del día 2 de marzo de 1992, al responder la pregunta de si en los procesos tramitados conforme al procedimiento señalado en la ley 23/91, se violaban garantías constitucionales, dijo lo siguiente: "Personalmente no lo creo. Al fin y al cabo en materias penales y contravencionales rigen en toda su extensión los principios de legalidad, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad a los cuales debe plegarse el fallador en cada caso concreto. Además los procesos deben estar revestidos de las máximas garantías procesales: entre ellas, el estar asesorado por un defensor. Si a ello se le suma la existencia de organismos fiscalizadores como las procuradurías (...) y la Personería Municipal, a los cuales puede acudir la persona que crea que se le están vulnerando sus derechos, no veo cómo un funcionario, así sea de libre nombramiento y remoción, pueda por motivos políticos afectar la decisión de un proceso.

"Además, debe tenerse en cuenta que estos tienen segunda instancia, y por lo tanto, en un supuesto caso de irregularidad procesal, se tendría como mecanismo la utilización del recurso de apelación. Súmese a esto la posibilidad de la acción de tutela..." (cfr. NORMA VALLEJO LÓPEZ, *La función de la conciliación...*, cit.).

es de lo poco rescatable de la política criminal que informa la ley 23 de 1991, porque evita los efectos negativos que acompañan la privación de la libertad (prisionización, desculturización, estigmatización, violencia intracarcelaria, etc.) y apunta a salvaguardar la dignidad humana. La ausencia de desarrollo práctico de esta institución permite inferir que se consagró allí con criterio demagógico, buscando con ella un respaldo por parte de la comunidad, principalmente de la reticente al proceso de administrativización de la justicia.

5.3. El balance estadístico de la Secretaría de Gobierno de Medellín respecto a los procesos tramitados conforme a la ley 23 de 1991, por las inspecciones municipales de policía de Medellín y sus corregimientos, entre marzo de 1991 y marzo de 1992, es el siguiente:

Procesos iniciados	61.625	
Procesos terminados	25.131	(40.78%)
Procesos pendientes	34.231	
Audiencias de conciliación	4.031	(6.54%)
Celebradas		
Audiencias con acuerdo	2.656	

El proyecto de ley núm. 127 de 1990, presentado al Congreso por el gobierno y que finalmente se convirtió en la ley 23 de 1991 sin cambios substanciales, entre sus considerandos dice: "La justicia, para ser tal, deberá ser pronta y cumplida (...) la dilación procesal por causa de la acumulación hace desaparecer tal seguridad, a más de que dificulta la solución de conflictos porque el tiempo afecta la prueba o la posibilidad de recaudarla..."²⁴.

Pero resulta que las estadísticas relacionadas evidencian que con la ley solo hubo un desplazamiento de la acumulación de procesos, que si bien se descongestionaron los juzgados municipales, correlativamente se produjo la congestión de las inspecciones municipales, las que no han podido evacuar miles de procesos, tanto de los recibidos de los juzgados al comienzo de la vigencia de la ley, como de los que han llegado posteriormente.

Y para lograr la "pronta y cumplida justicia" se pretextó la necesidad de un procedimiento breve y sumario; e incluso, la defensoría ejercida por un "ciudadano honorable" con el fin de solventar las dificultades que se presentaban para procurar la defensa por parte de abogados de oficio. Pero resulta que ni así se logró tramitar los procesos. Y en lo que fue posible, en aras de la rapidez se sacrificó la justicia, por cuanto una decisión de tal entidad solo es posible cuando ella proviene de un proceso legal en el que se respetan las garantías y derechos fundamentales del procesado, lo que con creces desconocen los procesos tramitados de acuerdo con esta ley.

²⁴ *Anales del Congreso*, año XXXIII, núm. 93, miércoles 17 de octubre de 1990.