



Defensoría
del Pueblo
C O L U M B I A

DIRECCIÓN NACIONAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

Procedimiento Especial Abreviado y Acusador Privado





Dirección Nacional de Defensoría Pública

Procedimiento Especial Abreviado y Acusador Privado

Bogotá-Colombia

ISBN: 978-958-8895-58-1

Defensoría del Pueblo

Carrera 9 N° 16-21 Piso 9

Dirección Nacional de Defensoría Pública

Carrera 13 No. 55-60

Teléfonos: 3144000, 3147300

www.defensoria.gov.co

info@defensoria.gov.co

Bogotá, D. C., 2018

Diagramación e Impresión

Imprenta Nacional de Colombia

Bogotá, D. C., Colombia 2018

Carlos Alfonso Negret Mosquera
Defensor del Pueblo

Jorge Enrique Calero Chacón
Vicedefensor del Pueblo

Juan Manuel Quiñones Pinzón
Secretario General

Arturo Adolfo Dajud Durán
Director Nacional de Defensoría Pública

Autores

Jairo Antonio Ardila Espinosa, Liliana María Acosta Arévalo,
Yolanda Chiappe Piraquive, Antonio José Cuesta Villaba,
Carlos Felipe Sánchez Lugo, Edilberto Carrero López,
Jaime Augusto Castillo Farfán, Melba Cecilia García Moreno,

Miembros de la Oficina Especial de Apoyo de Bogotá,
quienes hacen un aporte importante para el entendimiento
de la dinámica de este modelo de procedimiento.

Contenido

Presentación	7
Prólogo	9
I Antecedentes	11
II Derecho comparado y la concreción legislativa colombiana	19
III Ámbito de aplicación	25
IV Procedimiento especial abreviado	37
V La acción penal privada	49
VI Régimen de libertad	59
VII El nuevo procedimiento especial abreviado, el acusador privado y las salidas alternas y extinción de la acción penal	69
VIII Principio de favorabilidad de la ley 1826 de 2017	83
IX La defensa pública y la persecución penal privada	93
Observaciones y conclusiones	106
Bibliografía	111
Anexos	115

Presentación

No resulta extraño que un sistema de procesamiento penal en cualquier latitud genere cambios legislativos con el propósito de ajustar las normas a realidades sociales, o incluso para mejorar los tiempos de respuesta del Estado frente a los procesos de investigación y juzgamiento.

Colombia no ha sido ajena a tales necesidades, el Sistema de Juzgamiento implementado con el Acto Legislativo 01 de 2003 y desarrollado con la Ley 906 de 2004 ha tenido múltiples reformas dirigida a cumplir esos propósitos, una de ellas se hizo con expedición de la Ley 1826 de 2017, la que crea el Procedimiento Especial Abreviado, e introduce la figura del Acusador Privado, dotando a la víctima de la posibilidad en algunos asuntos de adelantar la persecución penal.

El presente trabajo ha sido realizado por algunos Defensores Públicos de la Oficina Especial de Apoyo de Bogotá, quienes efectúan un examen a la reforma desde lo procedimental, con un enfoque sobre Derechos Humanos frente al respeto por las Garantías y Derechos de los procesados, en el que se incluyen propuestas que pueden dar lugar a la aplicación del principio de favorabilidad.

El trabajo juicioso que se hace de la reforma, está dirigido a una población especial que cumple un importante roll en el sistema de Justicia y no es otro que los Defensores públicos del país, a pesar de ello el mismo no deja de ser objetivo, en el entendido que en él se hace especial consideración a los pronunciamientos de la Corte Constitucional



y los criterios que sobre los institutos del sistema de procesamiento ha desarrollado la jurisprudencia y la doctrina.

Del mismo modo se abordan las razones legales y constitucionales sobre la intervención del Sistema Nacional de Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo en las dinámicas y los roles del procedimiento especial que nace de la reglamentación expedida en enero de 2018.

En síntesis, la presente publicación tiene el propósito de convertirse en una herramienta de trabajo que bien puede ser utilizada y consultada no solo por sus destinatarios, sino por la comunidad jurídica del país ya que la misma no tiene criterios sesgados y por el contrario resulta ser bastante objetiva.

CARLOS ALFONSO NEGRET MOSQUERA

Defensor del Pueblo

Prólogo

El presente trabajo comprende el estudio de la Ley 1826 de 2017, sus antecedentes legislativos, su comparación con legislaciones foráneas, la estructura que ella diseña de un nuevo procedimiento penal y las nuevas figuras en el procedimiento penal acusatorio.

La importancia de este trabajo radica esencialmente en que de una manera objetiva se hace un análisis de la citada norma modificatoria del Código de Procedimiento Penal por un número importante de profesionales que por años han ejercido la defensa pública, sin sesgos, por el rol que desempeñan y por ello se convierte en una valiosa herramienta de consulta para abogados, defensores públicos, fiscales y jueces.

Este documento reflejará los distintos intentos del legislador por cristalizar un procedimiento aplicable a las conductas que no son tan lesivas de los intereses de los colombianos, pero en todo caso violatorias de bienes jurídicos protegidos; así mismo, se hace una comparación con los diversos regímenes latinoamericanos y europeos que permiten establecer puntos de comparación en el manejo de la acción penal pública y la acción penal privada.



Se hace una explicación de las diferentes etapas procesales, sus principales características como un nuevo modelo procesal, así como aquellas figuras que resultan complejas y con dificultades en su práctica, con la entrada en vigencia de la citada disposición; en este sentido se advierte la posibilidad de la aplicación del principio de favorabilidad de algunas figuras, entre otras, la de aceptación de cargos y sus consecuentes descuentos punitivos.

El documento se elabora a partir de una detallada lectura, la comparación de la legislación modificada y adicionada, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema en su Sala Penal, estas permiten ampliar los criterios de interpretación de la referida reforma legal y que dio piso jurídico al Procedimiento Especial Abreviado y a la figura del Acusador Privado.

ARTURO ADOLFO DAJUD DURÁN

Director Nacional de Defensoría Pública

I. Antecedentes

La promulgación de la Ley 1826 del 12 de enero de 2017 nos obliga a realizar una mirada retrospectiva acerca de los intentos transformadores ya que estos han resultado una frustración en el ámbito nacional, debido a que se presentaron varios proyectos legislativos y tan solo dos se convirtieron en ley, a fin de lograr un tratamiento procesal diferenciado para los delitos y contravenciones; solo hasta 2017 se estableció un sistema abreviado para conductas leves, sin embargo, la anterior legislación (ley de pequeñas causas) no trajo beneficio para el sistema judicial, los procesados ni las víctimas.

1. Ley 1153 de 2007

La primera materialización sobre el tema se hizo con la Ley 1153 de 2007 mediante la cual “se establecía el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal”¹, determinando los elementos que constituían una contravención, las conductas consideradas como tal, el procedimiento y las consecuencias jurídicas de su consumación.

Se incluyeron delitos a los que se le dio el nombre de contravenciones, entre ellas encontramos las lesiones

1 Ley 1153 de 2007 declarada inexecutable Sentencia C-879 de 2008.

personales dolosas con incapacidad para trabajar o enfermedad, sin secuelas sin que superen 10 días, las lesiones culposas con incapacidad para trabajar o enfermedad sin secuelas inferior a 30 días, la omisión de socorro; además de conductas contra el patrimonio cuya cuantía no sea superior a diez salarios mínimos legales mensuales vigentes, exceptuándose las que se realizaron mediante violencia, y otras circunstancias que califiquen o agraven la conducta. También formaban parte de este grupo las que atentan contra la salud pública y otras que en sentir del legislador resultaban susceptibles de un tratamiento diferente al de los delitos en general, con el mismo argumento de la poca lesividad.

La ley de Pequeñas Causas contemplaba la figura de la querrela como requisito para el inicio de la acción, a excepción de las conductas que se iniciaran por captura en flagrancia y, excluyó la Fiscalía General de Nación de la indagación e investigación, asignando la persecución penal de las conductas contravencionales a la Policía Nacional.

Dicha ley fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C- 879 de 2008, ya que luego de analizar la Ley de Pequeñas Causas consideró que *“si bien las pequeñas causas son llamadas formalmente contravenciones penales, desde el punto de vista material continúan teniendo todos los elementos de un delito, desde su descripción típica, pasando por el régimen de responsabilidad, hasta llegar a la pena misma, que puede ser privativa de la libertad. De tal manera que solo el nombre, no la sustancia permitiría diferenciar las “pequeñas causas penales” de los delitos. Es cierto que el legislador estimó que dichas pequeñas causas tenían menor grado de lesividad, pero esa*

apreciación no se tradujo en su despenalización ni en su sometimiento a un régimen distinto al delictual en cuanto a su descripción, responsabilidad y pena”.

En consecuencia, el Alto Tribunal determinó que mientras la conducta siguiera constituyendo un delito, se debían respetar las competencias dadas por la Constitución Nacional a la Fiscalía General de la Nación, por lo que esta no podía renunciar al ejercicio de la acción penal, ni a investigar los hechos que revistan las características de un delito. Al asignársele las funciones de indagación e investigación a la Policía Nacional —mediante la Ley 1153 de 2008—, se contraría la Carta Constitucional, razón suficiente para, entre otros argumentos, declarar la inexecutable de la llamada Ley de Pequeñas Causas.

La Corte indicó que el legislador podía crear un “nuevo sistema de pequeñas causas” advirtiéndole que era facultativo acudir a diversas ramas y a procesos más expeditos que conlleven menos formalidad que la que tiene el proceso ante un juez de la República, eso, en el entendido de que las conductas fueran “despenalizadas”, pues mientras se mantuviera el carácter penal, desde el punto de vista material, no podría excluirse a la Fiscalía de su función investigativa.

La sugerencia no fue de recibo por el legislativo, pues en lugar de despenalizar algunas conductas y darle un tratamiento diferente a las menos lesivas por parte de otras autoridades, optó por modificar la Constitución Política y entregar su función constitucional a los particulares en su calidad de víctimas y a otras autoridades.

2. Acto Legislativo 06 de 2011

Mediante el Acto Legislativo 06 de 2011 se modifican algunos artículos de la Constitución Nacional, entre ellos, se agrega un párrafo a su artículo 250 en los siguientes términos:

“Atendiendo la naturaleza del bien jurídico o la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente”.

3. Ley 1826 de 2017

El Acto Legislativo 06 de 2011 le dio vía libre al legislador para privatizar la acción penal, ya que se concreta tal cambio constitucional con la expedición de la Ley 1826 de 2017, mediante la cual se reglamenta un procedimiento más breve, con muchas similitudes con la Ley 906 de 2004, para investigar y juzgar aquellas conductas punibles consideradas de menor lesividad, con el propósito de descongestionar el sistema judicial, además, con el fin de incorporar la privatización de la acción penal mediante la figura del “*acusador privado*” con el cual se espera dar mayor participación a la víctima dentro del proceso penal.

Esto se aseguró en la ponencia de primer debate en el Senado, la cual considera que “*más allá de introducir y determinar la existencia de las contravenciones penales en Colombia, también tiene un impacto grande a nivel penal procesal. Lo*

*que se deriva de la introducción de un proceso abreviado y la privatización de la acción penal*².

Se espera que de resultar eficaz el sistema que se propone, este pueda aplicarse al juzgamiento del resto de conductas punibles, es decir, las que se encuentran investigándose y procesándose por el procedimiento de la Ley 906 de 2004.

El texto propuesto fue aprobado en segundo debate por la Cámara, luego tras algunas adiciones y supresiones propuestas por varios intervinientes en la audiencia pública, fue presentado el texto definitivo, por ejemplo, la obligatoriedad de que la Policía Nacional presente querrela en los casos de hurto –cuando la víctima no lo hiciera– se consideró una carga innecesaria para la policía y la desnaturalización de la figura del querellante legítimo; se incluye la obligación de la víctima de hacer el descubrimiento probatorio, al igual que la Fiscalía, en el traslado de la acusación; se precisa en el momento procesal oportuno para la solicitud de medidas cautelares; se clarifica el término existente para presentar el escrito de acusación; se precisa lo relacionado con el efecto de la conversión de la acción pública en cabeza de la Fiscalía, entre otros.

El texto propuesto a la plenaria de la Cámara fue objeto de conciliación en algunos aspectos, el 13 de diciembre de 2016.

2 Proyecto 048 – 15 Senado, exposición de motivos, primer debate publicado en la *Gaceta Judicial*.

A pesar de que la exposición de motivos del proyecto de ley advierte que se definen las contravenciones *como conductas punibles de menor lesividad*, tal precisión no aparece en el texto de la ley ya que se habla de manera genérica de conductas que revisten las características de una conducta punible, ello únicamente se puede deducir del listado del artículo 5° que modifica el artículo 74 de la Ley 906 de 2004 en el que se incluyen conductas como inasistencia alimentaria, lesiones personales sin importar su incapacidad médico-legal, delitos contra el patrimonio económico en cualquier cuantía, falsedad en documento privado, entre otros.

La Ley 1826 de 2017 privatiza el ejercicio de la acción penal al determinar que su ejercicio también lo detenta el acusador privado, esta figura tiene anclaje constitucional en el Acto legislativo 06 de 2011 ya que modificó una vez más el artículo 250 constitucional, pues si bien es cierto con el Acto Legislativo 03 de 2002, se dio cabida al principio acusatorio y se designó a la Fiscalía General de la Nación como ente acusador exclusivo, entrando a regir en el sistema de enjuiciamiento criminal el acusador oficial en cabeza de tal entidad; con la nueva reforma, se concede también esa facultad a la víctima, siempre y cuando esté representada por un abogado titulado. Al acusador privado se le conceden facultades similares a las de la Fiscalía General de la Nación, pero subordinadas a esta en lo que tiene que ver con restricción y afectación de derechos fundamentales, por lo que cada vez que requiera una autorización o un control, ya sea previo o posterior del Juez de Control de Garantías, debe acudir primero ante el fiscal para que sea este quien haga la petición ante el juez.

II. Derecho comparado y la concreción legislativa colombiana

En el procedimiento penal español, la acción penal es pública, es ejercida por “el Ministerio Fiscal, también se puede distinguir la acusación popular, la acusación particular y el acusador privado. El Ministerio Fiscal es el órgano público al que la ley encomienda el ejercicio de la acción penal con carácter general y en nombre del Estado. El acusador particular es el ofendido o perjudicado por el delito (sea persona natural o jurídica), igualmente, puede constituirse en parte acusadora. Además, cualquier ciudadano español (incluidas las personas jurídicas, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional), a pesar de no ser ofendido o perjudicado por el delito, puede ejercitar la acción penal, constituyéndose en acusación popular previo cumplimiento de requisitos legales. Y, por último, el acusador privado es también perjudicado por el delito, pero en este caso es el único legitimado para ejercer la acción penal, en el entendido de que el delito por el que se procede no afecta al interés común”³.

En este sentido, es necesario precisar que en el Código Penal español se encuentran tres (3) categorías de

3 Recuperado el 20 de marzo de 2017, de: <http://www.agmabogados.com/es/el-ejercicio-de-la-accion-penal-en-el-proceso-penal-espanol/>

delitos: públicos, semipúblicos y privados; respecto de estos últimos (calumnia e injuria), el único legitimado para ejercer la acción penal es el ofendido (acusador privado). Igualmente, en Alemania, la acción penal privada procede para delitos leves (violación de domicilio, injurias, calumnias y difamación, entre otros). (Roxin, Claus. *Derecho Procesal Penal*; citado por Villareal A., 2011)⁴.

La mayoría de países latinoamericanos consagran en sus códigos de procedimiento penal la figura del acusador privado, en unos se tiene un procedimiento abreviado para las conductas punibles de menor dañosidad social o menor lesividad dependiendo del bien jurídico tutelado, permitiendo en algunos de ellos la conversión de acción penal pública en privada⁵, veamos:

En Centroamérica, países como Guatemala, Costa Rica y México (algunos Estados) se contempla la figura del acusador privado y la conversión de la acción penal pública en privada, en su mayoría para delitos contra el honor, para ello, por ejemplo, en la legislación costarricense se hace diferencia entre delitos y contravenciones, y las leyes mejicanas se permite que la investigación, en la acción privada, la realice el particular que quiere acusar.

En Suramérica, Chile y Perú contemplan diferenciación entre faltas y delitos, y todos incluyendo Argentina, Venezuela y Ecuador tienen acción pública y privada, ade-

4 Roxin, Claus (2000). *Derecho Procesal Penal* (trad. de la 25ª edición alemana por Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor). 1ª edición, Argentina, Ediciones del Puerto, pp. 527 y 528.

5 Matriz de resumen de acción privada. Corporación Excelencia a la Justicia.

más, observan en sus códigos un procedimiento para los delitos menos graves o querellables.

De acuerdo con lo anterior, parece que Colombia se encontraba en mora y rezagado frente a las otras legislaciones del continente en el tratamiento diferenciado de las conductas penales de mayor y menor gravedad, en la consolidación del acusador privado como promotor de la acción particular y en un procedimiento abreviado para combatir la morosidad del curso procesal.

Hasta ahora, y sin la implementación de la Ley 1826, se evidencian posiciones encontradas entre los que respaldan el cambio y los detractores de este. Solo el tiempo y las cifras dirán quién tiene la razón.

III. Ámbito de aplicación

Para precisar la aplicación del artículo 10 de la Ley 1826 de 2017, mediante el cual se adiciona al Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) el artículo 534, el cual determina las conductas punibles a las que se les aplica el procedimiento especial abreviado, es necesario hacer referencia a los siguientes ámbitos normativos:

- i) El ámbito temporal que determina el momento de vigencia de la ley.
- ii) El ámbito material referido a las conductas punibles a las que se aplica el nuevo procedimiento especial abreviado.

En lo referente a la primera característica, el ámbito temporal en el que se aplicará la norma, el artículo 44 de la Ley 1826 de 2017, señala que esta cobrará vigor seis (6) meses después de la fecha de su promulgación; publicada en el *Diario Oficial* 50114 de enero 12 de 2017, la citada ley entrará a regir a partir del 12 de julio de 2017, para aquellas conductas punibles cometidas con posterioridad a su vigencia, y aquellas en las que no se haya realizado formulación de imputación en los términos de la Ley 906 de 2004.

En cuanto al ámbito material del procedimiento especial abreviado, este se aplica para las siguientes conductas punibles⁶:

1. Las que requieren querrela para el inicio de la acción penal.

En lo relacionado con los delitos que requieren querrela de parte para el ejercicio de la acción penal, el artículo 5° de la Ley 1826 de 2017, reformó el art. 74 de la Ley 906 de 2004, y se estableció para las siguientes conductas punibles:

1.1. Aquellas que de conformidad con el Código Penal no tienen señalada pena privativa de la libertad, con excepción de:

- Ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas (C. P. artículo 193);
- Divulgación y empleo de documentos reservados (C. P. artículo 194);
- Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (C. P. artículo 416);
- Revelación de secreto (C. P. artículo 418);
- Utilización de asunto sometido a secreto o reserva (C. P. artículo 419);

6 Cfr., artículo 10. La Ley 1826 de 2017 establece que la Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 534.

- Utilización indebida de información oficial privilegiada (C. P. artículo 420);
- Asesoramiento y otras actuaciones ilegales (C. P. artículo 421);
- Utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública (C. P. artículo 431);
- Utilización indebida de influencias derivadas del ejercicio de función pública (C. P. artículo 432).

1.2. Además de la anteriores conductas se aplica a las siguientes:

- Inducción o ayuda al suicidio (C. P. artículo 107);
- Lesiones personales sin secuelas que produjeran incapacidad para trabajar o enfermedad sin exceder de sesenta (60) días (C. P. artículo 112 incisos 1º y 2º);
- Lesiones personales con deformidad física transitoria (C. P. artículo 113 inciso 1º);
- Lesiones personales con perturbación funcional transitoria (C. P. artículo 114 inciso 1º);
- Parto o aborto preterintencional (C. P. artículo 118);
- Lesiones personales culposas (C. P. artículo 120);

- Omisión de socorro (C. P. artículo 131);
- Violación a la libertad religiosa (C. P. artículo 201);
- Injuria (C. P. artículo 220);
- Calumnia (C. P. artículo 221);
- Injuria y calumnia indirecta (C. P. artículo 222);
- Injuria por vías de hecho (C. P. artículo 226);
- Injurias recíprocas (C. P. artículo 227);
- Maltrato mediante restricción a la libertad física (C. P. artículo 230);
- Malversación y dilapidación de los bienes de familiares (C. P. artículo 236);
- Hurto simple cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 239 inciso 2º);
- Alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado (C. P. artículo 243);
- Estafa cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 246 inciso 3º);
- Emisión y transferencia ilegal de cheques (C. P. artículo 248);
- Abuso de confianza (C. P. artículo 249);

- Aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito (C. P. artículo 252);
- Alzamiento de bienes (C. P. artículo 253);
- Disposición de bien propio gravado con prenda (C. P. artículo 255);
- Defraudación de fluidos (C. P. artículo 256);
- Acceso ilegal de los servicios de telecomunicaciones (C. P. artículo 257);
- Malversación y dilapidación de bienes (C.P. artículo 259);
- Usurpación de tierras (C. P. artículo 261);
- Usurpación de aguas (C. P. artículo 262);
- Invasión de tierras o edificios (C. P. artículo 263);
- Perturbación de la posesión sobre inmuebles (C. P. artículo 264);
- Daño en bien ajeno (C. P. artículo 265);
- Usura y recargo de ventas a plazo (C. P. artículo 305);
- Falsa autoacusación (C. P. artículo 437);
- Infidelidad a los deberes profesionales (C. P. artículo 445);
- Violación de los derechos de reunión y asociación (C. P. artículo 200).

No será necesario querrela para iniciar la acción penal respecto de casos de flagrancia o en los cuales el sujeto pasivo sea menor de edad, inimputable o se refieran a presuntas conductas punibles de violencia contra la mujer⁷.

1.3. Conductas punibles, que no requieren de querrela para el ejercicio de la acción penal, expresamente señaladas en el art. 534 de la Ley 906 de 2004.

- Lesiones personales a las que hacen referencia los artículos 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118 y 120 del Código Penal;
- Actos de discriminación (C. P. Artículo 134A);
- Hostigamiento (C. P. Artículo 134B);
- Actos de discriminación u hostigamiento agravados (C. P. artículo 134C);
- Inasistencia alimentaria (C. P. artículo 233);
- Hurto (C. P. artículo 239);
- Hurto calificado (C. P. artículo 240);
- Hurto agravado (C. P. artículo 241), numerales del 1 al 10;
- Estafa (C. P. artículo 246);
- Abuso de confianza (C. P. artículo 249);
- Corrupción privada (C. P. artículo 250A);

32 |

 7 Ley 1826 de 2017, artículo 5°, parágrafo.

- Administración desleal (C. P. artículo 250B);
- Abuso de condiciones de inferioridad (C. P. artículo 251);
- Utilización indebida de información privilegiada en particulares (C. P. artículo 258);
- Los delitos contenidos en el Título VII Bis, para la protección de la información y los datos, excepto los casos en los que la conducta recaiga sobre bienes o entidades del Estado;
- Violación de derechos morales de autor (C. P. artículo 270);
- Violación de derechos patrimoniales de autor y derechos conexos (C. P. artículo 271);
- Violación a los mecanismos de protección de derechos de autor (C. P. artículo 272);
- Falsedad en documento privado (C. P. artículos 289 y 290);
- Usurpación de derechos de propiedad industrial y de derechos de obtentores de variedades vegetales (C. P. artículo 306);
- Uso ilegítimo de patentes (C. P. artículo 307);
- Violación de reserva industrial y comercial (C. P. artículo 308);
- Ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico (C. P. artículo 312).

En cuanto a lo relacionado con el concurso delictual, cuando este se dé entre conductas punibles a las que se aplica el procedimiento ordinario y el procedimiento especial abreviado, la actuación se surte por el primero, tal como lo establece el inciso segundo del numeral 2 del artículo 10 de la Ley 1826 de 2017, por el cual se adicionó a la Ley 906 de 2004 el artículo 534, el cual precisa que: “[en] caso de concurso entre las conductas punibles referidas en los numerales anteriores y aquellas a las que se les aplica el procedimiento ordinario, la actuación se regirá por este último”.

Así mismo, el párrafo del nuevo artículo 534 establece que el procedimiento especial abreviado se “aplicará también para todos los casos de flagrancia de los delitos contemplados en el presente artículo”.

1.4. Excepciones a la formulación de la querrela

No será necesaria la querrela de parte para iniciar la acción penal, en las siguientes situaciones⁸:

- En los casos en que el sujeto activo de la acción sea sorprendido en flagrancia.
- Cuando el sujeto pasivo de la acción penal sea menor de edad.
- Cuando el sujeto pasivo sea inimputable.
- En las conductas punibles de violencia contra la mujer.

1.5. Legitimidad para presentar la querrela

34 | 8 Ley 1826 de 2017, art. 5°, párrafo.

La querella puede ser presentada por

35

- i) La víctima de la conducta punible.
- ii) Si la víctima fuere incapaz o una persona jurídica, la querella debe ser formulada por su representante legal.
- iii) Cuando el querellante legítimo ha fallecido, la acción querellante podrá ser presentada por sus herederos.
- iv) Cuando la víctima estuviere imposibilitada para formular la querella, o sea incapaz y carezca de representante legal, o este sea autor o partícipe de la conducta punible, puede presentarla el Defensor de Familia, el Agente del Ministerio Público o los perjudicados directos.
- v) El Procurador General de la Nación podrá formular querella cuando se afecte el interés público o colectivo.

IV. Procedimiento especial abreviado

Como quedó precisado en precedencia, el procedimiento especial abreviado se aplica a las conductas punibles querellables y las conductas punibles contempladas en el artículo 534, numeral 2 del Código de Procedimiento Penal y, que respecto de la querrela esta no será necesaria en los casos de captura en flagrancia, cuando el sujeto pasivo de la acción penal sea menor de edad, inimputable o se refieran a actos de violencia contra la mujer⁹ y cuando se presenta concurso entre las conductas punibles a las que se les aplica el procedimiento especial abreviado con otras a las que se les aplica el procedimiento ordinario, la actuación procesal se adelantará por este último, por lo que el nuevo trámite se vuelve excepcional y en todo caso sujeto a las situaciones precisas que prevé el legislador.

El principio constitucional de que el ejercicio de la acción penal está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación y que, en consecuencia, esta tiene la obligación de investigar y acusar todos los hechos que revistan la característica de un delito que lleguen a su conocimiento por denuncia, petición especial, querrela o de oficio y, que en tal medida no puede suspender, interrumpir o

9 Art. 534 de la Ley 906 de 2004, adicionado mediante el artículo 10 de la Ley 1826 de 2017.

renunciar a la persecución penal, salvo cuando se trata de aplicar el principio de oportunidad en ejercicio de la política criminal del Estado, fue flexibilizado mediante el Acto Legislativo 06 de 2011. Es preciso aclarar que en el Acto Legislativo 06 de 2011 y en la Ley 1826/04 se habla de un procedimiento especial para el juzgamiento de “conductas punibles”, lo que no quiere decir que el mismo sea aplicado para el procesamiento de las llamadas conductas contravencionales, pues estas son de competencia de las autoridades de policía.

El procedimiento especial abreviado comprende las siguientes fases o etapas:

1. Iniciación de la acción penal:

1.1. Por presentación de querrela de parte

La querrela debe ser presentada únicamente por la víctima y por las personas legitimadas para ello, en el término de caducidad que es dentro de los seis (6) meses siguientes a la comisión de la conducta punible. En el caso en que la víctima estuviera imposibilitada para hacerlo, o se trate de un incapaz que carezca de representante legal, o de tenerlo, este fuera el autor de la conducta punible, la querrela puede ser presentada por el Defensor de Familia, el agente del Ministerio Público o los perjudicados directos. El Procurador General de la Nación lo podrá hacer cuando se afecte el interés público o colectivo. Por víctima se entiende quien haya sufrido un perjuicio causado por el injusto penal¹⁰.

40 | 10 Cfr. Artículo 132, Ley 906 de 2004.

La querrela puede ser desistible en cualquier momento de la actuación y hasta antes del inicio de la audiencia de juicio oral, esta manifestación puede hacerse de manera oral o escrita, la Fiscalía verificará que la misma sea voluntaria, libre e informada antes y se procederá a aceptar y archivar las diligencias, en el evento en que se haya presentado el escrito de acusación tal determinación corresponderá al juez de conocimiento, quien escuchará los argumentos de la Fiscalía o del acusador privado¹¹.

1.2 Por iniciación oficiosa respecto de las conductas punibles enumeradas en el artículo 534 numeral 2 —en armonía con el artículo 66¹² y 67 *ibídem*—, se establece la titularidad de la acción en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, salvo las excepciones consa-

11 Cfr. Artículo 76 de la Ley 906 de 2004.

12 El artículo 66 de la Ley 906 de 2004 fue modificado por el artículo 1° de la Ley 1826 de 2017, así:

“Artículo 1°. Modifíquese el artículo 66 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

Artículo 66. Titularidad y obligatoriedad. El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de una conducta punible, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código.

No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías.

gradas en la Constitución Política y en el Código Penal el deber de denunciar y de conocimiento oficioso.

2. La acusación

2.1. La comunicación de los cargos

Se surte con el traslado del escrito de acusación, momento a partir del cual el indiciado adquiere la condición de parte, dicho traslado puede hacerse de manera personal al procesado y su defensor o en desarrollo de audiencia preliminar de solicitud de medida de aseguramiento ante el juez de control de garantías¹³.

2.2. Requisitos sustanciales del escrito de acusación

La Fiscalía presentará escrito de acusación cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta punible existió y el indiciado es autor o partícipe. Conforme a lo ya dicho, el fiscal citará al procesado y al defensor para hacerle entrega del escrito de acusación y realizar el descubrimiento total del material probatorio; descubrimiento que también debe hacer a la víctima, dejando constancia de dicho traslado. En caso de contumacia y declaratoria de persona ausente, el traslado se surtirá con el defensor.

Quando se autorice la conversión de la acción penal pública a privada, y entre tanto esta perdure, la investigación y la acusación corresponderán al acusador privado en los términos de este Código”.

Con el traslado del escrito de acusación se interrumpe el término de prescripción de la acción penal; comenzando a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal, sin que en este evento pueda ser inferior a tres (3) años.

Cuando se trate de delitos querellables, es requisito de procedibilidad la conciliación, en ese sentido, el fiscal deberá indagar a las partes sobre su ánimo conciliatorio, llegado a un acuerdo entre la víctima y el procesado, el fiscal decretará el archivo de las diligencias.

El traslado del escrito de acusación que hace las veces de formulación de imputación tal y como lo refiere la misma Ley 1826 de 2017, en el entendido de que se elimina la audiencia preliminar de imputación, acto procesal que es el soporte de cualquier decisión sobre la libertad personal, permite al fiscal, al acusador privado y a la víctima solicitar cualquiera de las medidas cautelares previstas en el Código Procesal Penal.

Cuando resulte procedente la imposición de una medida de aseguramiento, en los casos de flagrancia, el fiscal hará el traslado del escrito de acusación al inicio de la audiencia, y luego se procederá de acuerdo con el trámite ordinario previsto en la Ley 906 de 2004, para lo cual se debe acreditar la necesidad de la medida de aseguramiento y discutir todo lo concerniente al test de proporcionalidad. Vale la pena mencionar que la Ley 1826 de 2017 modificó el numeral 4° del artículo 313 de la Ley 906 de 2004 para establecer que la libertad del indiciado puede generar un peligro futuro si este ha sido capturado dentro de los tres (3) años anteriores a

la nueva captura, siempre que no exista absolución o preclusión.

Respecto del contenido del escrito de acusación, además de los requisitos establecidos en el artículo 337 del Código de Procedimiento Penal¹⁴, deberá contener la indicación del juzgado competente para conocer la acción, prueba sumaria que acredite la calidad de víctima y su identificación, indicación de la posibilidad de allanarse a los cargos, y la orden de conversión de la acción penal de pública a privada, de ser el caso.

Surtido el traslado del escrito de acusación, el fiscal deberá presentarlo dentro de los cinco (5) días siguientes ante el juez competente para adelantar el juicio, y su incumplimiento dará lugar a sanciones disciplinarias, procesales y penales.

Con fundamento en el traslado de la acusación, el procesado podrá aceptar los cargos, esta renuncia implicará un descuento punitivo de hasta la mitad de la pena, si dicha aceptación se da antes de la celebración de la audiencia concentrada, caso en el cual el fiscal, el indiciado y su defensor suscribirán un acta en la que conste que dicha manifestación es libre, voluntaria e informada, la misma se anexa al escrito de acusación, con el propósito de que el juez de conocimiento verifique la validez de la aceptación de los cargos y proceda a darle trámite a la audiencia del artículo 447.

14 Sobre los requisitos del escrito de acusación cfr. el reciente pronunciamiento de la Corte contenido en la decisión SP3168-2017, 8 de marzo de 2017, Rad. 44599.

Si la aceptación de cargos se presenta una vez instalada la audiencia concentrada y hasta antes de la iniciación del juicio oral, el beneficio punitivo será de hasta una tercera parte de la pena, una vez instalado el juicio oral será de una sexta parte.

En los anteriores eventos quien dosifica la pena es el Juez de Conocimiento, en procura de no dejar esa libertad al juzgador, nada impide que se realice un preacuerdo en el que la pena sea debidamente acordada por las partes.

Además de los requisitos exigidos para el escrito de acusación para la presentación ante el juez competente el fiscal deberá anexar: (i) la constancia de la comunicación del escrito de acusación al indiciado; (ii) la constancia de la realización del descubrimiento probatorio, y; (iii) la declaratoria de persona ausente o contumacia cuando hubiere lugar.

3. Audiencia concentrada

Una vez surtido el traslado del escrito de acusación, el indiciado contará con un término de sesenta (60) días para la preparación de su defensa, vencido dicho plazo el juez de conocimiento citará a las partes e intervinientes a audiencia concentrada, la que deberá realizarse dentro de los diez (10) días siguientes. Para la validez del acto procesal solo será necesaria la presencia de Fiscalía y defensa¹⁵.

15 Cfr. Artículo 541 de la Ley 906 de 2004.

Después de instalada la audiencia concentrada, el juez le preguntará al indicado sobre su voluntad de aceptar los cargos, la que de presentarse debe ser libre, voluntaria e informada, advirtiéndole del descuento punitivo a que tiene derecho y procediendo al traslado del artículo 447.

De no aceptarse los cargos, el juez hará el reconocimiento de la víctima de quien se presente en tal calidad, si la acción penal es ejercida por el acusador privado, ese reconocimiento se hará por parte de la Fiscalía en la orden de conversión de la acción penal y de manera definitiva en sede de audiencia por el juez.

Acto seguido, se corre traslado a las partes e intervinientes para que expresen de manera oral las causales de incompetencia, impedimentos y recusaciones; así como para que propongan las nulidades que consideren pertinentes.

Luego se preguntará al fiscal acerca de posibles modificaciones al escrito de acusación, sin que las mismas puedan afectar su núcleo fáctico, enseguida se le concede el uso de la palabra a la defensa y a la víctima para que realicen sus observaciones al escrito de acusación y a sus posibles modificaciones, en particular, sobre el cumplimiento de los requisitos legales que fijan los artículos 337 y 538, con el propósito de que el fiscal, o el acusador privado, según el caso, lo aclare, adicione o corrija de inmediato.

Inmediatamente, el juez verificará con las partes e intervinientes el procedimiento de descubrimiento de elementos materiales probatorios y la evidencia física hecho por la Fiscalía, el que de no haber sido comple-

to, será rechazado de plano en el mismo acto. Luego la defensa descubrirá lo que hará valer en el juicio, aclarándose siempre que el descubrimiento de la Fiscalía debe ser total y completo.

Superado el descubrimiento probatorio, tanto Fiscalía como defensa enunciarán la totalidad de las pruebas que harán valer en el juicio, las partes deberán al inicio de la audiencia hacer entrega al juez, las partes e intervinientes el listado de la enunciación probatoria. En cuanto a las estipulaciones probatorias, las partes e intervinientes manifestarán o no su interés en hacerlo, caso en el cual el juez puede decretar un receso hasta de una (1) hora con tal fin en el evento en que no se hubieran reunido previamente.

Acto seguido, y en el siguiente orden, la Fiscalía, la víctima y la defensa realizarán sus solicitudes probatorias bajo las reglas de prueba fijadas por el legislador respetándose los criterios de licitud, legalidad, pertinencia, admisibilidad y conocimiento personal, para lo cual se debe correr traslado para que las partes e intervinientes pidan las exclusiones, rechazos e inadmisiones a que haya lugar; luego el juez de conocimiento se pronuncia en una sola decisión sobre las solicitudes probatorias y las nulidades propuestas, corriéndose traslado común a las partes sobre las decisiones de reconocimiento de víctima, nulidades, solicitudes probatorias y demás determinaciones que sean objeto de recurso, para que se interpongan y sustenten de manera inmediata.

Concluida la audiencia concentrada, el juez citará a audiencia de juicio oral que se llevará a cabo dentro de los treinta (30) días siguientes y cuyo trámite se seguirá por

las reglas determinadas en el procedimiento ordinario. Sin embargo, se establece que una vez anunciado el sentido del fallo, se correrá el traslado del artículo 447 y el juez contará con diez (10) días para proferir la sentencia y correr traslado de esta, la sentencia se entenderá notificada con el traslado, este acto se surtirá citando a las partes al despacho y haciendo entrega de la providencia, si no concurren a pesar de haber sido citadas oportunamente se entenderá surtida la notificación, a no ser que se justifique la ausencia por fuerza mayor o caso fortuito. A partir de la notificación, las partes contarán con cinco (5) días para la interposición y sustentación por escrito del recurso de apelación contra la sentencia, este trámite se surte conforme al procedimiento ordinario, como puede advertirse la lectura de la sentencia no hace parte de este procedimiento especial, con lo que puede asegurarse que esta audiencia fue eliminada.

V. La acción penal privada

Tiene fundamento constitucional el artículo 2° del Acto Legislativo 06 de 2011 que establece: “Artículo 2°, el artículo 250 de la Constitución Política tendrá un párrafo segundo del siguiente tenor: *“Párrafo segundo. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente”*”.

Los motivos de esta reforma constitucional se centraron en *“establecer un sistema que garantizando el respeto a los derechos fundamentales de las partes involucradas, que permita procesar de manera ágil y expedita a quienes toman parte en conductas delictivas de frecuente ocurrencia en la comunidad, que congestionan el sistema judicial de manera notoria. Para ello se crea un proceso especial compuesto por mecanismos ágiles desprovistos de mayores ritualidades, que permita ofrecer un trato diferenciado para conductas de menor lesividad, por lo tanto, en el mismo se aclara cuáles conductas punibles son contravenciones penales, así las cosas, en el marco del contenido de esta iniciativa, se distingue entre conductas punibles de mayor lesividad (delitos) y de menor lesividad (contravenciones). Se crea un procedimiento especial abreviado para las conductas contravencionales en materia penal y para el delito de hurto de celulares que se basan en dos audiencias principales: Una en la que se comunican los cargos, se descubren*

y solicitan pruebas y otra en la cual se practican, se adelanta el contradictorio y culmina con una decisión de fondo”¹⁶.

Finalmente, bajo la discusión dogmática de la diferencia entre contravenciones y delitos se optó por dejar en el texto de la norma el de conductas punibles, este último recoge ambas categorías, ya que no podía desconocerse lo dicho en Sentencia C-879 de 2008, en el entendido que mientras las conductas mantengan los requisitos para considerarlos delitos, su persecución penal estará en cabeza de la Fiscalía.

1. Características

- 1.1. Voluntaria: La víctima de la conducta punible es la facultada constitucional y legalmente para ejercer la acción penal.
- 1.2. Querellante: La víctima debe tener las mismas calidades que el querellante dentro del proceso penal.
- 1.3. Representación: Siempre deberá estar representado por un abogado. La ley prevé que lo puedan hacer los estudiantes de consultorio jurídico de las universidades y los abogados titulados.
- 1.4. Desistible: la víctima puede solicitarle a la Fiscalía que no desea continuar con la acción penal privada.

¹⁶ Exposición de motivos proyecto Senado 048 de 2015, Cámara 171 de 2017.

- 1.5. Reversible: el Fiscal que autorizó la conversión podrá en cualquier momento, de oficio o por solicitud de parte, asumir el proceso penal.
- 1.6. Único: en el evento en que existan varias víctimas, estas se deberán poner de acuerdo para nombrar a un acusador privado que las represente, si esto no fuere posible, la Fiscalía asumirá este.

2. Conductas punibles susceptibles de conversión de la acción penal

Todos los delitos querellables y aquellos no querellables a los que se les aplica el procedimiento especial abreviado. No podrá haber conversión de la acción penal pública a privada cuando se atente contra los bienes del Estado.

3. Solicitud de conversión

Esta se debe solicitar de forma escrita a la Fiscalía, acreditando sumariamente la calidad de víctima, esta petición debe realizarse a través de su abogado, así como el tiempo para resolver es de un (1) mes.

4. Oportunidad

La conversión de la acción penal se podrá solicitar hasta antes del traslado del escrito de acusación. Después deberá ser asumido por la Fiscalía.

5. Contenido de la decisión

Cuando la Fiscalía niegue la conversión lo hará por las siguientes razones:

1. Cuando no se acredite sumariamente la calidad de víctima, ya que es fundamental para este procedimiento abreviado.
2. Cuando no esté plenamente identificado o individualizado el sujeto investigado. Ya que no se puede adelantar la acción contra personas indeterminadas.
3. Cuando el indiciado pertenezca a una organización criminal y el hecho esté directamente relacionado con su pertenencia a esta.
4. Cuando el indiciado sea inimputable. Ya que el tratamiento con estas personas es diferente y está regulado de forma especial dentro del procedimiento penal.
5. Cuando los hechos guarden conexidad o estén en concurso de delitos frente a los que no proceda la conversión. Es decir por factor de competencia la acción pública prevalecerá.
6. Cuando la conversión de la acción penal implique riesgo para la seguridad de la víctima, es claro porque lo primordial del derecho penal moderno es la protección especial de esta.
7. Cuando no haya acuerdo entre todas las víctimas de la conducta punible, esto por exclusión expresa de la ley.
8. Cuando existan razones de política criminal.
9. Cuando estemos frente a procesos adelantados por el sistema de responsabilidad penal para adolescentes.

10. Cuando la conducta sea objetivamente atípica, caso este en donde el fiscal archivará la investigación.

Si la Fiscalía acepta la conversión, señalará los siguientes aspectos:

1. Identidad e individualización del indiciado.
2. Los hechos que serán objeto de la acción privada.
3. La calificación jurídica provisional.

Taxativamente el legislador determina las circunstancias en que por ningún motivo se puede ordenar la conversión de la acción penal de pública a privada, siendo estas las siguientes:

- a) Cuando no se acredite sumariamente la condición de víctima.
- b) Cuando no esté plenamente identificado o individualizado el sujeto investigado.
- c) Cuando el indiciado pertenezca a una organización criminal y el hecho esté directamente relacionado con su pertenencia a esta.
- d) Cuando el indiciado sea inimputable.
- e) Cuando los hechos guarden conexidad o estén en concurso con delitos frente a los que no proceda la conversión de la acción penal pública a acción privada.
- f) Cuando la conversión de la acción penal implique riesgo para la seguridad de la víctima.
- g) Cuando no haya acuerdo entre todas las víctimas de la conducta punible.

- h) Cuando existan razones de política criminal, investigaciones en contexto o interés del Estado que indiquen la existencia de un interés colectivo sobre la investigación.
- i) Cuando se trate de procesos adelantados por el sistema de responsabilidad penal para adolescentes.
- j) Cuando la conducta sea objetivamente atípica, caso en el cual el Fiscal procederá al archivo de la investigación.

Si el acusador privado o su representante tuvieran conocimiento de una de estas causales y la omitiera, será objeto de investigación penal y disciplinaria. Por el control preferente que tiene el fiscal de la acción penal, en cualquier momento podrá revertir la conversión con base en alguna de las causales anotadas, caso en el cual el acusador privado solo mantendrá las facultades de intervenir como víctima.

6. Facultades del acusador privado

1. Frente a los actos de investigación, tendrá las mismas facultades de investigación que tiene la defensa.
2. Cuando se requieran actos complejos se deberá pedir al Juez de Control de Garantías y si este ve la necesidad de los estos ordenar a la Fiscalía que los coordine así como la interceptación de comunicaciones, inspecciones corporales, registros y allanamientos, vigilancia y seguimiento de personas, vigilancia de cosas, entregas vigiladas, diligencias de agente encubierto, retención de correspondencia y

recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de redes de comunicaciones. En este caso ordenará al fiscal que coordine su realización, por lo que ese acto estará exclusivamente a cargo de la Fiscalía, que deberá acudir al control constitucional posterior ante el Juez de Control de Garantías, y tanto la evidencia recaudada como la información obtenida serán puestas a disposición del investigador privado bajo los protocolos de la cadena de custodia.

3. Podrá solicitar medida de aseguramiento ante el Juez de Control de Garantías, bien sea privativa o no de la libertad, esto se hará de acuerdo con el procedimiento ordinario. La efectividad de la orden de captura queda en cabeza de la Fiscalía General de la Nación.
4. Le será entregado la custodia de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, por el Fiscal que ordenó la conversión, previa elaboración del acta y dejando copia de lo entregado al acusador privado.
5. Respecto de la reparación integral, el acusador privado podrá –dentro de este procedimiento– formular su pretensión, para que la misma sea parte del escrito de acusación y su traslado.

7. La reversión de acción privada

La acción penal puede ser revertida nuevamente de privada a pública, de oficio o por solicitud de parte, cuando:



1. Sobrevenida alguna de las causales descritas en el artículo 554;
2. El acusador privado sea sorprendido en actos de desviación de poder,
3. Ante la ausencia permanente del abogado de confianza del acusador privado, sin perjuicio de las acciones penales y disciplinarias a que haya lugar.

VI. Régimen de libertad

En el procedimiento especial abreviado, el tratamiento de la libertad, su limitación y la posibilidad de recobrarla no distan mucho de las condiciones que se manejan en el procedimiento ordinario establecido en la Ley 906 de 2004.

En cuanto a la limitación, esto es la posibilidad de que este derecho fundamental sea restringido por razones procesales, queda inmersa dentro de toda la teoría legal y jurisprudencial que la ha explicado y que ha sido fruto de debates y discusiones a lo largo de la vigencia del Sistema Penal Acusatorio colombiano, de manera que las razones constitucionales (cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas), se deben interpretar acorde con aquella doctrina¹⁷, en virtud del principio de integración establecido en el art. 11 de la Ley 1826 de 2017, que adicionó al Código de Procedimiento Penal en el artículo 535.

Así mismo, las personas que pueden pedir su limitación son las que en el procedimiento ordinario se encuentran facultadas para pedir la restricción de la libertad: fiscal

17 Sentencias C-774/01, C-1198/08, C-425/08, C-114/10, C-121/12, C-695/13.

y víctima¹⁸, pero, cuando hay conversión de la acción penal pública a privada, el perseguidor privado es quien tiene la exclusiva facultad de acudir directamente ante el Juez de Control de Garantías para solicitar la medida privativa o no privativa de la libertad, a la víctima se le mantiene la potestad de acudir ante el juez de control de garantías a peticionar la limitación de la libertad como medida cautelar contra su victimario, pero solo a través de su apoderado, quien según lo indica la ley hace las veces de Fiscal, ya que así lo establecen los nuevos artículos 549, 555 y 558, la víctima solo puede actuar mediante apoderado de confianza.

Por su parte, la Ley 1826/17 hace una modificación al artículo 310 respecto de las solicitudes de medida de aseguramiento restrictivas de la libertad, en el entendido de que tanto para el nuevo procedimiento abreviado como para el ordinario procede la detención preventiva, cuando la persona es capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución.

La nueva norma procesal crea una presunción en que la libertad de los indiciados representan un peligro futuro para la sociedad, acorde con el artículo 308; en este sentido, habrá entonces que entender que bajo este supuesto normativo le es obligatorio a quien haga la solicitud

18 Cfr., art. 306, inciso cuarto “La víctima o su apoderado podrán solicitar al Juez de Control de Garantías, la imposición de la medida de aseguramiento, en los eventos en que esta no sea solicitada por el fiscal”.

de medida de aseguramiento demostrar la necesidad y urgencia de la medida restrictiva bajo los supuestos del artículo 310 del C. P. P., tal obligación se genera para el procedimiento ordinario, así como para el procedimiento especial abreviado; en todo caso el juez de control de garantías deberá hacer el test de proporcionalidad, sin que pueda entenderse que el solo hecho de haber sido capturado en el plazo fijado en la norma sea determinante para que objetivamente se proceda a la imposición de la medida, ya que habrá de atenerse a lo plasmado en la sentencia C-121 de 2011.

Por otro lado, en lo relacionado con el traslado de la acusación en la audiencia de medida de aseguramiento, vale la pena hacer algunas precisiones conceptuales, bajo una interpretación constitucional, a fin de evitar o atacar decisiones contrarias a ella.

La formulación de la imputación, que se ha convertido en un saludo a la bandera en relación con la intervención de la defensa técnica y de los jueces de control de garantías, desaparece del escenario procesal para dar paso al denominado “traslado de la acusación”¹⁹, la que

19 Artículo 337. *Contenido de la acusación y documentos anexos.* El escrito de acusación deberá contener:

1. La individualización concreta de quiénes son acusados, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.
2. Una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible.
3. El nombre y lugar de citación del abogado de confianza o, en su defecto, del que le designe el Sistema Nacional de Defensoría Pública.

como se indicó puede darse en la audiencia en que se solicita la medida de aseguramiento. Esto es que en desarrollo de la audiencia preliminar de solicitud de la imposición de medida de aseguramiento, se hace necesario hacerle al procesado el traslado del escrito de acusación, y garantizarle el derecho de defensa material y técnica, luego procederá la petición de la medida cautelar contra la libertad; se advierte que en todo caso ello significa poner a disposición los elementos de prueba que sustenten la acusación y la detención preventiva, para que sea posible el ejercicio de la contradicción.

En este entendido, se hace necesaria la información previa de los cargos para sustentar la restricción de la libertad.

-
4. La relación de los bienes y recursos afectados con fines de comiso.
 5. El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener:
 - a) Los hechos que no requieren prueba.
 - b) La transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo.
 - c) El nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio.
 - d) Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación.
 - e) La indicación de los testigos o peritos de descargo indicando su nombre, dirección y datos personales.
 - f) Los demás elementos favorables al acusado en poder de la Fiscalía.
 - g) Las declaraciones o deposiciones.

En resumen, el procedimiento especial abreviado permite al fiscal y al acusador privado solicitar la medida de aseguramiento ante el Juez de Control de Garantías.

Causales de libertad

En el procedimiento especial abreviado se establece que el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá ser superior a ciento ochenta (180) días y que su libertad procede de inmediato en los siguientes casos:

- Cuando se cumpla la pena.
- Cuando se decrete la preclusión.
- Cuando se absuelva al acusado.
- Como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad.
- Como consecuencias de las cláusulas de acuerdo aceptadas por el Juez de Conocimiento.
- Cuando transcurridos setenta (70) días desde el traslado de la acusación no se inicie la audiencia concentrada.
- Cuando transcurridos treinta (30) días desde la terminación de la audiencia concentrada no se inicie la audiencia de juicio oral.
- Cuando transcurridos setenta y cinco (75) días desde el inicio del juicio oral no se corra traslado de la sentencia.

Estos términos se incrementarán en otro tanto cuando se trate de procesos que se surtan ante la justicia especializada, o sean dos o más procesados, o se trate de

la investigación o juicio de actos de corrupción de que trata la Ley 1474 de 2011.

En lo relacionado con las causales de libertad, las contenidas en los ordinales 1 a 5, de la nueva normatividad tienen correspondencia con las establecidas en los numerales 1 a 3 (art. 317), aplicables al procedimiento ordinario, pero en las causales 6, 7 y 8 se disminuyen los tiempos en las etapas procesales, así:

“6. Cuando transcurridos setenta (70) días desde el **traslado de la acusación** no se inicie la audiencia concentrada.

7. Cuando transcurridos treinta (30) días desde **la terminación de la audiencia concentrada** no se inicie **la audiencia de juicio oral**.

8. Cuando transcurridos setenta y cinco (75) días desde el inicio del juicio oral no se corra traslado de la sentencia”.

Especial mención merece la causal de libertad contenida en el numeral 8 del nuevo artículo 548 del C. P. P., que consagra como una causal de libertad el hecho de que transcurridos 75 días desde el inicio del juicio oral no se corra traslado de la sentencia, esta causal debe interpretarse en armonía con lo dispuesto en los artículos 544 y 545 ibídem, que establecen que finalizado el juicio, el juez contará con 10 días para proferir la sentencia y correr traslado escrito a las partes, la cual se entiende notificada con el traslado, caso en el cual el juez debe citar a las partes y hacer entrega de las copias de la sentencia; debe entenderse entonces que es la fecha en la

que se inicia el juicio oral la que se toma en cuenta para el inicio del cómputo y no la de la finalización del juicio o debate.

Con respecto al párrafo 4º, del nuevo artículo sobre las causales de libertad, puede advertirse que los términos se duplican cuando sean dos o más los procesados, no se indica nada respecto del número de delitos, cuyo contenido difiere del párrafo final del actual artículo 317 del C. P. P., el texto de la norma especial es el siguiente:

“Parágrafo 4º. *Los términos dispuestos en este artículo se incrementarán por el mismo término inicial cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean dos o más procesados, o se trate de la investigación o juicio de actos de corrupción de los que trata la Ley 1474 de 2011”.*

En comparación con los demás párrafos del citado art. 317, el contenido es el mismo y son básicamente reproducción de la ley y de la jurisprudencia desarrollada sobre la materia.

Por último, resulta de suma importancia hacer las siguientes precisiones comoquiera que el procedimiento especial abreviado tiene una remisión legal al procedimiento ordinario en aquello que no está previsto en el nuevo esquema procesal, las figuras de la *contumacia* y la *declaratoria de persona ausente*, se rigen por lo establecido en los artículos 127 y 291 de la Ley 906 de 2005.

En cuanto a la posibilidad de ordenarse captura en razón de una de aquellas conductas penales a que se refiere el nuevo artículo 534, se puede decir que bajo el cumpli-



miento del factor objetivo, esto es que la pena mínima sea mayor a cuatro años (4), muchas de ellas entrarían en el campo de la posibilidad de limitar la libertad en razón a una orden judicial, a partir de la satisfacción de los presupuestos de lo establecido en los artículos 297, 308 y 313, del C. P. P., en ese sentido, no era necesario una ley reformativa del procedimiento penal, ya que se mantiene la posibilidad de ordenar capturas para las conductas a que se refieren los artículos 240, 241, 312 del C. P., de ellas no se advierte una menor lesividad, lo que se procura entonces es un procedimiento más ágil del que actualmente se le está dando.

**VII. El nuevo
procedimiento especial
abreviado, el acusador
privado y las salidas
alternas y extinción
de la acción penal**

1. La aceptación de cargos o allanamientos, los preacuerdos y negociaciones en el nuevo procedimiento especial abreviado

La Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia determinó que los allanamientos y los preacuerdos hacen parte de las denominadas formas de justicia premial y consensual. En la primera modalidad, el indiciado, imputado o acusado se acoge a los cargos imputados por la Fiscalía, lo que lo hace acreedor a una rebaja de pena de hasta la mitad de la pena imponible²⁰; en la segunda modalidad la Fiscalía y la defensa negocian sobre ciertos tópicos de los hechos imputados y de su consecuente adecuación jurídica y sus circunstancias para llegar a un acuerdo sobre la pena a imponer.

En la reforma realizada a la Ley 906, mediante el artículo 9° de la Ley 1826 de 2107, tan solo se consagra de forma expresa la terminación anticipada del proceso producto de allanamiento o la aceptación de cargos por parte del indiciado, acusado o procesado, mas no

20 Art. 351 Ley 906 de 2004, inciso primero “La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja de pena de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación”.

la posibilidad de que el imputado y el fiscal puedan llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias, tal como se encuentra previsto en los artículos 350 y 351 de la Ley 906 de 2004, lo cual, consideramos, no es óbice para que luego de comunicados los cargos mediante el traslado del escrito de acusación, en la forma prevista en los artículos 536 y 537 *ibídem*, se puedan realizar acuerdos sobre los hechos imputados y sus consecuencias en virtud del principio de integración previsto en el nuevo artículo 535 de la Ley 906 de 2004²¹ que dispone que “[en] todo aquello que no haya sido previsto de forma especial por el procedimiento descrito en este título, se aplicará lo dispuesto por este código y el Código Penal”.

En relación con la aceptación de cargos, el nuevo artículo 539 de la Ley 906 de 2004 establece la posibilidad para el indiciado de acercarse, en cualquier momento previo a la realización de la audiencia concentrada, al fiscal del caso para manifestar su intención de aceptar los cargos²²; la aceptación de cargos dará lugar a un beneficio punitivo de hasta la mitad de la pena; en este

21 Adicionado mediante el artículo 11 de la Ley 1826 de 2017.

22 Ley 1826 de 2017, artículo 539. Aceptación de cargos en el procedimiento abreviado. Si el indiciado manifiesta su intención de aceptar los cargos, podrá acercarse al fiscal del caso, en cualquier momento previo a la audiencia concentrada.

La aceptación de cargos en esta etapa dará lugar a un beneficio punitivo de hasta la mitad de la pena. En ese caso, la Fiscalía, el indiciado y su defensor suscribirán un acta en la que conste la manifestación de aceptación de responsabilidad de manera libre, voluntaria e informada, la cual deberá anexarse al escrito de acusación. Estos documentos serán presentados ante el juez de conocimiento para que

caso la Fiscalía, el indiciado y su defensor suscribirán un acta en la que conste la manifestación de aceptación de responsabilidad de manera libre, voluntaria e informada por parte del indiciado, la cual deberá anexarse al escrito de acusación, para ser presentados ante el juez de conocimiento, con el fin de que verifique la validez de la aceptación de los cargos y continúe el trámite de individualización de pena y sentencia previsto en el artículo 447 *ibídem*.

El beneficio punitivo se disminuye hasta una tercera parte si la aceptación se hace una vez instalada la audiencia concentrada y, a una sexta parte de la pena si la aceptación de cargos ocurre una vez instalada la audiencia de juicio oral; rebajas que de acuerdo con lo consignado en el párrafo del artículo 539, se aplicarán en los casos de flagrancia, salvo las prohibiciones previstas en la ley, referidas a la naturaleza del delito.

En el nuevo procedimiento especial abreviado, frente a los casos en flagrancia, es claro que no opera la restricción establecida en el párrafo 301 de la Ley 906 de 2004.

verifique la validez de la aceptación de los cargos y siga el trámite del artículo 447.

El beneficio punitivo será de hasta una tercera parte si la aceptación se hace una vez instalada la audiencia concentrada y de una sexta parte si ocurre una vez instalada la audiencia de juicio oral.

Parágrafo.- Las rebajas contempladas en este artículo también se aplicarán en los casos de flagrancia, salvo las prohibiciones previstas en la ley, referidas a la naturaleza del delito.

En resumen el nuevo procedimiento especial abreviado —expresamente— establece como salida alterna la aceptación o allanamiento a cargos por parte del indiciado, acusado o procesado; lo cual puede realizar en tres estadios diferentes del novedoso procedimiento: (i) en cualquier momento previo a la audiencia concentrada, es decir, hasta antes de su instalación; esta aceptación se hace ante el fiscal encargado del caso e implica la suscripción de un acta que se constituye en un anexo esencial del escrito de acusación; (ii) una vez instalada la audiencia concentrada y hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral; en esta audiencia, una vez instalada y corroborada la asistencia de las partes, de conformidad a lo establecido en el artículo 542.1, el juez procede a interrogar al indiciado sobre su voluntad de aceptar cargos y, en caso afirmativo, verificar que su contestación sea libre, voluntaria e informada y, le advierte que tendrá un beneficio punitivo de hasta la tercera parte de la pena y; (iii) una vez instalada la audiencia de juicio oral²³, en la que el juez, conforme a lo establecido en el artículo 367 *ibídem*, luego de advertir al procesado presente, su derecho de guardar silencio y de no autoincriminarse, le concede el uso de la palabra para que manifieste sin apremio ni juramento si se declara culpable o inocente.

En el siguiente cuadro se precisan las rebajas por aceptación de cargos:

23 El juicio oral se adelanta conforme a las reglas establecidas en el Título IV del Libro III del CSPOA, art. 545 de la Ley 906 de 2004, adicionado por el artículo 21 de la Ley 1826 de 2017.

Desde la presentación del escrito de acusación hasta antes de la instalación de la audiencia concentrada	Hasta la mitad de la pena
Si se hace una vez instalada la audiencia concentrada	Hasta una tercera parte
Si ocurre una vez instalada la audiencia de juicio oral	Una sexta parte

2. La justicia restaurativa en el procedimiento especial abreviado

El artículo 24 de la Ley 1826 de 2017 adicionó a la Ley 906 de 2004 el artículo 547, en el que se consigna que los “[l]os mecanismos de justicia restaurativa podrán aplicarse en cualquier momento del procedimiento abreviado en los términos y condiciones²⁴ establecidos en el Libro VI hasta antes que se emita fallo de primera instancia y darán lugar a la extinción de la acción penal de conformidad con lo previsto en los términos de los artículos 77 de este Código y 82 del Código Penal”. Es claro entonces que la justicia restaurativa y sus consecuencias la extinción de la acción penal es transversal a todo el procedimiento especial abreviado y que, igualmente, es un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, tal como lo determina la jurisprudencia constitucional, de acuerdo con la cual la justicia restaurativa se concibe como un modelo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, ya que sustituye la idea tradicional de retribución o castigo, por una visión que rescata la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y víctima-

24 Cfr., artículo 518 de la Ley 906 de 2004.

rio; con respecto a la concepción en la que el centro de gravedad del derecho penal ya no lo constituiría el acto delictivo y el infractor, sino que involucraría una especial consideración a la víctima y al daño que le fue inferido²⁵.

Así, en la Ley 906 de 2004²⁶ se establece que se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador y, que este resultado restaurativo es el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, siendo sus mecanismos: (i) la conciliación preprocesal, (ii) la conciliación en el incidente de reparación integral y; (iii) la mediación²⁷, los cuales, necesariamente, están orientados a la satisfacción de los intereses de las víctimas (reconocer su sufrimiento, repararle el daño inferido y restaurarla en su dignidad), al restablecimiento de la paz social, y a la reincorporación del infractor a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales quebrantados por el delito, y replantear el concepto de castigo retributivo que

25 Cfr., Corte Constitucional, *inter alia* sentencias: C-979/05; C-059/10 y C-387/14.

26 Libro VI, Capítulo I, arts. 518 a 527.

27 Art. 521, Ley 906 de 2004.

resulta insuficiente para el restablecimiento de la convivencia social pacífica²⁸.

Los procesos de justicia restaurativa se rigen por los principios generales del Código de Procedimiento Penal y, particularmente, por las siguientes reglas, establecidas en el artículo 519:

1. Consentimiento libre y voluntario de la víctima y el imputado, acusado o sentenciado de someter el conflicto a un proceso restaurativo. Tanto uno como los otros podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación.
2. Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado con el delito.
3. La participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en los procedimientos jurídicos ulteriores.
4. El incumplimiento de un acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena.
5. Los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial y velarán porque la víctima y el imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respeto.
6. La víctima y el imputado, acusado o sentenciado tendrá derecho a consultar a un abogado.

28 Cfr., en este sentido sentencia C-979/05 Corte Constitucional.

El fiscal o el juez, para remitir un caso a los programas de justicia restaurativa deberá: (i) informar plenamente a las partes de sus derechos, de la naturaleza del proceso y de las posibles consecuencias de su decisión y, (ii) cerciorarse que no se haya coaccionado a la víctima ni al infractor para que participen en procesos restaurativos o acepten resultados restaurativos, ni se los haya inducido a hacerlo por medios desleales (art. 520).

Frente a la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación (art. 521, Ley 906 de 2004), como mecanismos de justicia restaurativa, es de anotar que en lo relacionado con la conciliación preprocesal, el artículo 522 de la Ley 906 de 2004 establece que la conciliación se surtirá obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables; requisito de procedibilidad que sigue siendo de obligatoria observancia en virtud de lo dispuesto en el nuevo artículo 547 que establece que los mecanismos de justicia restaurativa podrán aplicarse en el procedimiento abreviado en los términos y condiciones establecidos en el Libro VI, lo que forzosamente traduce que la Fiscalía en materia de delitos querellables, debe continuar realizando una labor de conciliador, tal como lo ha determinado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, porque el órgano de investigación sigue siendo parte de la rama judicial y su actividad continúa regida por los principios de independencia e imparcialidad, inherentes a la actividad del conciliador²⁹.

En lo relacionado con la conciliación en el incidente de reparación integral como mecanismo de justicia restaurativa, es claro que esta no opera en el procedimiento especial abreviado en la forma prevista para el procedimiento ordinario, ya que el nuevo artículo 564 establece que el acusador privado podrá formular su pretensión de reparación dentro del procedimiento especial, para lo cual debe incorporarla en el traslado y en la presentación del escrito de acusación, debiendo, de igual forma, descubrir, enunciar y solicitar las pruebas para demostrar su pretensión reparatoria en los mismos términos y oportunidades procesales previstos en el procedimiento especial abreviado.

Así mismo, de conformidad con lo establecido en el párrafo de la norma en cita, el juez debe condenar al penalmente responsable al pago de los daños (morales o inmateriales y materiales) de acuerdo con lo acreditado en el juicio. Es decir, en el procedimiento especial abreviado no solo se debate la responsabilidad penal, sino el deber y la obligación del autor o partícipe del injusto de reparar integralmente en los términos previstos en el numeral 3 del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, ya que, conforme a lo establecido en el párrafo 2, si eventualmente el acusador privado hubiese acudido a la jurisdicción civil para obtener reparación económica la reparación no podrá incluir estos aspectos.

Ahora, en el párrafo 3° del artículo 564 se faculta al acusador privado para acudir ante la jurisdicción civil cuando no formule “una pretensión de reparación dentro del procedimiento especial abreviado”, facultad que debe entenderse solo en relación con el aspecto indemnizatorio de los perjuicios materiales (en su modalidad

de daño emergente y lucro cesante consolidado y futuro) o el aspecto compensatorio por los perjuicios morales, el daño a la vida de relación, etc., y las medidas de rehabilitación susceptibles de tasación económica.

Sobre las pretensiones reparatorias de la víctima y, en consecuencia, del acusador privado, consideramos que estas pueden ser objeto de conciliación extraprocesal en el curso del trámite del procedimiento especial abreviado, hasta antes de la sentencia de primera instancia.

Es importante indicar que la Ley 1826 de 2107 faculta la intervención de un servidor público como representante de un menor incapaz, y que tal condición no impide que pueda conciliar o desistir, pero bajo la tutela del juez quien tendrá especial cuidado de verificar que la causa de esta actuación o del acuerdo, se produzca en beneficio de la víctima para garantizar la reparación integral o la indemnización económica.

Por último, la mediación como mecanismo de justicia restaurativa se encuentra prevista en el capítulo III del libro IV, en los artículos 523 a 527 de la Ley 906 de 2004, porque hacen relación al concepto, la procedencia, la solicitud, los efectos y las directrices. La mediación es definida por la jurisprudencia constitucional como “*un mecanismo que genera un espacio institucional para que la víctima y el ofensor (imputado o acusado) intercambien opiniones y confronten sus puntos de vista, para que a través de un mediador, que conforme a la ley debe ser neutral, logren solucionar el conflicto suscitado con ocasión de la conducta punible*”³⁰; también la mediación está sujeta a la expedición de un manual

por parte del Fiscal General de la Nación (art. 523), que desafortunadamente, aun no se ha expedido, lo que en la práctica dificulta en sumo grado, por no decir que impide la utilización de la mediación como mecanismo restaurador de las cuestiones derivadas del delito, como lo es el daño a la víctima y su necesidad de reparación.

**VIII. Principio de
favorabilidad
en la Ley 1826 de 2017**

Se empieza por anotar que si bien es cierto se trata un tema cuyo contenido corresponde al derecho procesal, también lo es que el mismo tiene profundas repercusiones sustanciales; y es que el derecho procesal penal con las nuevas tendencias, también se ha constitucionalizado y acorde con ello, ha sido con el Acto legislativo 03 de 2002 que se designa a la Fiscalía General de la Nación como el ente persecutor por excelencia y se le encomendó el ejercicio de la acción penal, con algunas salvedades³¹, así mismo, mediante el Acto Legislativo 006 de 2011, se adiciona esta norma para dar cabida a la actuación del acusador privado, por supuesto, que la Fiscalía tendrá el ejercicio preferente³².

El principio de favorabilidad es transversal al procedimiento consagrado en la Ley 1826 de 2016, el ánimo es

31 Ley 906 de 2004, artículo 323. Aplicación del principio de oportunidad. La Fiscalía General de la Nación podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad.

32 Parágrafo 2°. Adicionado por el art. 2, Acto Legislativo 006 de 2011. Con el siguiente texto: Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente.

tomarlo como un punto de partida y no anotar o agregar al estado del arte en esa materia. Por lo que aquí se expondrá una visión general de este principio y luego se mostrará en qué momentos y para cuáles instituciones aplica.

Definición

Según la Real Academia de la Lengua Española, en temas de derecho significa:

“Norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales”³³

Para Guillermo Cabanellas de Torres, en su Diccionario de derecho usual, revisado, actualizado y ampliado define:

Principio: Primer instante del ser, de la existencia de una institución o grupo // Razón, fundamento, origen // Causa primera // Máxima, norma, guía // En plural los principios son las bases o rudimentos de una ciencia o arte³⁴.

Como corolario de lo anterior, se puede entender que un principio es un precepto de obligatorio cumplimiento porque sirve de límite a la actividad del Estado independiente del régimen de enjuiciamiento que se adopte;

33 Diccionario de la Real Academia Española. Disponible en <http://dle.rae.es/?id=UC5uxwk>

34 Cabanellas de Torres, Guillermo (s. f.). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo 6, Editorial Heliasta, p. 465.

por lo tanto, su aplicación no puede estar supeditada al querer del legislador.

Ahora bien, “favorabilidad quiere decir que toda persona sometida a proceso penal tiene derecho a que se le aplique la ley y/o jurisprudencia que más favorezca sus intereses”³⁵

Así mismo la ley favorable, “Es aquella que, respecto de otra u otras, aplicada al caso concreto, mejora de cualquier forma la situación del imputado”³⁶.

En relación con la favorabilidad ha de decirse que procede cuando hay un tránsito de legislación o cuando coexisten varios ordenamientos que consagran la misma institución, opera igual si se refiere a un procedimiento ordinario o a uno abreviado. Lo relevante es confrontar que las características de la institución que se pretende aplicar son idénticas en ambos ordenamientos.

1. En relación con el desistimiento de la querrella

El desistimiento de la querrella, en el anterior artículo 76 de la Ley 906 de 2004, se definía como “En cualquier momento de la actuación y antes de concluir la audiencia preparatoria, el querellante podrá manifestar verbalmente o por escrito su deseo de no continuar con los procedimientos”.

35 Pérez Pinzón Álvaro Orlando (2004). Los principios generales del derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 76.

36 *Ibidem*.

Ya con la reforma que introduce la Ley 1826 de 2017 es del siguiente tenor:

“Artículo 76. Desistimiento de la querrela. En cualquier momento de la actuación y antes del inicio de la audiencia de juicio oral, el querellante podrá manifestar verbalmente o por escrito su deseo de desistir de la acción penal”.

Es decir, se amplía la posibilidad para el desistimiento de la querrela, por lo tanto, por virtud del principio de favorabilidad, se podrá presentar el desistimiento de la querrela hasta antes de iniciar la audiencia de juicio oral en procesos que se adelanten por hechos cometidos antes de la entrada en vigencia de esa nueva ley (procedimiento ordinario).

Comoquiera que al artículo 44, inciso segundo de la ley, establece que la misma se aplicará para “delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia respecto de los que no se haya realizado formulación de imputación en los términos de la Ley 906 de 2004”, ello en manera alguna puede entenderse como una limitación a la aplicación de este principio, sino que para aquellos procesos en los que no se ha formulado imputación, esta ley opera de *jure*, es decir, se adelantarán conforme al procedimiento allí establecido; pero para procesos que estén en etapa posterior, si bien es cierto, seguirán por el mismo rito de la Ley 906 de 2004, nada obsta para que se les apliquen los nuevos beneficios que contempla esta ley.

2. En relación con el allanamiento a cargos

La Ley 1826 de 2017, también da cabida a la justicia premial, ya que en su articulado permite la figura del

“allanamiento a cargos” o “aceptación de cargos” y lo permite desde el momento mismo de la noticia criminal, y concede unas rebajas de penas que ofrecen mayor beneficio al procesado que las vigentes en la Ley 906 de 2004, por lo que son plenamente aplicables, por virtud del principio de favorabilidad, así:

a) Allanamiento a cargos desde la vinculación.

En este evento la rebaja de pena será de la mitad y se considera que en aplicación del principio estudiado aplica también, para aquellos casos que se tramitan por el procedimiento ordinario, y se da el allanamiento en la formulación de la imputación, incluidos aquellos que se dieron en situación de flagrancia.

Para ver si es correcta la premisa, veamos:

El artículo 13 de la Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 536³⁷, que contempla el traslado de la acusación, según lo cual:

37 Artículo 13. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 536, así:
 Artículo 536. Traslado de la acusación. La comunicación de los cargos se surtirá con el traslado del escrito de acusación, tras lo cual el indiciado adquiere la condición de parte. Para ello, el fiscal citará al indiciado para que comparezca en compañía de su defensor, así como a la víctima, con el fin de hacer entrega del escrito de acusación y realizar el descubrimiento probatorio, cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el indiciado fue autor o partícipe. El descubrimiento probatorio que haga la Fiscalía deberá ser total, incluirá los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida aportada por la víctima, y del mismo deberá quedar constancia. En los eventos contemplados

1. Se comunican los cargos al indiciado, tras lo cual adquiere la condición de parte, lo que equivale a decir que se le vincula al proceso penal.
2. En caso de contumacia o declaratoria de persona ausente se correrá el respectivo traslado con el abogado designado por el indiciado o por el sistema nacional de defensoría.
3. El traslado del escrito de acusación interrumpe la prescripción de la acción penal que comienza a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del C. P. sin que sea inferior a tres (3) años.
4. A partir del traslado del escrito de acusación el fiscal, el acusador privado o la víctima podrán solicitar cualquiera de las medidas cautelares previstas en este Código.

por los artículos 127 y 291 de este código el traslado de la acusación se realizará con el defensor. Parágrafo 10. El traslado del escrito de acusación interrumpe la prescripción de la acción penal. Producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años. Parágrafo 2°. Cuando se trate de delitos querellables, concluido el traslado de la acusación, el Fiscal indagará si las partes tienen ánimo conciliatorio y procederá conforme lo dispuesto en el artículo 522. Parágrafo 3°. A partir del traslado del escrito de acusación el fiscal, el acusador privado o la víctima podrán solicitar cualquiera de las medidas cautelares previstas en este Código, sin perjuicio de las medidas de restablecimiento del derecho las cuales podrán solicitarse en cualquier momento. Parágrafo 4°. Para todos los efectos procesales el traslado de la acusación equivaldrá a la formulación de imputación de la que trata la Ley 906 de 2004 –revisar término de libertad–.

5. Para todos los efectos procesales el traslado de la acusación equivaldrá a la formulación de imputación de la que trata la Ley 906 de 2004.

Como se ve el traslado del escrito de acusación tiene los mismos efectos de la formulación de imputación, por lo que sin importar el nombre que se le dé a la figura, son idénticas y generan los mismos resultados, por lo que la rebaja de pena por aceptación de cargos que recibe un procesado al realizarla cuando se le corre el traslado del escrito de acusación de la mitad, debe ser la misma que se le conceda a un procesado ya que en rito de Ley 906 de 2004 acepta los cargos en la formulación de la imputación.

b) Allanamiento a cargos en la audiencia de juicio oral

En este caso, con solo confrontar la normativa de la Ley 906 que regula el trámite del juicio en el proceso ordinario, se ve que es el mismo que hace lo propio en la nueva ley, por lo que acorde con lo ya expuesto aplica la rebaja de la tercera parte para casos que se tramiten por el procedimiento ordinario, sin importar la fecha de comisión de los hechos o el estado del proceso.

c) Hechos ocurrido antes de su entrada en vigencia

Esta ley desde su cuerpo normativo consagra su aplicación retroactiva de manera expresa; pues al referirse a su vigencia, establece que se aplicará a conductas realizadas con anterioridad a su entrada en vigencia, pero agrega que en aquellos casos en que no se haya formulado la imputación, es decir, a todos los hechos que se enmarquen en las conductas contempladas en

esta ley les será aplicable el procedimiento abreviado en ella establecido³⁸; sin embargo, este artículo en manera alguna limita la aplicación del principio de favorabilidad, pues, así mismo, como se puede utilizar para hechos sucedidos antes de su vigencia cuando no se ha vinculado formalmente a una persona como presunto responsable, lo mismo acontece en aquellos procesos que se encuentren en etapa posterior, ya que el principio de favorabilidad es de raigambre constitucional y no puede ser limitado por una ley; en ese sentido, se trae a colación que desde cuando entró en vigor el sistema de tendencia acusatoria, nuestro Alto Tribunal de cierre en lo penal ha sostenido que no solamente existen normas sustanciales y adjetivas, sino que también las hay que haciendo parte de una normativa procesal, tienen efectos sustanciales, por supuesto, son aplicables a nuevos casos en todo lo que resulte favorable.

En este sentido, el Tribunal de Bogotá en su sala penal dentro del radicado 110016000023201408485-02 del 19 de septiembre de 2017 aplicó de manera oficiosa el principio de la favorabilidad de la ley, en el sentido de otorgar la rebaja de pena por aceptación en los delitos enlistados en la Ley 1826 de 2007 a aquellas conductas cuya ocurrencia tuvo lugar antes de la vigencia de la citada disposición.

38 Ley 1826 de 2017. Artículo 44. Vigencia y derogatoria. La presente ley entrará a regir seis (6) meses después de la fecha de su promulgación y se aplicará a los delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia.

También se aplicará a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia respecto de los que no se haya realizado formulación de imputación en los términos de la Ley 906 de 2004.

IX. La defensa pública y la persecución penal privada

La expedición de la Ley 1826 de enero 12 de 2017 trae consigo una gran expectativa sobre las bondades que se derivarán de su aplicación, y los resultados que se esperan frente a la descongestión de la administración de justicia. De la misma manera, las miradas estarán prestas a cómo se desarrolla la actividad de los particulares en la persecución penal y quiénes pueden asumirla.

Siendo esta la propuesta que se hizo con la reforma constitucional a través del Acto Legislativo 06 de 2011, ella abre un camino que puede considerarse nuevo en el escenario colombiano, encaminado al desarrollo de un modelo de litigio en representación de las víctimas de delitos, al estilo del derecho inglés, al español, entre otros, concretado en la colaboración de particulares y otras autoridades diferentes a la Fiscalía General de la Nación en la persecución penal.

La citada reforma, así como su desarrollo legal, ha de entenderse como la separación del Estado colombiano de la acción o persecución penal, para que sean los particulares conforme a las reglas de procedimiento, quienes asuman tal actividad, y ello trae consigo el deber de reglamentar tal función, si bien ya se ha dado un principio de desarrollo frente al tema en la ley, trasladando

esta actividad a los estudiantes de consultorio jurídico, y a los abogados particulares, aún resta por determinar qué otros actores podrían llevar esta representación; sin embargo, vale la pena aclarar que la misma no debería quedar en cabeza de las instituciones del Estado en la medida que esto significaría rotar la actividad dentro de la misma órbita estatal.

Del texto constitucional (acto legislativo 06 de 2011), se predica la posibilidad de que el legislador le asigne el ejercicio de la acción penal a la víctima y a otras autoridades distintas a la Fiscalía, tal aspecto se concreta con la expedición de la Ley 1826 de 2017, y que en su art. 27, textualmente le asigna la representación a los abogados de confianza, y los consultorios jurídicos, y en cuanto a otras autoridades no se indicó o delegó la persecución penal privada a ninguna. Correspondía al legislativo asignarles la persecución penal a una o unas autoridades de manera precisa y no dejar tal tema a la interpretación de los usuarios de la justicia, en tal sentido, se desatendió el mandato constitucional.

Obsérvese cómo en el acto legislativo se indica que: *“Artículo 2º, El artículo 250 de la Constitución Política tendrá un párrafo segundo del siguiente tenor: Párrafo segundo. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente”. Y el artículo 27 de la Ley 1826 de 2017 indica en su parte correspondiente: “También podrán ejercer la acusación privada las autoridades que la ley expresamente faculte para ello y solo con respecto a las conductas específicamente habilitadas”.*

Se reitera entonces que no se ha asignado la persecución penal privada a personas diferentes a los abogados de confianza y a los estudiantes de consultorio jurídico de las universidades.

Hasta tanto no se reglamente y se legisle sobre en qué otras autoridades del Estado recae la obligación de hacer la persecución penal privada, habrá de entenderse que cuando exista conversión de la acción penal pública a privada, esta corresponderá a los abogados designados por las víctimas (querellante legítimo), y a los estudiantes de las universidades habilitados por la misma para ejercer tal actividad.

La crítica a tales modificaciones constitucionales y legales respecto de la persecución penal de ser trasladada a otras autoridades, con el propósito de minimizar los efectos de la congestión de la administración de justicia en lo penal, radica en rotar la persecución penal en cabeza de otras entidades del Estado colombiano; la solución más adecuada habría sido la de dotar de más y mejores elementos a la Fiscalía General de la Nación para cumplir con este propósito y no la de separarse de ella, no por otra razón se hizo la reforma constitucional de 2002 asignándole la persecución penal únicamente a esa entidad del Estado.

Algunos, sin lugar a dudas, serían del criterio de que la Defensoría del Pueblo –a través de la figura de la defensoría pública– debería asumir la carga de la persecución penal privada; sin embargo, tal posición carecería de resorte jurídico, en el entendido de que la persecución penal privada debe obedecer a una atribución legal previamente definida.

Sin embargo, las preguntas a resolver serían: ¿la representación del acusador privado es solo un tema de resorte legislativo?, ¿es posible atribuirle a la defensoría pública esa labor? Pues bien, habrá de decirse que la respuesta no es sencilla de responder, pero no imposible. La Ley 941 de 2005 trae como paradigma de la función del Sistema de Defensoría Pública el del acceso a la administración de justicia, en ese entendido todos los ciudadanos que no pueden o no tienen la forma de llegar o acceder a la justicia, pueden acudir a este sistema; sin embargo, cuando se trata del acusador privado es menester indicar que esa garantía (acceso al sistema de justicia) está adecuadamente resguardado a través de la representación que constitucionalmente se le otorgó a la víctima de comparecer a través de la Fiscalía General de la Nación, es decir, ese derecho ya estaba garantizado desde antes de la expedición de la norma reformativa del procedimiento penal.

El procedimiento que puede generarle un problema a la víctima si decide llevar la persecución penal es que debe asumir con sus recursos económicos los costos que implican adelantar la persecución penal, son el apoyo de la Fiscalía salvo las excepciones legales relacionadas con los actos de investigación complejos; lo anterior implica además la necesidad de contratar un abogado, o acudir a los servicios del estudiante de consultorio jurídico, realizar su propia investigación y tener la infraestructura para asegurar la custodia de los elementos de prueba. Tomar tal decisión implica apartarse del brazo protector de la Fiscalía en el ejercicio de la acusación, pero además ello no implicará para el Sistema Nacional de Defensoría Pública la obligación de representarla en calidad de acusador privado.

El fundamento ontológico de la figura de la Defensoría Pública en materia penal ha sido la de garantizar la defensa técnica de quienes vinculados a un proceso penal carecían de los recursos económicos para proveerse de una defensa de confianza, de manera que la Defensoría Pública, a partir de la Ley 24 de 1992, fue la encargada de garantizar el derecho de defensa, el acceso a la administración de justicia y por esa vía el derecho al debido proceso; dice el art. 21 de la citada ley: *“La Defensoría Pública se prestará en favor de las personas respecto de quienes se acredite que se encuentran en imposibilidad económica o social de proveer por sí mismas a la defensa de sus derechos, para asumir su representación judicial o extrajudicial y con el fin de garantizar el pleno e igual acceso a la justicia o a las decisiones de cualquier autoridad pública.*

En el cumplimiento de esta función, el Director Nacional de la Defensoría Pública se ceñirá a los criterios que establezca el Defensor del Pueblo, mediante reglamento.

En materia penal el servicio de Defensoría Pública se prestará a solicitud del imputado, sindicado o condenado, del Ministerio Público, del funcionario judicial o por iniciativa del Defensor del Pueblo cuando lo estime necesario y la intervención se hará desde la investigación previa. Igualmente se podrá proveer en materia laboral, civil y contencioso-administrativa, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el inciso 1 de este artículo”.

Entonces, no cabe duda de que una de las misiones legales encomendadas a la Defensoría Pública desde la creación de la Defensoría del Pueblo ha sido la de ejercer la defensa en materia penal, no la de ejercer la persecución penal, so pretexto de garantizar el acceso a la administración de justicia.

Posteriormente, a partir de la implementación del Sistema Penal Acusatorio, sin apartarse de los fundamentos legales de su creación, la cobertura se amplió más allá de la imposibilidad económica, a asuntos denominados de imposibilidad social y a aquellos que por las necesidades del proceso hicieran necesario dotar de defensa a una persona que a pesar de tener los medios económicos no logra contratar los servicios de una de confianza³⁹. En este sentido, es preciso aclarar que la Ley 24 de 1992 no fue derogada por la Ley 941 de 2005, pues solo se le hicieron modificaciones.

Se tiene como principio orientador del servicio del Sistema Nacional de Defensoría Pública el de la “defensa”, el cual establece que: “El Sistema Nacional de Defensoría Pública garantizará el derecho a una defensa integral, ininterrumpida, técnica y competente”, ya que no puede entenderse defensa como actividad o ejercicio de la persecución penal, y menos aún cuando la representación de las víctimas está en cabeza de la Fiscalía, tal en-

39 Artículo 2°. *Cobertura*. El Sistema Nacional de Defensoría Pública prestará sus servicios en favor de las personas que por sus condiciones económicas o sociales se encuentran en circunstancias de desigualdad manifiesta para proveerse, por sí mismas, la defensa de sus derechos. También se prestará por las necesidades del proceso previstas en el inciso 2 del artículo 43 de la presente ley, en cuyo caso el imputado o acusado pagará al Sistema la totalidad de los honorarios y gastos causados.

Para los efectos de la presente ley, se entiende por persona en imposibilidad económica, aquella que carece de recursos suficientes para proveer su defensa técnica y por persona en imposibilidad social, aquella que por discriminación u otra circunstancia excluyente no pueda acceder a un defensor particular.

tendimiento resultaría contrario a los fundamentos que inspiraron la implementación del sistema adversarial, en el cual bajo el principio acusatorio existe una clara definición de roles, la acusación en manos de la Fiscalía, el juzgamiento en los jueces y la defensa en el Sistema Nacional de Defensoría Pública.

La anterior afirmación tiene sustento en la misión que se le delegó a la Defensoría del Pueblo en el art. 282 de la Carta Política, porque corresponde a la de velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los Derechos Humanos, organizar y dirigir la Defensoría Pública, etc., la norma superior no indica que tenga la representación de las víctimas de delitos, esta última está claramente señalada en el art. 250 de la misma obra asignada a la Fiscalía General de la Nación y de manera preferente.

La representación de las víctimas de delitos al interior de un proceso penal por parte del Sistema de Defensoría Pública no es fruto de interpretaciones legales, ello obedece a una imposición legal, así la Ley 1098 de 2006 le asignó la obligación de representar a los menores víctimas de delitos (art. 196); la Ley 1257 de 2008 (Ley de la Mujer) atribuyó la obligación de representar a las mujeres víctimas de violencia (arts. 8 y 35); en los demás casos las víctimas deben estar representadas por la Fiscalía General de la Nación (arts. 114-6,12, 133, 134, 135, 136, 137 C. P. P.), y ello tiene sentido ya que los destinatarios de las leyes citadas tienen del Estado colombiano una protección reforzada. Frente al acceso a la administración de justicia, a la verdad, a la justicia y a una reparación integral, resulta claro que ellos (mujeres, niños, niñas y adolescentes) son sujetos de especial protección; por ello, el trato preferencial y/o diferente

habilita su representación por parte de la Defensoría Pública, con soporte constitucional.

Pretender que la Defensoría del Pueblo haga las veces de fiscal en la acusación privada, resulta entonces contrario a la misión constitucional establecida en la Carta de 1991.

Por otra parte, la Defensa Pública al tenor de lo establecido en el Código de Procedimiento Penal (art. 118)⁴⁰ tiene como propósito representar a los procesados.

Conforme a lo establecido en el art 137-5, en caso de que la víctima carezca de los recursos para nombrar a un abogado de confianza, es deber de la Fiscalía designar uno de oficio⁴¹; esta situación perfectamente opera para cuando el particular que solicita la conversión de la acción penal pública a privada carece de recursos económicos, recuérdese que en términos precisos quien puede solicitar la conversión de la acción penal no es otra persona diferente a la víctima del delito (arts. 28 y

40 Artículo 118. Integración y designación. La defensa estará a cargo del abogado principal que libremente designe el imputado o, en su defecto, por el que le sea asignado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública.

41 Artículo 137. *Intervención de las víctimas en la actuación penal.* Las víctimas del injusto, en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, tienen el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal, de acuerdo con las siguientes reglas:

5. Si la víctima no contare con medios suficientes para contratar un abogado a fin de intervenir, previa solicitud y comprobación sumaria de la necesidad, la Fiscalía General de la Nación le designará uno de oficio.

29 de la Ley 1826 de 2017) y la conversión de la acción penal pública a privada solo opera por decisión de la Fiscalía General de la Nación, quedando esta última en todo caso con el poder preferente sobre la acción penal (art. 250, parágrafo 2º, C. N.).

Lo anterior no es ajeno a las obligaciones constitucionales impuestas a la Fiscalía General de la Nación, establecidas en los numerales 6 y 7 del artículo 250⁴² y que no sufrieron modificación alguna con el Acto Legislativo 06 de 2012, en lo que hace relación con la protección de los Derechos de las víctimas al interior de la actuación penal.

42 Art. 250 C. N., La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.
7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

Cabe precisar que, en todo caso, el Sistema Nacional de Defensoría Pública mantiene la carga de representar a los procesados vinculados dentro del proceso penal abreviado, incluidos aquellos en que se haya hecho la conversión de la acción penal pública a privada, no así de la representación de las víctimas que solicitan la conversión de la acción penal, ya que allí se asume en calidad de perseguidor privado, esto es en la acusación que es función propia de la Fiscalía, como se explicó anteriormente tal actividad sería contraria al objeto y misión constitucional de la Defensoría del Pueblo.

Obsérvese además que la Ley 1826 de 2017 indica textualmente⁴³ que en aquello que no haya sido previsto de forma especial en el procedimiento descrito en este título, se aplicará lo dispuesto en el Código Penal y de Procedimiento Penal, con lo que resulta absurdo sugerir que mediante una reforma legislativa se modificaron los roles constitucionales asignados a instituciones del orden nacional dentro del proceso penal, y postular que la Defensoría del Pueblo —a través de la Dirección Nacional y el Sistema Nacional de Defensoría Pública— deberá ejercer la acusación penal privada.

Atendiendo las especiales formas de contratación que ha desarrollado la Defensoría del Pueblo para la prestación del servicio de defensoría pública, se tiene que la persecución penal generaría unas nuevas y especiales formas de responsabilidad de los contratistas desde lo disciplinario y lo penal, además de nuevas formas de responsabilidad administrativa de la Defensoría del Pueblo por los incumplimientos contractuales, a no

dudarlo ello generaría un serio enfrentamiento entre aquella y Fiscalía General de la Nación, en razón a las responsabilidades que se asumirán frente a la representación de esta especial calidad de víctimas, quienes de alguna manera esperarían de las entidades la satisfacción o compensaciones por malos proceder, afectaciones al procedimiento y por los posibles perjuicios ocasionados, todo en razón a que la persecución penal de manera preferente la seguiría teniendo la Fiscalía.

Adicionalmente a los problemas conceptuales, cuando se sugiere que el Sistema de Defensoría Pública puede realizar la labor la persecución penal, se suman el que la Defensoría Pública no cuenta con los recursos económicos, infraestructura y humanos, para asumir de la Fiscalía dicha labor; esta tarea implica la capacitación en la acusación, el diseño y estructuración de un grupo de investigadores para la acusación, los espacios físicos para resguardar y custodiar los elementos de prueba y evidencias, la implementación de laboratorios, la preparación y contratación de técnicos y peritos a nivel nacional para realizar la función que hoy desempeña la Fiscalía General de la Nación, de hecho simplemente el ponerlo en esos términos, hace más evidente la antinomia de la función de persecución penal en cabeza de la Defensoría del Pueblo, y lo absurdo que habría sido la reforma penal bajo esa interpretación.

Conclusiones y observaciones

La mayor advertencia que podemos hacer dentro del ámbito de aplicación material sobre las normas aplicables constituye el hecho de que el numeral 2° del art. 10 de la Ley 1826 incluyó para ser tramitadas dentro del proceso abreviado de esta ley una serie de delitos lejos de poderse estimar como “pequeños” o “pequeñas causas” porque esas conductas generan un alto impacto social y son de frecuente ocurrencia. Nos referimos en especial a los delitos “2. Lesiones personales a las que hacen referencia los artículos 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118 y 120 del Código Penal”; “inasistencia alimentaria (C. P. artículo 233)”; hurto (C. P. artículo 239); hurto calificado (C. P. artículo 240); hurto agravado (C. P. artículo 241, numerales del 1 al 10); estafa (C. P. artículo 246).

Al hacerse el traslado de estos delitos para ser ventilados bajo la cuerda de la Ley 1826, tal como ya lo hemos advertido, la Fiscalía se encontrará congestionada en el momento de regir por cuanto el hurto constituye el mayor número de noticias criminales que llegan a la Fiscalía, teniendo en cuenta que en el 2014 ocupaba el primer lugar con un número de 243.293; en segundo lugar, se encuentra el delito de lesiones personales con 124.342 y en el tercero la inasistencia alimentaria con 86.025 actuaciones, de un total de 1.063.563 noticias criminales anuales y sumados estos delitos arrojan la cifra de 453.660.

En cuanto a la restricción al derecho fundamental de la libertad, por orden judicial o en estado de flagrancia se realizaron por la presunta comisión del delito de hurto a personas 42.468, al comercio 123.586, y a resi-

dencias 29.237; en cuanto a las lesiones personales las capturas fueron del orden de 225.218 y por la inasistencia alimentaria, 22.559. Estas cifras demuestran que el ámbito de aplicación de la norma frente a los delitos relacionados no es de poca monta para el impacto en la administración de justicia y que estos no pueden ser considerados como acciones punibles de baja lesividad, máxime cuando al trámite abreviado de la Ley 1826 se le va a trasladar el 40% aproximado de las noticias criminales que anualmente recibe la Fiscalía, por lo que vale la pena preguntar qué nuevos recursos van a tener los operadores del sistema de la ley de “pequeñas causas” (Ley 1826) para afrontar el impacto del 40% del total de las noticias criminales que recibe la Fiscalía, mediante la transferencia en el juzgamiento de estos delitos.

En lo que tiene que ver con la entrada en vigencia de la norma, el mismo artículo 44 de la Ley 1826 manifiesta que también se destinará “a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia respecto de los que no se haya realizado formulación de imputación en los términos de la Ley 906 de 2004”; esta regulación jurídica constituye un factor determinante para que la ley entre a regir de manera desbordada en el número de casos que debe agenciar. El anterior mandato legal significará que cuando comience a operar la Ley 1826, su aplicación ya se encontrará congestionada.

Entonces, bien vale la pena preguntar con qué recursos se van a dotar los despachos judiciales encargados de tramitar el nuevo procedimiento establecido en la Ley 1826 para mitigar el impacto de asumir los delitos de oficio y querrelables ocurridos antes del 12 de julio de

2017, a los que no se les hubiera formulado la imputación.

De conformidad con las anteriores indicaciones podemos deducir: (i) en punto de vista de política criminal encaminada a preservar las garantías procesales y la satisfacción de una Justicia Restaurativa frente al ámbito material de las normas aplicables, muy difícilmente van a lograrse estos cometidos ya que la ley nace impactada, congestionada, atiborrada por cuanto va a conocer todas las noticias criminales relacionadas con estos delitos a los que no se les hubiera formulado imputación. (ii) En cuanto a la política criminal, frente al ámbito material de las normas aplicables, se ha denominado Ley de Pequeñas Causas porque en la lógica consecuencia implicaría pequeñas sanciones a los infractores; sin embargo, no se reformaron las penas impuestas para los delitos que se van a tramitar bajo el mencionado procedimiento; por ejemplo, el delito de hurto agravado calificado puede comportar una sanción de 12 años efectivos de prisión. (iii) La aplicación del procedimiento de la Ley 1826 se va a convertir en otro sistema paralelo al Penal Acusatorio o de Partes, ya que si bien es cierto se mantiene el principio de integración con la Ley 906 de 2004, también lo es que la Fiscalía puede remitir el trámite del procedimiento a un acusador privado; esta situación rompe con la naturaleza jurídica del sistema acusatorio representado por el Estado y la Defensa. (iv) En el país van a coexistir tres sistemas de instrucción penal: Ley 600 de 2000, Ley 906 de 2004 y la Ley 1826 de 2017, con el impacto que esto genera en el ejercicio diario de los operadores de justicia, máxime cuando en los despachos de los jueces o de los Fiscales no existe

especialización o dedicatoria exclusiva para conocer de uno de estos procedimientos ya que indistintamente entrarían los tres métodos de enjuiciamiento, además, no se puede desconocer la próxima vigencia de la Justicia Especial para la Paz.

Para consultar cómo va el desarrollo e implementación de la Ley 1826 de 2017 puede consultarse la siguiente dirección: <https://www.youtube.com/watch?v=4Mm2WtEmpZg>

Se puede asegurar entonces que:

- El Proceso abreviado mantiene un esquema acusatorio con una clara definición de roles, vinculando a la víctima en ejercicio de la acusación.
- La Fiscalía General de la Nación no se separa de manera definitiva de la acción penal y queda sujeta a la misma por vía de la reversión de la acción privada y la colaboración en la investigación con la realización de actos complejos.
- Se acortan tiempos procesales respecto del procedimiento ordinario.
- Se limitan el ejercicio de la actividad de la víctima y del incidente de reparación integral.
- Se promueven las salidas alternas al proceso como mecanismos que faciliten la intervención de la víctima y procesado en la solución del conflicto generado por el delito; la conciliación es requisito de procedibilidad.

- El procedimiento abreviado solo se aplicará para aquellos delitos previamente definidos en la ley y aquellos en donde no se haya hecho imputación.
- La figura del acusador privado se incorpora al proceso penal, para ser ejercido dentro del procedimiento abreviado por la víctima, su abogado de confianza o el estudiante de consultorio jurídico; la Defensa Pública constitucionalmente no participa de la acusación privada.
- La Defensoría Pública mantiene su función en la representación de los intereses de los procesados, mientras que la representación de las víctimas se mantiene en cabeza de la Fiscalía.
- Los mecanismos de justicia restaurativa permiten la extinción de la acción penal.
- Conforme lo dispuesto en el artículo 29 pueden derivarse efectos favorables a los procesados en aplicación del principio de favorabilidad de la ley penal y procesal penal con la entrada en vigencia de la Ley 1826 de 2017.
- La iniciación de oficio de la investigación no impide en los delitos querrelales la aplicación de mecanismos y/o salidas alternas, al tenor de lo establecido en el procedimiento especial abreviado, el Código Penal y de Procedimiento Penal.

Referencias bibliográficas

- Cabanellas de Torres, Guillermo (s. f.). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo 6. Editorial Heliasta, p. 465.
- Congreso de la República (1992). Ley 24 de 1992, Bogotá, D. C., 15 de diciembre de 1992, *Diario Oficial* 40.690, de 15 de diciembre de 1992.
- Congreso de la República (2004). Ley 906 de 2004, Bogotá, D. C., 31 de agosto de 2004, *Diario Oficial* 45.658, de 1° de septiembre de 2004.
- Congreso de la República (2005). Ley 941 de 2005, Bogotá, D. C., 14 de enero de 2005, *Diario Oficial* 45.790, de enero 14 de 2005.
- Congreso de la República (2006). Ley 1098 de 2006, Bogotá, D. C., 8 de noviembre de 2006, *Diario Oficial* 46.446, de noviembre 8 de 2006.
- Congreso de la República (2007). Ley 1153 de 2007, Bogotá, D. C., 31 de julio de 2007, *Diario Oficial* 46.706, de julio 31 de 2007.
- Congreso de la República (2008). Ley 1257 de 2008, Bogotá, D. C., 4 de diciembre de 2008, *Diario Oficial* 47.193, de diciembre 4 de 2008.

Congreso de la República (2011). Acto legislativo 06 del 24 de noviembre de 2011, *Diario Oficial* 48.263, del 24 de noviembre de 2011.

Congreso de la República (2011). Ley 1474 de 2011, Bogotá, D. C., 12 de julio 2011. *Diario Oficial* 48.128, de 12 de julio de 2011.

Congreso de la República (2017). Constitución Política de Colombia. Bogotá, julio 4 de 1991. Actualizada, 2017.

Congreso de la República (2017). Ley 1826 de 2017, Bogotá, D. C., 12 de enero de 2017. *Diario Oficial* 50.114, de 12 de enero de 2017.

Corte Constitucional (2005). C-979 de septiembre 26 de 2005, Colombia, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional (2008). C-879 de septiembre 10 de 2008, Colombia, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional (2014). C-387 de junio 25 de 2014, Colombia, M. P. Jorge Iván Palacio.

Corte Suprema de Justicia (2017). S. P. 3168-2017, 8 de marzo de 2017, Rad. 44599.

Diccionario de la Real Academia Española. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=UC5uxwk>,

Pérez Pinzón Álvaro Orlando (2004). Los principios generales del derecho penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 76.

Roxin, Claus (2000). Derecho Procesal Penal (trad. de la 25ª edición alemana por Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor). 1ª edición, Argentina, Ediciones del Puerto, p. 527.

Tirvió Portus, Jordi (s. f.). El ejercicio de la acción penal en el proceso penal español. I. Las partes acusadoras. AGM Abogados Barcelona. Disponible en: <http://www.agmabogados.com/es/el-ejercicio-de-la-accion-penal-en-el-proceso-penal-espanol/> [Recuperado el 20 de marzo de 2017]

Proceso abreviado y acusador Privado



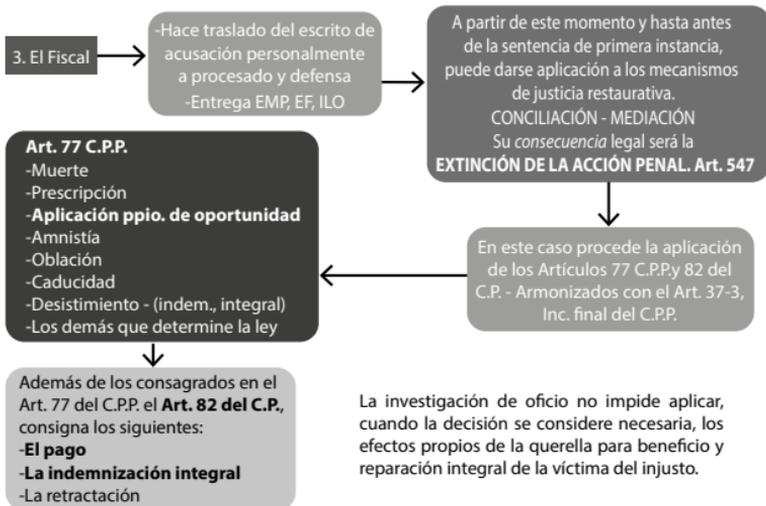
FLUJOGRAMA DE PROCESO



FLUJOGRAMA DE PROCESO



FLUJOGRAMA DE PROCESO



La investigación de oficio no impide aplicar, cuando la decisión se considere necesaria, los efectos propios de la querrela para beneficio y reparación integral de la víctima del injusto.

TÉRMINOS

- Para presentar la querrela (6 meses)
- Desistimiento-(hasta antes del inicio del JO)
- Traslado del E.A., interrumpe términos de prescripción.
- Presentación de la acusación 5 días siguientes al traslado.
- Luego del traslado del Esc. Acusación el procesado cuenta con 60 días para preparar la defensa.
- Vencido el traslado el juez citará a audiencia concentrada.
- La audiencia deberá realizarse dentro de los 10 días siguientes. (Fiscal y Defensa).
- El juicio deberá realizarse dentro de los 30 días siguientes a la terminación de la audiencia concentrada.
- Sentencia dentro de los 10 días siguientes al sentido del fallo.
- Recursos contra sentencia dentro de los 5 días siguientes al traslado.

Otros asuntos relevantes

- *Otros anexos a la acusación.*
 1. La indicación del juzgado competente para conocer la acción.
 2. Prueba sumaria que acredite la calidad de la víctima y su identificación.

3. Indicación de la posibilidad de allanarse a los cargos.
 4. La orden de conversión de la acción penal de pública a privada, de ser el caso.
- *Para la víctima como acusador privado.*
 - La pretensión de la reparación integral, artículo 564.

Otros asuntos relevantes

- *Del Traslado de la acusación*
 1. Este puede hacerse de manera personal al procesado y su defensor por parte de la Fiscalía. (Realizando el descubrimiento probatorio-completo).
 2. También podrá hacerse dentro del desarrollo de la audiencia preliminar de solicitud de medida de aseguramiento.

Otros asuntos relevantes

- *Del desarrollo de la audiencia concentrada y del juicio*
 1. Sobre solicitudes probatorias y Nulidades, el juez se pronunciará en una sola providencia que es objeto de recursos.
 2. De la enunciación probatoria deberá previamente a la iniciación de la audiencia entregarse escrito de las mismas.

3. La pretensión de la reparación integral tendrá que demostrarse en juicio - No hay incidente después de la sentencia, deberá acudir a la vía civil.

ACUSADOR PRIVADO

- Conversión- Quien tenga la calidad de víctima y reúna los mismos requisitos para ser querellante artículo 71 C.P.P.
- Resuelve el Fiscal dentro del mes siguiente.
- Se ejerce a través de Estudiante de consultorio jurídico o abogado de confianza- SOLO UNO por proceso.
- Decisión sobre la conversión artículo 554.

ACUSADOR PRIVADO

• Artículo 560. Reversión.

En cualquier momento de la actuación, de oficio o por solicitud de parte, el fiscal que autorizó la conversión podrá ordenar que la acción privada vuelva a ser pública y desplazar en el ejercicio de la acción penal al acusador privado cuando sobrevenga alguna de las circunstancias descritas en el artículo 554. En este evento, el fiscal retomará la actuación en la etapa procesal en que se encuentre.

Además de las causales previstas en el artículo 554, el Fiscal ordenará la reversión de la acción penal cuando se verifique la ocurrencia del supuesto de hecho contemplado por el parágrafo 2° del artículo 557 o una ausencia permanente del abogado de confianza del acusador privado.

ACUSADOR PRIVADO

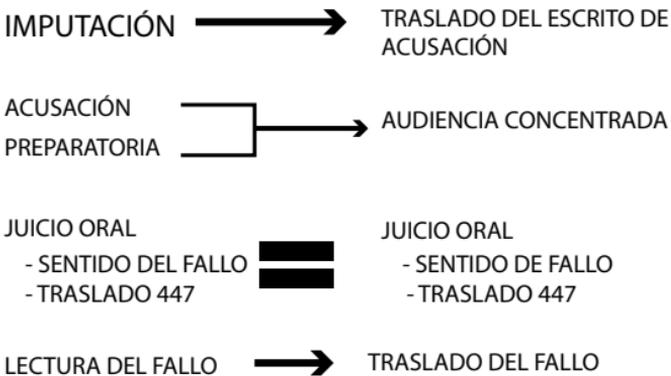
- **Reversión.**
- **Parágrafo 2º.** Si el acusador privado es sorprendido en actos de desviación de poder por el ejercicio de los actos de investigación, se revertirá inmediatamente el ejercicio de la acción. Así mismo, se compulsarán las copias penales y disciplinarias correspondientes.

ACUSADOR PRIVADO

APOYO INVESTIGATIVO

ART. 557 Artículo 557.doc

PROCESO ORDINARIO VS. PROCESO ABREVIADO



- **“Artículo 2º. El artículo 250 de la Constitución Política tendrá un párrafo segundo del siguiente tenor:**
- *Parágrafo Segundo. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente.*
- **Y el artículo 27 de la Ley 1826 de 2017 indica en su parte correspondiente**
- *“También podrán ejercer la acusación privada las autoridades que la ley expresamente faculte para ello y solo con respecto a las conductas específicamente habilitadas”.*

Accesos a la administración de justicia

- Sistema de Defensoría Pública
- *“Ley 24/92- En materia penal el servicio de Defensoría Pública se prestará a solicitud del imputado, sindicado o condenado, del Ministerio Público, del funcionario judicial o por iniciativa del Defensor del Pueblo cuando lo estime necesario y la intervención se hará desde la investigación previa. Igualmente se podrá proveer en materia laboral, civil y contencioso-administrativa, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el inciso 1º de este artículo”.*
- El acceso está garantizado con la representación de la víctima a través de la Fiscalía.

Labor de persecución penal - Sistema Nacional de Defensoría Pública

- DEFENSA. Ley 906/06
- Artículo 118. Integración y designación. La defensa estará a cargo del abogado principal que libremente designe el imputado o, en su defecto, por el que le sea asignado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública.
- Artículo 250 C.N. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito...
- En ejercicio de sus funciones, la Fiscalía General de la Nación deberá:
 6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.
 7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal; la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

- Principio orientador del servicio del Sistema Nacional de Defensoría Pública el de “La Defensa”, el cual establece que:

“El Sistema Nacional de Defensoría Pública garantizará el derecho a una defensa integral, ininterrumpida, técnica y competente” (Ley 941/05).

- Artículo 137. Intervención de las víctimas en la actuación penal. Las víctimas del injusto, en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, tienen el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal, de acuerdo con las siguientes reglas:
- 5. Si la víctima no contare con medios suficientes para contratar un abogado a fin de intervenir, previa solicitud y comprobación sumaria de la necesidad, la Fiscalía General de la Nación le designará uno de oficio.



IMPRESA
NACIONAL
DE COLOMBIA

www.imprenta.gov.co
PBX (0571) 457 80 00
Carrera 66 No. 24-09
Bogotá, D. C., Colombia



**Defensoría
del Pueblo**
C O L O M B I A

Dirección: Cra 9 No. 16-21
Tel. 57+1 314 4000
57+1 314 7300
Bogotá, D. C., Colombia

www.defensoria.gov.co
info@defensoria.gov.co