

Jueves, 17 de febrero de 2000.

Licenciada
Blanca Solano Castellero
Juez de Niñez y Adolescencia de la
Provincia de Herrera.
Chitré, Provincia de Herrera.

Señora Juez:

Con mucho gusto tenemos a bien brindarle respuesta a sus interesantes inquietudes, referente a la Ley 40 de 26 de agosto de 1999, específicamente sobre la competencia instructoria en el nuevo REGIMEN ESPECIAL DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA LA ADOLESCENCIA.

Es importante que de inicio reconozca que su Consulta administrativa aborda, quizás el tema más importante respecto de la funcionabilidad y ejecutoria práctica de la Ley 40 de 26 de agosto de 1999. Ello es así, dado que definir cuál funcionario tiene hoy en día la atribución legal de investigar a los adolescentes que se hayan visto abocados a un acto infractor, es un asunto que trasciende la esfera de la simple interpretación legal para incursionar en la integración pragmática del derecho.

Ciertamente, mucho se ha conversado en los círculos académicos y en el foro sobre sí la competencia instructora debe ser asumida en este período transitorio, donde aún no se ha nombrado a los Fiscales Especiales de Adolescentes, debe ser reasumida como antes, por el juzgador, o si debe ser diferida a el Fiscal del Circuito Penal correspondiente a la circunscripción geográfica al lugar del acto presuntamente delictivo o infractor. A pesar de estas disquisiciones, vemos con agrado que una funcionaria judicial de su talento, asume como suya la difícil tarea de adelantar actuaciones judiciales en torno a este probable conflicto de competencia.

Sus preguntas a pesar de estar listadas con orden corrido del 1 al 8, se orientan a que esta institución le diga básicamente, si Usted tiene competencia para seguir la instrucción sumarial de los procesos penales seguidos a los adolescentes, como antes la tuvo el antiguo Juez de Menores; o si por el contrario, es el funcionario de instrucción del área o del Distrito judicial correspondiente, el que debe, a pesar de carecer de su especialidad, asumir tal competencia. Por esta razón, la Procuraduría de la Administración se circunscribirá a dar su criterio jurídico exclusivamente sobre este particular.

Al final del estudio de la Ley que establece el régimen especial de responsabilidad penal del adolescente, nos encontramos en un camino bifurcado, en donde por un lado, se puede afirmar que la norma pretende la especialidad de los funcionarios de instrucción y de representación judicial del niño y el adolescente; y por otro lado, es celosa en que se cumpla con el principio del interés superior de la niñez y la adolescencia.

La Especialidad en el Derecho Penal de adolescente como garantía para el justiciable menor de edad.

Ya al inicio mismo de la redacción normativa de la premencionada ley penal de adolescente, se establece en el artículo 3 que, el principio de especialidad obliga a que las autoridades e instituciones reguladas por esa ley ajusten sus actuaciones conforme a los principios y normas especiales consagrados en esa ley y en la Convención de los Derechos del Niño, en las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia, para la protección de los menores privados de libertad y en las directrices de este organismo sobre la resocialización de los menores.

El numeral 6 del artículo 16 de la Ley aclara que es una garantía especial a favor de los adolescentes y las adolescentes, el que se les investigue, y se les juzgue por las autoridades que específicamente son mencionadas en la ley para tales efectos.

En cuanto a la especialidad de los funcionarios que instruyen, juzgan y defienden al menor, la Ley 40 estatuye en su artículo 6 que son tres los servicios judiciales relacionados con esta jurisdicción. La función sumarial, la debe ejercer el fiscal especial de adolescentes, la función de enjuiciamiento será bajo la responsabilidad del juez penal de adolescentes, y la función de defensa, la ejerce, el defensor del adolescente.

En torno a la función instructora, se dice en los artículo 77 y 79 de la Ley, que la investigación del acto infractor la adelanta el Ministerio Público, y que el ejercicio exclusivo de la acción penal especial, lo ejerce el fiscal de adolescentes. Veamos:

“**Artículo 77.** Inicio. La investigación del acto infractor, cuando se trate de delitos perseguibles por acción pública, se iniciará de oficio, o por denuncia o querrela, y deberá ser presentada ante el Ministerio Público.”

“**Artículo 79.** Ejercicio exclusivo de la acción especial. el Ministerio Público ejerce la función de persecución del acto infractor exclusivamente por medio de los fiscales de adolescentes, quienes serán los encargados de realizar la investigación y de formular la acusación cuando exista mérito para hacerlo.

Los fiscales de adolescentes tendrán la obligación de aportar todas las pruebas conducentes al esclarecimiento de los hechos, tanto las que demuestren la responsabilidad penal de los adolescentes, como las que les sean favorables.”
(Subrayado de la Procuraduría de la Administración)

El objeto de la investigación es el esclarecimiento de los hechos violatorios de la ley, la determinación de los responsables y el grado de participación de los autores, pasando por la verificación de la existencia o no de daños. La investigación, la realiza un organismo cuya misión fundamental es la de promover el ejercicio de la función jurisdiccional en interés público. Aquí el Ministerio Público, personifica el interés social y por ello, no es un órgano que deslinda responsabilidad, ya que, si bien está inmerso en el orden judicial, en realidad, está investido en una función aún más importante, cual la de representar al poder público y al interés social ante las autoridades judiciales.

Como se observa, la Ley 40 ha incorporado una gran novedad, al sacar de la esfera de competencia del juez, la función de investigación; dejándole al Ministerio Público, como unidad y con toda su autonomía, la delicada labor de sumariar a los investigados en un proceso penal de adolescentes. Ahora bien, para propender a la especialidad, la Ley ha querido que dentro del Ministerio Público, haya un funcionario particular que realice esta labor: el Fiscal de Adolescentes.

El principio de Interés Superior de la niñez y la adolescencia, como mecanismo práctico para la asunción y delimitación de competencia.

Se ha dicho que, uno de los más caros logros de la Ley 40, ha sido la separación de la función instructora respecto de la de enjuiciamiento, como mecanismos para lograr la imparcialidad de los jueces. Esta medida de separación de competencia instructora, es una condición básica para que se pueda asumir con legitimidad la crucial tarea de enrumbar a la justicia de adolescentes hacia la deseada confiabilidad jurisdiccional. Siempre se ha reprochado a la jurisdicción de menores, el hecho que sus jueces fueran al mismo tiempo fiscales, falladores y además, ejecutores de la sanción penal impuesta a los niños y adolescentes infractores. Así que, sin más, la Ley 40 votó por rescatar la irremplazable función instructora del Ministerio Público, como supuesto básico del Estado de Derecho en la jurisdicción penal de adolescentes.

La idea central por la cual se gestó este cambio, no fue sólo afirmar la inviolabilidad de la independencia orgánica y funcional del juez de adolescentes, sino además, propiciar un ambiente de garantías a favor del enjuiciable, en donde prevaleciese el interés de éste. De ello da cuenta el artículo 5 de la Ley 40 que a la letra reza:

“Artículo 5. El interés superior de la niñez y la adolescencia. Es deber del Estado, en las distintas instancias de la sociedad y de la familia, asegurar prioritariamente la realización de los derechos de las garantías que establecen la Convención de los Derechos del Niño y la presente Ley. La prioridad aquí consagra que las autoridades públicas se comprometen a realizar las asignaciones presupuestarias necesarias para que los adolescentes puedan ser juzgados y puedan defender sus intereses, y que sólo sean sancionados en la forma, con los procedimientos y de acuerdo con los fines, establecidos en la presente Ley.

No podrá argumentarse la insuficiencia de los recursos humanos o financieros para desproteger, abusar o violentar en forma alguna los derechos de la niñez y la adolescencia.”

Es de suyo importante resaltar que el legislador se adelantó a suponer que, el Estado no cumpliría con la debida provisión de fondos a las instituciones jurisdiccionales y reprochó en el párrafo segundo del precitado artículo 5 tal supuesto de excusa, afirmando que ninguna insuficiencia de recursos humanos o financieros podría justificarse para desproteger, abusar o violentar en forma alguna los derechos de los justiciables adolescentes.

Así tenemos que, es una premisa universal en derecho consagrada en la Ley 40 de 1999, la inviolabilidad de los intereses de los adolescentes. Y en lo tocante al caso concreto en estudio, significa que el juez debe de estar en una posición equidistante respecto de las partes; sin que ello implique en modo alguno falta de intermediación en la causa o el proceso.

Se ha supuesto que el Juez no puede realizar la función de juzgar imparcialmente, cuando la función instructora ha provenido de él mismo. Significa que el Juez independiente estará en condiciones ideales de obrar con imparcialidad, cuando no asuma como suya la acción penal especial de adolescentes. Y únicamente, si es imparcial, podrá asegurar un proceso justo.

La regla de distinción entre las funciones instructoras y judiciales ha sido corroborada en el artículo 161 de la Ley 40 de 1999, cuando se establece mecanismo para afrontar el período transitorio y de implantación material de la Ley.

“**Artículo 161.** Reglas de actuación en la tramitación de casos. El juez penal de adolescentes que asuma el conocimiento de un caso que fue iniciado con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, procederá, en primer lugar, a derecho a la defensa del adolescente o de la adolescente, y a notificar al Ministerio Público para que éste asuma las funciones de investigación del acto infractor y de defensa de la ley.

El juez de cumplimiento que asuma el conocimiento de los casos de adolescentes que ya están cumpliendo una sanción, elaborarán los planes individuales de cumplimiento respectivos y asumirá la plenitud de las funciones que esta Ley le asigna en relación con dichos casos.”

De la atenta lectura de este artículo, asoma una solución del todo práctica: En el momento previo a la instalación de las fiscalías especiales de adolescentes, o ante su imposibilidad material de instalación, se debe asegurar el derecho a la defensa del adolescente, notificando al Minsiterio Público, para que éste asuma las funciones de investigación del acto infractor. Es decir que, en el título V° sobre las disposiciones transitorias y finales, se previó que fuera el propio órgano u organismo, Ministerio Público,

el que ingénera asuma, según su responsabilidad constitucional, la delicada labor de defender el interés público y en especial el interés superior del adolescente justiciable.

En este orden de ideas, llegamos a la conclusión que al Fical de Circuito o al Fiscal de Distrito, en funciones, según la naturaleza del presunto acto infractor, le corresponde recibir el traslado de la denuncia o noticia del acto infractor e iniciar las investigaciones correspondientes. Y en el evento de haberse ya iniciado la investigación de su despacho, se debe dejar de investigar y pasar el expediente a la Fiscalía ordinaria.

Síntesis de la opinión:

Por todo lo antedicho, la garantía de imparcialidad del juez, se enrostra en la prohibición para éste de investigar y fallar, luego entonces, son los Fiscales ordinarios, los que asumirán la competencia instructora hasta tanto el Ministerio Público pueda nombrar al Fiscal Especial de Adolescentes.

Ciertamente, en nuestra opinión ante la eventualidad de la existencia de obstáculos económicos para la implantación de la Ley, se debe mantener el respeto al derecho del adolescente de ser juzgado por una autoridad diferente o distinta a la que le investigó.

Sostenemos pues, que en tanto no se hagan los nombramientos de los fiscales del Ministerio Público, juega un papel fundamental en la vigilancia del cumplimiento de los derechos y garantías del adolescente; motivo por lo cual, en este período de ajuste, en donde aún no están constituidas las oficinas de instrucción y defensa especial del adolescente, son los funcionarios ordinarios, (Fiscales de Circuito o Distritales y Defensores de Oficio), los llamados a suplir tal vacío.

Con la pretensión de haber colaborado con su Despacho, me suscribo,

Atentamente,


Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/15/hf.