
El principio de igualdad de armas dentro del proceso especial abreviado en Colombia

Anggie Paola Name Ruiz

Indira Sofía Mendoza Pizarro

Corporación Universitaria del Caribe – CECAR

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Derecho y Ciencias Políticas

Sincelejo – Sucre

2022

El principio de igualdad de armas dentro del procedimiento especial abreviado en Colombia

Anggie Paola Name Ruiz

Indira Sofía Mendoza Pizarro

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Abogada

Director

Gustavo Enrique Vergara Salgado

Magíster

Corporación Universitaria del Caribe – CECAR

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Derecho y Ciencias Políticas

Sincelejo - Sucre

2022

Nota de Aceptación

APROBADO

NOTA: 92



Director

Evaluador 1



Evaluador 2

Sincelejo, Sucre, 18 de octubre de 2022.

Tabla de contenido

Resumen	7
Abstract	8
Introducción.....	9
1. Aspectos Principales del Proceso Penal “Ordinario” (Ley 906/2004).....	16
1.1 Origen, Fundamento y Características del Procedimiento Oral con Tendencia Acusatorio (Ley 906/2004)	17
1.2 Etapa de investigación.....	18
1.2.1 La Indagación Preliminar	19
1.2.2 La Investigación Formal o Investigación en Sentido Estricto.....	21
1.3 La Etapa de Juzgamiento.....	21
1.3.1 La Presentación del Escrito de Acusación	22
1.3.2 La Audiencia de Formulación de Acusación.....	22
1.4 La Audiencia Preparatoria	23
1.5 La Audiencia del Juicio Oral.....	23
1.6 La Audiencia de la Lectura del Fallo e Individualización de la Pena.....	24
1.7 Audiencia del Incidente de Reparación Integral.....	25
1.2 Aspectos Principales del Proceso Penal Especial Abreviado.....	26
1.2.1 Presentación de la Querella	27
1.2.2 Traslado del Escrito de Acusación.....	28
1.1.3 Presentación del Escrito de Acusación	29
1.1.4 Audiencia Concentrada	30
1.1.5 Audiencia de Juicio Oral	31
1.1.6 La figura del Acusador Privado en el proceso Penal Especial Abreviado	31
1.1.7 El Principio de Igualdad de Armas en la Política Criminal del Sistema Penal Acusatorio Colombiano	33
2 El Proceso Penal Especial Abreviado en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de.....	41
2.1 Sentencia SP 1763 de 2018	41

2.1.1	Identificación.....	41
2.1.1.1	Vistos.....	41
2.1.1.2	Hechos.....	41
2.1.1.3	Antecedentes Procesales.	42
2.1.1.4	Problema Jurídico Enunciado por la Corte.....	43
2.2	Sentencia SP 14140 de 2018	44
2.2.1.1	Vistos.....	44
2.2.1.2	Antecedentes Procesales.	44
2.2.1.3	Hechos.....	45
2.2.1.4	Problema Jurídico.	45
3	El Proceso Penal Especial Abreviado en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ...	48
3.1	Sentencia C-016 de 2018.....	48
3.1.1	Identificación.....	48
3.1.1.1	Norma Demandada.	48
3.1.1.2	Problema Jurídico Enunciado por la Corte.....	49
3.1.1.3	Normas Jurídicas Relevantes para el Caso.....	49
3.1.1.4	Demanda.....	49
3.1.1.5	Decisión.....	51
3.1.1.6	Problema Jurídico que Realmente Resuelve la Corte (Pjr).	52
3.1.1.7	Ratio Decidendi (RD).	52
3.1.1.8	Obiter Dicta Resaltables (Od).....	54
3.1.1.9	Intervenciones.....	54
3.1.1.10	Aclaraciones de Voto (AV).....	57
3.1.1.11	Salvamentos de Voto (SV).....	57
3.2	Sentencia C-255 de 2019.....	57
3.2.1	Identificación.....	57
3.2.1.1	Norma Demandada.	58
3.2.1.2	Problema Jurídico Enunciado por la Corte.....	58
3.2.1.3	Normas Jurídicas Relevantes para el Caso.....	58
3.2.1.4	Demanda.....	59

3.2.1.5	Decisión.....	61
3.2.1.6	Problema Jurídico que Realmente Resuelve la Corte (Pjr).....	61
3.2.1.7	Ratio Decidendi (RD).	62
3.2.1.8	Obiter Dicta Resaltables (OD).....	67
3.2.1.9	Intervenciones.....	67
3.2.1.10	Aclaraciones de Voto (AV).....	70
3.2.1.11	Salvamentos de Voto (SV).....	70
3.3	Sentencia C-523 de 2019.....	71
3.3.1	Identificación.....	71
3.3.1.1	Norma Demandada.	71
3.3.1.2	Problema Jurídico Enunciado por la Corte.....	71
3.3.1.3	Normas Jurídicas Relevantes para el Caso.....	72
3.3.1.4	Demanda.....	72
3.3.1.5	Decisión.....	73
3.3.1.6	Problema Jurídico que Realmente Resuelve la Corte (Pjr).	73
3.3.1.7	Ratio Decidendi (RD).	74
3.3.1.8	Obiter Dicta Resaltables (OD).....	76
3.3.1.9	Intervenciones.....	76
3.3.1.10	Aclaraciones de Voto (AV).....	78
3.3.1.11	Salvamentos De Voto (SV).....	79
	Conclusiones.....	83
	Referencias Bibliográficas.....	85

Resumen

El proceso penal regulado por la Ley 906 de 2004, cuenta con varias etapas que hacen que este se prolongue para garantizar el debido proceso, sin embargo, existen conductas que por representar un menor grado de daño a los bienes jurídico pueden resolverse en menor tiempo a través de un trámite especial, por lo cual se pensó en un procedimiento que fuera más expedito. En este sentido, a través de la Ley 1826 de 2017, se consagra el proceso penal especial abreviado, en el cual se prescinde de varias actuaciones/audiencias propias del proceso penal ordinario, asegurando el desarrollo del mismo y sus garantías procesales. En virtud de lo anterior, en este trabajo se tiene por finalidad abordar el estudio del proceso en comento, realizando un análisis crítico de las particularidades de este, especialmente en lo que tiene que ver con su objetivo, la aplicación del principio de favorabilidad, de igualdad de armas, así como la objetividad de la labor que desarrolla el acusador privado, lo anterior en contraste con los criterios interpretativos que ha desarrollado en los últimos años la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional en su jurisprudencia con relación al tema.

Palabras clave: proceso penal especial abreviado, acusador privado, víctima, principio de favorabilidad.

Abstract

The criminal process regulated by Law 906 of 2004, has several stages that make it lengthy to ensure due process, however, there are behaviors that represent a lesser degree of damage to legal assets that can be resolved in less time through a special process, so it was thought of a procedure that was more expeditious. In this sense, through Law 1826 of 2017, the special abbreviated criminal process is enshrined, in which several proceedings/hearings typical of the ordinary criminal process are dispensed with, ensuring the development of the same and its procedural guarantees. By virtue of the foregoing, the purpose of this work is to address the study of the process in question, making a critical analysis of the particularities of this, especially in what has to do with its objective, the application of the principle of favorability, of equality of arms, as well as the objectivity of the work developed by the private prosecutor, this in contrast with the interpretive criteria that has been developed in recent years by the Supreme Court of Justice and the Constitutional Court in its jurisprudence on the subject.

Keywords: special abbreviated criminal process, private prosecutor, victim, favorability principle.

Introducción

En Colombia el Sistema penal con tendencia acusatorio fue introducido a nuestro ordenamiento jurídico a través del acto legislativo 03 de 2002 y regulado por medio de la Ley 906 de 2004, la cual modificó aspectos sustanciales respecto a la forma como se venía procesando a las personas en el país, pasándose progresivamente de un sistema predominantemente escrito a uno que se desarrolla mediante audiencias públicas, en el que prima la oralidad en cada una de las etapas procesales. Este proceso se caracteriza por ser complejo y más dinámico que su predecesor -proceso escritural-, sin embargo, a pesar de que con la oralidad se buscó hacerlo más ágil y expedito, en la práctica este presenta demoras debido a la reprogramación constante de audiencias en vista al gran volumen que le son asignadas a los fiscales; la dificultad para trasladar a los procesados privados de la libertad; la falta de salas [físicas] de audiencias suficientes para desarrollarlas, entre otros factores.

En el mismo sentido, otra de las finalidades que se buscó fue garantizar la participación de las víctimas en el proceso, brindándosele facultades probatorias, entre otras, que se ejercen de forma autónoma a las demás partes e intervinientes. Es por ello que existen los representantes de las víctimas que atienden sus intereses, del lado de los fiscales que se asignen a cada caso en concreto; por tal motivo y con ocasión a lo expuesto *supra*, la Corte Constitucional precisó que, si bien en la audiencia de formulación de acusación “se formaliza la intervención de la víctima mediante la determinación de su condición y el reconocimiento de su representación legal, su participación, directa o mediante apoderado, se encuentra garantizada aún desde la fase de investigación” (Sentencia C- 516, 2007). Como se observa, lo relativo a la participación de la víctima está clara y no genera confusión alguna.

Con miras a complementar el procedimiento general ordinario establecido a través del acto legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, de forma relativamente reciente, se promulgó la Ley 1826 del 2017, reservada para los casos que, aunque interesan al derecho penal, no revisten de una mayor trascendencia o gravedad dentro del ámbito procesal penal, por lo que se podrían tramitar obviando algunas de las actuaciones que de forma ordinaria se desarrollan en virtud de la Ley 906

para darle mayor dinamismo e impulso a las mismas, dada la especial connotación y características de las conductas sometidas a su trámite. Teniendo en cuenta lo indicado, el procedimiento especial abreviado se trata de un proceso relativamente nuevo, sobre el cual se tienen pocos desarrollos en lo que respecta, por ejemplo, a una de sus figuras más distintivas como lo es la del acusador privado, que comporta una de sus características particulares más importantes, el cual ha sido abordado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, donde se han sentado bases importantes sobre el tema.

Por todo lo expuesto, en nuestro trabajo de investigación se tiene por finalidad realizar un análisis doctrinal, jurisprudencial y legal para así determinar si se garantiza el principio de igualdad de armas en la ley 1826 de 2017 que regula el proceso penal especial abreviado en Colombia. Para dar cumplimiento a este trabajo de investigación, se propone un objetivo general, determinar si se garantiza el principio de igualdad de armas respecto de la defensa dentro del proceso penal especial abreviado en Colombia y tres objetivos específicos, el primero de ellos, acotar conceptualmente las figuras de procedimiento ordinario y el proceso especial abreviado que consiste en describir los aspectos principales del proceso penal especial abreviado indicado en el marco jurídico de la Ley 1826 de 2017. El segundo se centra en sintetizar en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia el alcance que tuvo la ley 1826 de 2017 ante el principio de igualdad de armas y principio de favorabilidad, y el tercero en detallar en la jurisprudencia de la Corte Constitucional las implicaciones que tuvo la ley 1826 de 2017 ante el principio de igualdad de armas, la figura del acusador privado y las garantías al debido proceso.

En consonancia a lo anterior, este estudio tiene una importancia y relevancia en el actual derecho procesal penal, por las premisas de un proceso célere, que es una garantía para el procesado y un deber del operador judicial, no obstante, este debe ser con respeto a los principios que irradian el sistema.

En el mismo sentido, es un trabajo de interés porque permitirá comprender la forma como se encuentra estructurado dicho proceso, identificándose la diferencia entre este y el proceso penal

ordinario regulado en la Ley 906 de 2004, lo que además permitirá comprender las ventajas de uno respecto al otro.

Por todo lo anteriormente expuesto llegamos a planteando la siguiente pregunta problema. Que será desarrolla a lo largo de nuestra investigación. ¿Se garantiza el principio de igualdad de armas en el proceso penal abreviado por la delegación de la acción penal pública a un acusador privado en el marco del procedimiento penal abreviado en Colombia?

Metodología

En aras de construir este trabajo investigativo, se hizo indispensable el plan de lectura de del artículo 250 de la Constitución Política de Colombia, seguido a ello el proceso ordinario y el proceso especial abreviado establecido en la ley 906 de 2004, ley 1098 de 2006 Código de la Infancia y la Adolescencia, proyecto de ley No 48 del 5 de agosto de 2015 pequeñas causas y acusador privado y posterior a ello la ley 1826 de 2017; así mismo, desarrollamos el análisis de la doctrina concordante a nuestro tema por Andrade Castro Estructura Básica del Sistema Penal Colombiano; Cinco Estudios Sobre el Sistema Acusatorio por Castro Ospina; Víctimas, Acción Civil y Sistema Acusatorio por Gaviria Londoño; Igualdad de Armas en Sistema Acusatorio por Castrillón.

Luego iniciamos la búsqueda en la página del senado de las sentencias más relevantes para nuestro tema, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia realizando así fichas técnicas y análisis jurisprudencial de las sentencias SP 14140/18, sentencia SP 1763/18, sentencia SP 685/19; sentencias de la Corte Constitucional sentencia C- 516/07, sentencia C- 016/18, sentencia C-255/19, sentencia C-523/19.

Es claro, que al momento de iniciar con las labores de búsqueda y recolección de datos para entrar a investigar sobre el principio de igualdad de armas en la ley 1826 de 2017, debemos mencionar los antecedentes que se tengan acerca de dicho tema, para ellos iniciamos realizando una búsqueda institucional, en la que no se nos arrojaron resultados algunos, con ello queda

demostrado que a nivel institucional nuestro tema es innovador y no se tiene antecedente acerca de dicho contenido. Posterior a ello, realizamos la labor de búsqueda a nivel local y no se hallaron resultados acerca del tema objeto de investigación.

Para poder cumplir y/o garantizar el desarrollo de los objetivos planteados en el trabajo de investigación, se abordará un análisis de la doctrina concordante con el tema, las leyes anteriormente enunciadas, jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional, toda esta recopilación de información quedará evidenciada en el desarrollo de los objetivos. Posterior al plan de lectura, realizaremos un análisis o toma de postura frente a las garantías o vulneraciones a que tenga lugar el principio de igualdad de armas en el proceso especial abreviado.

- El tipo de investigación es documental
- Enfoque **cualitativo** ya que, la información que recolectamos no es numérica, así mismo es un enfoque con un conjunto de técnicas que nos permitió analizar los textos y adquirir un conocimiento profundo del tema para así comprender, analizar y presentar un resultado.
- Fuentes: Como **fuentes secundarias** tendremos la Constitución Política de Colombia, la Ley 906 de 2004, la Ley 1826 de 2017, el proyecto de ley No 048, sentencias de la Corte Suprema de Justicia, sentencias de la Corte Constitucional, doctrina, artículos de revistas y trabajos de investigación de diferentes autores.

El enfoque **descriptivo, analítico y crítico**; hacemos uso de estos enfoques toda vez que se ajusta perfectamente a nuestro tipo de investigación, mediante ellos tendremos como investigadoras un nivel de objetividad y neutralidad con un amplio panorama del tema, nos da la flexibilidad de usar datos cualitativos para descubrir las características del tema a investigar, además este método nos permitirá plantear una pregunta problema, recopilar información y datos relacionados para proceder a organizar y describir un resultado.

Analítico porque entraremos a describir cada una de las figuras realizar un examen crítico para proceder a organizar las ideas, es un método que requiere observación en cada una de las etapas, asimismo nos permitirá el uso de herramientas cualitativas y por ultimo hacemos uso del enfoque critico quien nos traza la línea conductual invitándonos un proceso de reflexión y análisis a seguir haciendo del trabajo de investigación una actividad más dinámica, según Freire (1989) esta ideología emancipadora, “se caracterizaría por desarrollar “sujetos” más que meros “objetos”, posibilitando que los “oprimidos” puedan participar en la transformación socio histórica de su sociedad”. La forma de llevar a cabo este proceso, según Freire, es a través de una educación liberadora, que permita a las personas constituirse como sujetos activos de sus propios procesos. Un argumento que reafirma Lucio Villegas (2004), que a su vez plantea, como la educación liberadora es un aprendizaje crítico que busca el despertar de la realidad, considerando el acto educativo como un acto de conocimiento que se crea de forma colectiva como interacción de todos los participantes.

Objetivos

General

Determinar si se garantiza el principio de igualdad de armas respecto de la defensa dentro del proceso penal especial abreviado en Colombia

Específicos

- Acotar conceptualmente las figuras de procedimiento ordinario y el proceso especial abreviado.
- Sintetizar en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, las implicaciones que tuvo la ley 1826 de 2017 ante el principio de igualdad de armas.
- Detallar en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las implicaciones que tuvo la ley 1826 de 2017 ante el principio de igualdad de armas.

1. Aspectos Principales del Proceso Penal “Ordinario” (Ley 906/2004)

En la actualidad, los procesos penales en Colombia se pueden tramitar a través de varias ritualidades (Montealegre, 2013, pág. 192), esto es, no existe un solo modelo de enjuiciamiento vigente en este momento, los cuales señalaremos, en su orden de aparición cronológico, así: (i) el establecido por la ley 600/2000, a través del cual se procesan a personas adultas que hayan cometido delitos con anterioridad al 2005 y a los altos funcionarios del Estado que gozan de fuero constitucional, por delitos cometidos en cualquier época, regido por una ritualidad escritural con tendencia inquisitiva; (ii) el estatuido por la ley 906/2004, que es el modelo procesal usado para enjuiciar a las personas que cometan delitos con posterioridad a su entrada en vigencia (2005 inicialmente en Bogotá, y las ciudades principales del “eje cafetero”, y de forma progresiva hasta su total implementación en el resto del país a partir del 2007), que establece una dinámica basada en la oralidad de las actuaciones, las cuales se agotan en audiencias públicas y sigue una orientación adversarial con tendencia acusatoria; (iii) el procedimiento penal establecido en el libro II de la Ley 1098/2006 (código de infancia y adolescencia), el cual establece unas reglas especiales de enjuiciamiento aplicables a los menores infractores de la ley penal, que cometan delitos a partir de los 14 años y antes de cumplir los 18 años de edad, que obliga al Estado a otorgarles un trato diferenciado haciendo más flexible su enjuiciamiento; (iv) el procedimiento penal [especial] establecido en el libro III de la Ley 1407/2010 -código penal militar-, aplicable a los miembros de la fuerza pública (Policía Nacional y Fuerzas Militares) que en servicio activo cometan conductas punibles con ocasión y relacionadas con ese servicio, y; (v) el procedimiento especial abreviado, (Ley 1826, que adicionó el libro VIII a la Ley 906/2004), el cual establece las reglas procesales de enjuiciamiento penal a las personas que hayan realizado conducta que posiblemente son delitos pero que, aunque interesan al ámbito del derecho penal son, dentro de ese universo, las de menor gravedad, cualitativamente hablando.

Hablar en detalle de todos estos sistemas procesales de enjuiciamiento penal desbordaría los márgenes trazados para este trabajo, por lo que nos concentraremos en establecer las características, reglas, requisitos, trámites y audiencias desarrolladas en solo dos de los modelos

señalados arriba, esto es, del proceso “ordinario” establecido en la ley 906/2004 y las del procedimiento especial abreviado y acusador privado, regulado por la ley 1826/2017.

1.1 Origen, Fundamento y Características del Procedimiento Oral con Tendencia

Acusatorio (Ley 906/2004)

Una de las principales razones que impulsaron al legislador con funciones de constituyente para implementar el sistema procesal penal oral con tendencia acusatoria a través del acto legislativo 03/2002 (Montealegre, 2013, pág. 189) y, posteriormente, la ley 906/2004, fue la congestión y represamiento de las causas penales en los estrados judiciales, dada la lentitud del trámite escritural a través del cual se agotaban estas actuaciones hasta ese momento en Colombia, por lo cual, y siguiendo la tendencia moderna mundial en el tema de sistemas procesales de enjuiciamiento penal (Roxín, 2000, pág. 581), se decidió transitar de la tradición de los sistemas escriturales propios del *civil law* a un sistema con las características principales de los modelos adversariales característicos del mundo anglosajón (*common law*), por lo que el primer paso debió ser, como ya se dijo, modificar en ese sentido la Constitución Política -funciones de la FGN (art. 250), principio de oportunidad, juez con función de control de garantías, por ejemplo-, a través del acto legislativo 03 del 2002, y con ello sentar las bases de esta nueva forma de proceso para que, dos años más tarde, a través de la ley 906/2004, se estableciera el marco legal para su implementación.

Dentro de las características más distintivas de esta forma de proceso podríamos resaltar que es un sistema que se desarrolla de principio a fin de forma oral y pública, estableciéndose roles independientes y exclusivos propios del sujeto procesal de que se trate; asegurando su agotamiento en dos grandes etapas -investigación y juzgamiento- y la necesaria participación de órganos distintos para que se agoten cada una de ellas (principio acusatorio) (Urbano Martínez, 2011, pág. 63), con inmediatez de la prueba y con la prohibición expresa del decreto de la misma de forma oficiosa por parte del juez de conocimiento y la delegación de las funciones jurisdiccionales a este

y demás jueces que participan en él y, por tanto, su negación, como regla general, al ente acusador (FGN).

De igual forma, si de lo que se trataba era de buscar una forma más eficiente y expedita de resolver las causas penales iniciadas en contra de un ciudadano, se hace necesario tomar como norma rectora el principio de concentración, para garantizar la realización del plazo razonable en la toma de las sediciones en este campo.

Esas dos grandes etapas señaladas anteriormente -investigación y juzgamiento-, se deben agotar desarrollando un sistema de audiencias que atienden a un orden lógico/sistemático el cual, si se respeta, cubre lo actuado con la impronta del debido proceso. Así las cosas, a las audiencias que se celebran en la etapa de investigación se les llama genéricamente “preliminares” (art. 153 y 154 de la ley 906/2004) y son presididas por el juez con función de control de garantías, entre tanto, las audiencias celebradas en etapa de juzgamiento, esto es, a partir de la acusación, son presididas por el juez de conocimiento; es por ello por lo que se hace necesario señalar que se solicita y resuelve en cada una de ellas.

1.2 Etapa de investigación

Cuando un ciudadano realiza una conducta que reviste de las características de un delito, y que por lo tanto vale la pena aclarar si lo es o no, le corresponde al Estado, a través de la Fiscalía General de la Nación –con apoyo de la policía judicial y del Instituto nacional de medicina legal y ciencias forenses- iniciar los actos de investigación (arts. 66, 113, y 200 de la ley 906 de 2004 y 250 de la Constitución Política) a través de los cuales se recauden los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que le permitan caracterizar ese comportamiento como delito y de haber merito, acusar, previa imputación, ante el juez de conocimiento; pero para que la FGN inicie las labores de investigación, es menester que lo ocurrido llegue a su conocimiento a través de lo que es llamado en sentido técnico *noticia criminis*, que no

es otra cosa que la forma en que se informa al órgano investigador de la ocurrencia de un hecho que merece ser aclarado, lo cual se puede dar a través de una denuncia -en los delitos perseguibles de oficio, es decir los que NO requieren de querrela para que se ejercite la acción penal-; a través de querrela -en aquellos casos en los que la ley establece esta condición de procesabilidad (art. 70, ley 906/2004); por petición especial del Procurador General, los delitos ocurridos por fuera del territorio nacional y por impulso oficioso, esto es, en aquellos casos en que se trate de delitos perseguibles de oficio y el órgano investigador se haya informado de cualquier otra forma acerca de la ocurrencia de ese hecho que está obligado a investigar.

1.2.1 La Indagación Preliminar

Una vez que la *noticia criminis* está en conocimiento de la FGN a través de la forma que le corresponda según cada caso, esta, por medio de su policía judicial -Policía Judicial de la Policía Nacional y Cuerpo Técnico de Investigaciones -CTI.(Art. 201, Ley 906/2004)- da inicio a las labores de investigación en campo, donde el director y coordinador siempre será el fiscal del caso, muchas veces a través de lo que se llaman actos urgentes (órdenes de registro y allanamientos, inspección al lugar de los hechos, inspección de cadáver, recopilación de elementos de prueba e información a través de entrevistas a los testigos e interrogatorios a los sospechosos) para recabar la información que le permita demostrar la hipótesis de trabajo de su investigación sistemática, ordenada y coordinada (programa metodológico, Art.- 207 Ley 906/2004).

Es oportuno decir en este momento que en un proceso penal que llega hasta la audiencia de juicio oral, la investigación en sentido amplio se extiende desde la *noticia criminis* hasta la audiencia de formulación de acusación, y que esta -la investigación-. A su vez, se subdivide en dos etapas, indagación preliminar (Whanda, 2008, pág. 32) e investigación formal (o en sentido estricto). Durante la indagación preliminar, le corresponde a la FGN y su policía judicial recaudar los elementos de convicción (elementos de prueba) que le permitan (i) determinar que el hecho que se investiga ocurrió; (ii) que el mismo tiene o reviste las características de delito y, finalmente, y como requisito para poder imputar (atribución jurídica); (iii) la identificación del posible autor

o participe, todo ello con mira a alcanzar el nivel de conocimiento/convicción que le exige la ley para poder avanzar a la subetapa de investigación formal o en sentido estricto, esto es, *inferencia razonable de autoría y participación* del indiciado en el hecho investigado (art. 287 ley 906/2004). Dado que una de las cosas que se va a establecer durante esta primera subetapa es la identidad del posible autor o participe, esta tiene carácter reservado, es decir, en ella solo participan Fiscalía, la policía judicial y el juez con función de control de garantías, pero no el procesado, dado que muchas veces no se sabe quién es y se insiste, esa es una de las cosas que hay que establecer durante esta etapa: ¿Quién realizó el hecho objeto de investigación?

De acuerdo al párrafo del artículo 175 de la ley 906/2004, la FGN dispone de un término de 2, 3 o 5 años para agotar este primer momento de la investigación (indagación preliminar), según sea la gravedad y complejidad del hecho investigado, sin embargo, huelga aclarar que este término no es perentorio dado que su vencimiento como mucho puede conducir a la orden de archivo, pero esta no da por terminado de forma definitiva la investigación y se podría retomar (desarchivar) en cualquier momento -en tanto no haya prescrito la acción penal-, dado que esta decisión no hace tránsito a cosa juzgada, por lo que este término se establece en la ley para exhortar a los fiscales a darle celeridad e impulso a las investigaciones a su cargo. Desarrollada esta [sub]etapa, la Fiscalía tiene tres alternativas: (i) si existe mérito para continuar porque la fiscalía, a partir de los elementos de prueba, logró inferir razonablemente que el hecho ocurrió, que el mismo tiene las características de delito y quien es su posible autor o participe, le corresponderá al ente investigador imputar cargos ante el juez con función de control de garantías; (ii) si el representante de la FGN no logra recaudar elementos de prueba que le permitan establecer que el hecho ocurrió, o que el mismo parece que es delito y/o quien fue su autor o participe, hay dos alternativas: (ii.i.) ordenar unilateralmente el archivo o (ii.ii) solicitarle al juez de conocimiento la preclusión de la actuación, lo cual se hará en audiencia pública (arts. 330 y ss. de la Ley 906/2004). Si la solicitud de preclusión es resuelta de forma positiva y la decisión queda ejecutoriada, ese auto tendrá todos los efectos prácticos y procesales de una sentencia absolutoria; en cambio, si la solicitud es resuelta de forma negativa, se continuará con el proceso y ese juez que tomó la decisión quedará impedido para asumir la etapa de juzgamiento.

1.2.2 La Investigación Formal o Investigación en Sentido Estricto

Cuando la FGN imputa cargos en contra de un ciudadano da inicio a la investigación en sentido estricto; se vincula formalmente al antes indiciado al proceso penal y a partir de este momento adquiere la calidad de parte (“imputado”); se interrumpe el término de prescripción de la acción penal (art. 292 Ley 906/2004), todo ello a través del acto procesal que se da con la comunicación de los cargos le formula la FGN al imputado, lo cual se hará en audiencia oral, ante el juez con función de control de garantías, en presencia del imputado, su defensor -de confianza o del sistema nacional de defensoría pública- y de la víctima; sin embargo, para su validez solo es imprescindible la presencia del delegado de la FGN, el abogado defensor y, por supuesto, quien preside la audiencia, es decir, el juez de control de garantías. A partir del día siguiente de la formulación de imputación de cargos, a la FGN le empieza a correr un término perentorio de 90 días hábiles para que ocurra, como regla general, una de dos cosas; (i) si la FGN logra el grado de conocimiento/convicción que se requiere para avanzar, esto es, *afirmar con probabilidad de verdad que el procesado es autor o participe del hecho investigado*, tendrá que [a través del centro de servicios judiciales] presentar escrito de acusación al juez de conocimiento y luego formular acusación en audiencia pública y oral ante el juez de conocimiento, dando con ello inicio a la etapa de juzgamiento, o; (ii) si no existe mérito para acusar, tendrá que dentro de ese mismo término solicitar la preclusión de la investigación ante el juez de conocimiento, en audiencia pública y oral. Durante la etapa de investigación en sentido estricto, la FGN ya no puede ordenar el archivo de la investigación.

1.3 La Etapa de Juzgamiento

Esta etapa comienza con la acusación que le realiza la FGN al procesado ante el juez de conocimiento, con lo cual el procesado deja de ser imputado y adquiere el *status* de acusado. Es de anotar que se suele afirmar que este es un acto procesal complejo porque está integrado por dos

momentos: el traslado del escrito de acusación y la verbalización que se hace posteriormente de ese escrito en audiencia oral y pública, tal y como se explica a continuación.

1.3.1 La Presentación del Escrito de Acusación

Una vez que la FGN culmina su investigación en sentido estricto y encuentra que existe mérito para acusar, porque puede *afirmar con probabilidad de verdad que el imputado es autor o participe del hecho investigado*, dentro de los 90 días hábiles contados a partir del día siguiente de la audiencia de formulación de imputación de cargos, presentará [a través del centro de servicios judiciales] el escrito de acusación con sus anexos ante juez de conocimiento; una vez en poder este, dentro de los cinco días siguientes a su recepción, el juez fijará la fecha y hora para la celebración de la audiencia de formulación de acusación (Castro Ospina, 2005, pág. 46).

1.3.2 La Audiencia de Formulación de Acusación

La formulación de acusación se hace por parte de la FGN, en audiencia oral y pública, ante el juez de conocimiento, siguiendo este orden: se resuelven las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones y nulidades generas hasta ese momento; la FGN da lectura al escrito de acusación y sus anexos de “pruebas”, se hace un relato de los datos del procesado, de los delitos por los cuales se le acusa y su fundamento fáctico, jurídico y probatorio; se da el traslado del mismo a la defensa e intervinientes especiales; el procesado adquiere la calidad de acusado; se le reconoce la calidad de víctima a quien se cree tal y lo demuestre sumariamente en ese momento y, de último, se hace el descubrimiento probatorio de la FGN y se señala la fecha y hora donde se realizará la audiencia preparatoria del juicio oral. Cuando la FGN realiza la acusación formal en audiencia, debe ser cuidadoso de que los delitos por los cuales acusa se encuadren en el núcleo fáctico expresado, ya que en esta materia rige el *principio de congruencia* según el cual la eventual sentencia (condenatoria) solo puede referirse a los delitos por los cuales se acusó (Montealegre

Lynett, 2013, pág. 764) y respecto de los cuales se solicitó condena por parte del ente acusador en los alegatos de cierre en la audiencia de juicio oral.

1.4 La Audiencia Preparatoria

Esta audiencia se celebra de forma oral y pública, la preside el juez de conocimiento y en ella se resuelven los siguientes asuntos: se da el descubrimiento probatorio de la defensa (opcional); la enunciación de los elementos probatorios de las partes; la celebración de las estipulaciones probatorias entre las partes (opcional); las solicitudes probatorias de las partes; el decreto de la práctica de la prueba [o su rechazo, inadmisión o exclusión]; se le da la oportunidad al acusado que se exprese acerca de si acepta o no su culpabilidad y, si no, se fija fecha y hora para la celebración de la audiencia de juicio oral; en síntesis, en esta audiencia se decanta el tema probatorio, desarrollando el conjunto de ritualidades procesales previas requeridas para que los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida se conviertan posteriormente, en la audiencia de juicio oral, en prueba y sea objeto de valoración por parte del juez de conocimiento y, por lo tanto, fundamento de la sentencia. Con lo anteriormente señalado, queda patente así el principio de inmediación de la prueba.

1.5 La Audiencia del Juicio Oral

Es este el epicentro del debate argumental entre las partes y el escenario donde, una vez instalada esta audiencia, (i) se le da el uso de la palabra al acusado para que exprese si acepta o no su culpabilidad; (ii.i) si acepta se fija fecha para lectura del fallo e individualización de la pena; (ii.ii) si no acepta, (iii) se continúa con los alegatos de inicio de las partes donde se da la presentación de la teoría del caso de las partes (opcional para la defensa y obligatorio para la FGN); (iv) se práctica la prueba (decretada por el juez en la audiencia preparatoria) a través del interrogatorio cruzado de los testigos (directos, de acreditación, peritos, de referencia, de refutación) de cargo y descargo; (v) los alegatos de conclusión/cierre; (vi) la valoración probatoria por parte del juez, y; (vii) el juez dicta el sentido del fallo. (Andrade Castro & Córdoba Ángulo,

2007). Cabe destacar que la etapa de juicio no comienza con esta audiencia sino, como se ha dicho en otro lugar, con la formulación de acusación formal en audiencia pública y oral.

1.6 La Audiencia de la Lectura del Fallo e Individualización de la Pena

Posterior a que el juez dicte el sentido el fallo al finalizar la audiencia del juicio oral, se celebra audiencia pública donde aquel da lectura de la sentencia, expresando los fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios de las mismas, si es absolutoria, otorgándole a las partes la oportunidad de controvertir su contenido a través del recurso de apelación; por otra parte, si la sentencia es condenatoria, el juez tendrá que establecer cuál es la pena en concreto, determinando su naturaleza -privativa de la libertad o no privativa de la libertad- y su *quántum* en concreto; otorgándole igualmente a las partes la oportunidad de controvertir su contenido a través del recurso de apelación, el cual se interpone ante este y se sustentará inmediatamente de forma oral o por escrito dentro de los cinco días hábiles siguientes a su notificación ante el superior funcional que del juez que emitió la sentencia en primera instancia (no sobra resaltar que a partir del acto legislativo 01 de 2018 en Colombia no existen procesos de única instancia en el ámbito del derecho penal). Sobra explicar que esta es una de las excepciones al principio de oralidad, en donde las partes pueden sustentar el recurso de apelación por escrito.

Estimamos conveniente aclarar que no toda actuación penal tiene que ser definida en la etapa de juzgamiento, dado que una actuación penal que no tiene vocación de prosperar en audiencia de juicio, puede encontrar su culminación durante la actuación a través de la figura de la *preclusión*, la cual consiste en una forma de terminación anticipada del proceso, donde el juez de conocimiento, a instancias de la FGN [y eventualmente de la defensa o el ministerio público] en audiencia oral y pública, decide si, a través de un auto, da por terminada la investigación de darse una de las causales del art. 332 de la ley 906/2004, como por ejemplo por imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal; la existencia de una causal de ausencia de responsabilidad; la inexistencia del hecho investigado; el vencimiento del término de que habla el

inciso primero del art. 175 de la ley 906/2004, en armonía con el art. 294 del mismo estatuto procesal, entre otros.

1.7 Audiencia del Incidente de Reparación Integral

A través de este trámite incidental, la persona que acreditó su calidad de víctima y fue reconocida su calidad de tal dentro del proceso, puede expresar su pretensión resarcitoria, ante el mismo juez que profirió la sentencia, la cual necesariamente tendrá que ser condenatoria para que se pueda promover dicho trámite, el cual debe ser promovido por la víctima a través de su representante dentro de los 30 días siguiente a la ejecutoria de la sentencia (Artículos 101 y ss de la ley 906/2004).

Este trámite se desarrolla ordinariamente en tres audiencias, a saber: (i) de conciliación; (ii) de práctica de pruebas, y; (iii) de sentencia. Dentro de estas audiencias la víctima tendrá que acreditar la naturaleza de ser pretensión resarcitoria (económica y/o simbólica); el tipo de daño sufrido (material/moral) y el monto de la misma en caso de ser económica.

Se puede decir que este trámite es un [pequeño] proceso civil [ejecutivo], resuelto por un juez penal, al finalizar con sentencia condenatoria una actuación procesal penal, donde el documento que se exhibe como “*título ejecutivo*” es la sentencia condenatoria ejecutoriada. Dentro de este trámite, la víctima asume el estatus y el rol de parte, para solicitar ser reparado integralmente a través de su pretensión resarcitoria. Es del caso anotar que, este sentido, el artículo 97 del código penal (ley 599/2000), limita la pretensión indemnizatoria a 1,000 salarios mínimos legales mensuales vigentes por daño moral subjetivado (Gaviria Londoño, 2008). Los daños materiales y los morales objetivados que tienen vocación de ser resarcidos son los que se acrediten a través de los respectivos medios de prueba.

1.2 Aspectos Principales del Proceso Penal Especial Abreviado

El procedimiento penal especial abreviado en Colombia se instituyó como un trámite novedoso de gran importancia frente a las problemáticas de congestión de los despachos judiciales, en cumplimiento de los principios de celeridad, economía y establecer instituciones que ayudaran a aliviar esas cargas ante la cantidad de procesos que sobrepasaban la capacidad de los juzgados y que conllevaba a que los procesos fueran más demorados, tardíos e inclusive llegaran a ser precluidos por falta del accionar de las entidades judiciales, tal como se expresó en la exposición de motivos en el proyecto de ley que lo contempló en los siguientes términos:

En general, las iniciativas tienen en común la filosofía de buscar un sistema que, garantizando el respeto a los derechos fundamentales de las partes involucradas, 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. (Senado de la República, 2015, pág. 1)

Ahora, esa agilidad en los procesos no se busca lograrla respecto de todas las conductas punibles sino de aquellas que tienen un impacto cuantitativamente mayor, dado la habitualidad de los comportamientos sujetos a este procedimiento como por ejemplo, el hurto, que se da muy frecuentemente, que según cifras dadas por el DANE (Departamento Administrativo Nacional de Estadística, 2020) producto de la encuesta de Convivencia y Seguridad ciudadana este delito presentó la siguiente dinámica:

Al indagar por el hurto a residencias, el 1,7% de los hogares para el total nacional reportaron haber sufrido este hecho. Mientras que el 0,9%, de los hogares en el total nacional informaron haber sufrido hurto de ganado, semovientes o aves de corral. Frente al hurto a personas, 3,2% de las personas de 15 años y más en el total nacional informaron haber sufrido este delito al menos una vez durante 2020. (...) Del total de personas propietarias de algún vehículo en 2020, el 4,3% reportó haber sufrido un hurto a la totalidad o una parte o accesorio de su vehículo, para el total nacional. (pag.1)

Como se observa las cifras son altas en comparación al número de los colombianos, por lo que este tipo de conductas por su frecuencia deben ser tratadas mediante un proceso más expedito y sencillo, como es el abreviado.

Como se ha dicho, las particularidades de este proceso fueron consagradas en la Ley 1826 de 2017, la cual responde a la necesidad de poder dotar al sistema penal colombiano de un procedimiento que se reduce en tiempo, es ágil, expedito, promueve la justicia restaurativa y de cierta forma potencializa la participación activa de las víctimas durante el trámite del proceso.

Ahora bien, en cuanto a las etapas del proceso, se expondrán a continuación de forma enunciativa:

1.2.1 Presentación de la Querella

El proceso penal especial abreviado, tal como se dispone en el artículo 534 de la ley 906/2004 (artículo 4° de la ley 1826/2017), que a su vez remite al artículo 74 *ibídem*, se aplica para las conductas querellables (Núm. 1°), y a las conductas punibles descritas en el numeral 2° de aquel, entre las que se destacan, por ejemplo, el hurto, las lesiones personales, emisión y transferencia ilegal de cheques, revelación de secreto, utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública, omisión de socorro, injuria y calumnia, perturbación de la posesión sobre inmuebles, entre otras.

De acuerdo con lo anterior, la querella, como se hizo mención, debe ser interpuesta en principio por la víctima de forma directa, pero existen excepciones a ello, como en el caso de que la persona sea incapaz, se trate de una persona jurídica o de haber muerto esta, podrá esta instaurarse por sus herederos (Ley 1826, 2017, Art. 2). Para presentarse dicha querella se cuenta con un tiempo definido, caducando el mismo dentro de los 6 meses posteriores a la ocurrencia del hecho.

Es de anotar que esta puede ser desistible en cualquier momento antes del inicio de la audiencia del juicio oral por parte del querellante, pero debe ser libre y espontánea; sin embargo, cuando ya

se haya presentado el escrito de acusación será el juez quien decida sobre este desistimiento. Un punto en el que no se está de acuerdo, es el hecho de que si una persona desiste se hace extensiva a los demás; en este evento no debería aplicarse de forma automática, sino que, por el contrario, cada una de las víctimas que se vieron afectadas en sus derechos o bienes, deben contar con la oportunidad de decidir si lo hacen o no de forma autónoma e informada de las consecuencias de su decisión, aun cuando hayan sido vinculados o se haya hecho extensivo por la querrela de quien desiste (Ley 1826, 2017, Art. 76).

1.2.2 Traslado del Escrito de Acusación

Una vez se conoce la querrela o se captura en flagrancia, antes de realizarse el traslado del escrito de acusación, la Fiscalía debe realizar acciones de investigación, que permitan establecer si existe mérito para acusar o en definitiva no se continúa con el proceso.

En lo que respecta al traslado del escrito de acusación, (Botero, 2019) se tiene que es la etapa en la cual se vincula formalmente al indiciado al proceso penal, para realizar este traslado se cita al indiciado junto con su abogado y a la víctima de forma concomitante, en aras de darles traslados en el mismo acto de dicho escrito e igualmente se realiza el traslado de las pruebas con las que se cuenta. En esta misma oportunidad se indaga si existe ánimo conciliatorio entre las partes, lo que permite satisfacer las necesidades de las partes y de esta forma precaver de forma rápida el proceso, por la preponderante tendencia restaurativa que se le ha tratado de imprimir a este proceso. (p. 6)

Ahora bien, es importante anotar que para todos los efectos procesales el traslado de la acusación equivaldrá a la formulación de imputación (Ley 906/2004, Art. 536 # 4) de que trata la Ley 906/2004 en su artículo 286; esto se debe a la supresión que se dé la audiencia de imputación, en la que el Fiscal realiza una relación suscita de los hechos jurídicamente relevantes y de los

elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información legalmente obtenida, de los cuales se pueda inferir que el procesado es autor o participe de la conducta que se le imputa, con enunciación de las consecuencias jurídicas que se pueden derivar de allanarse o no a los cargos. Así mismo desaparecen las audiencias de acusación y preparatoria, estas dos se fusionan para darle nacimiento a la denominada audiencia concentrada.

En consonancia con lo expuesto, el traslado es esencial, puesto que es la oportunidad para que el procesado conozca todo el material probatorio con el que se cuenta, para que este adelante su proceso de defensa.

Es necesario indicar que en el evento que se cumplan los requisitos establecidos para la imposición de la medida de aseguramiento, el fiscal, previa verificación de ello, podrá solicitar la celebración de dicha audiencia y en esa oportunidad habrá lugar a que se realice el traslado del escrito de acusación, en el que se debe dejar claramente expuesto quien es la autoridad competente, prueba de la calidad de víctima, la cual debe ser siquiera sumaria, referenciar la posibilidad de que el indiciado pueda allanársele los cargos que se le acusan, y la orden de conversión de la acción penal (Ley 1826/2017, Art. 15).

1.1.3 Presentación del Escrito de Acusación

Agotada la etapa de traslado del escrito de acusación a las partes del proceso, es necesario que el fiscal realice la presentación de este y para ello cuenta con cinco días. Es necesario en este evento que se defina la competencia del juez, porque puede suceder que se haya cometido el mismo delito en varias ciudades.

El escrito de acusación debe cumplir con unos anexos, que, son el resultado de la materialización del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991; debe acompañarse de la constancia que, si se realizó el traslado del escrito al indiciado, como también del descubrimiento de las pruebas que lo sustentan y/o la declaratoria ausente o contumacia (Ley 1826/2017, Art. 17).

1.1.4 Audiencia Concentrada

La audiencia concentrada es aquella que, se celebra como una unión de la audiencia de acusación y preparatoria, la cual se desarrollara después de haberse realizado el traslado del escrito de acusación. Desde este momento, el indiciado cuenta con 60 días para desarrollar su defensa, que al culminarse los mismos, el juez cuenta con 10 días para citar a la respectiva audiencia.

En el marco de esta audiencia deben agotarse las mismas actividades que se realizan en las audiencias tradicionales, que en palabras de (Botero, 2019) son:

Una vez instalada la Audiencia Concentrada y con la presencia de las partes, el juez procederá a evacuar los trece ítems consagrados en el artículo 542 del Código de Procedimiento Penal, dentro de estos, el reconocimiento de víctima, resolución de nulidades, solicitudes probatorias, entre otras. Concluida esta audiencia, se fijará fecha y hora para llevar a cabo la de Juicio Oral, que se deberá realizar dentro de los treinta días siguientes a la culminación de la Concentrada. (p.7)

En este sentido, se adelantarán acciones además de las indicadas en la cita, las partes podrán indicar si observan impedimentos o recusaciones, se presenta por las partes las observaciones del escrito de acusación, descubrimiento probatorio y de evidencias físicas, enunciación por las partes de todas las pruebas que desean hacer valer, enunciación de las estipulaciones probatorias, la presentación de recursos respecto a las decisiones y reconocimientos que se realicen en la audiencia.

Agotadas las acciones referenciadas, se citará audiencia de juicio oral.

1.1.5 Audiencia de Juicio Oral

La audiencia del juicio oral cumplirá las mismas acciones que se establecen para esta en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, se realiza la práctica probatoria y la presentación de la teoría del caso, primero se presenta la de la fiscalía y posterior la parte acusada. En el mismo sentido, se realizan los alegatos de conclusión y valoración de la prueba.

Contra la decisión emitida en primera instancia, las partes pueden hacer uso del recurso de apelación, “una vez sea anunciado el sentido del fallo el juez dará traslado inmediato para cumplir con el trámite previsto en el artículo 447 de este código. El juez contará con diez (10) días para proferir la sentencia y correr traslado escrito de la misma a las partes”. (Ley 1826, 2017, Art. 22).

1.1.6 La figura del Acusador Privado en el proceso Penal Especial Abreviado

Para iniciar este apartado se expone la definición legal de acusador privado:

(...) El acusador privado es aquella persona que al ser víctima de la conducta punible está facultada legalmente para ejercer la acción penal representada por su abogado.

El acusador privado deberá reunir las mismas calidades que el querellante legítimo para ejercer la acción penal (...) (Ley 1826/2017, Art. 27).

En virtud de lo expuesto, el acusador privado es quien adelantará las acciones de investigación como lo hace la fiscalía, bajo las mismas reglas establecidas en el proceso penal ordinario. Es obligatorio que la víctima [como acusador privado] esté representada por un jurista.

Ahora bien, con la consagración de esta figura se tiene que el procedimiento en comento tiene una transformación en la condición jurídica de los actores, en el entendido que la víctima tiene la posibilidad de convertirse representada por un abogado, en acusador privado, lo que permite que los fiscales se desliguen parcialmente del proceso, en cuanto a la función de recaudación de elementos materiales probatorios, evidencia física e información, pero no así de

actos propios de investigación que impliquen la afectación de garantías como registros y allanamientos, interceptación de líneas telefónicas, vigilancia sobre personas, etc. Ya que el trabajo debe continuarse de forma coordinada, como una forma de control de las actuaciones que estos adelanten.

De esta manera el proceso de investigación y acusación tiene una tendencia dual, toda vez que puede ser adelantado por el fiscal o por el acusador privado; en este último evento, es necesario que se solicite al fiscal la conversión de la acción penal pública por una acción privada y estas solo proceden respecto a la lista de delitos expuestos en la Ley 1826 de 2017 exceptuando aquellos que atentan en contra de los bienes del Estado. Para que se resuelva la petición se dispone de un mes.

Es de anotar que la solicitud presenta limitaciones temporales “La conversión de la acción penal pública en acción penal privada podrá solicitarse ante el fiscal del caso hasta antes del traslado del escrito de acusación” (Ley 1826, 2017, Art. 30). Así mismo, “En caso de aceptar la solicitud de conversión, señalará la identidad e individualización del indiciado o indiciados, los hechos que serán objeto de la acción privada y su calificación jurídica provisional.” (Ley 1826, 2017, Art. 32).

Es importante mencionar que esta conversión no procederá en unos eventos que fueron enlistados en el artículo 32 *ibídem*, como cuando no se acredite la calidad de víctima así sea sumariamente, cuando el indiciado pertenezca a una organización criminal y el delito esté relacionado con esa pertenencia, cuando implique riesgo para la seguridad de la víctima, cuando la conducta sea atípica, no haya acuerdo entre todas las víctimas, etc.

La figura del investigador privado ha sido cuestionada en la doctrina nacional (Diez & Vivares, 2020) doctrinantes como Miguel Diez Rúgeles, Luis Felipe Vivares Porras manifiestan que:

La ley 1826 de 2017 (ley 1826, 2017) introduce dos instituciones novedosas en nuestro ordenamiento jurídico: el procedimiento abreviado y el acusador privado. Esta última institución permite al representante de la víctima transformarse de

interviniente a parte procesal, esto supone cambios en las condiciones jurídicas iniciales que impactan necesariamente a su contraparte: el acusado. Este impacto se advierte preponderantemente en relación con el llamado principio de la igualdad de armas. Interrogantes frente a la igualdad de condiciones entre las partes del proceso penal surgen frente a instituciones como: el principio de objetividad en la investigación, el descubrimiento probatorio, la carga de la prueba, los actos de investigación y los controles de estos últimos. (pág. 310)

1.1.7 El Principio de Igualdad de Armas en la Política Criminal del Sistema Penal Acusatorio Colombiano

El principio de igualdad de armas es una garantía del sistema penal oral acusatorio colombiano, la cual establece que tanto el ente acusador como la defensa deben de tener acceso a las mismas herramientas de ataque y defensa para la protección de sus intereses, lo cual incluye elementos puramente formales de tipo jurídico y elementos materiales.

La igualdad de armas es una proyección específica del principio y derecho a la igualdad en el proceso penal, siendo su objetivo garantizar que la confrontación entre acusación y defensa sea equitativa y equilibrada, esto mediante la garantía de que las partes tengan acceso a las mismas herramientas de ataque y defensa para la salvaguarda de sus intereses. (Bonilla, 2014, p. 1)

Para Escobar la igualdad de armas es uno de los rasgos esenciales y trascendentales de los modelos de juzgamiento adversarial, siendo su finalidad permitir que la acusación y la defensa tengan acceso a las mismas herramientas y medios para la defensa de sus intereses, postulado necesario para garantizar equilibrio y equidad en el contencioso. (Escobar, 2019, p. 10)

Similar apreciación es plasmada por Santos quien establece que el principio de igualdad de armas es consecuencia de la estructura triangular del sistema penal oral acusatorio, puesto que mientras el juez se ubica en la cúspide del proceso y amparado por su investidura, las partes deben acudir al contencioso con las mismas herramientas y medios para la promoción de sus intereses. (Santos, 2017, p. 4)

De igual forma Moratto establece que la igualdad de armas nace de la equidad que debe de reinar en el contencioso penal, puesto que la racionalización de los actos de confrontación exige que las partes tengan acceso a las mismas herramientas y medios para la defensa de sus intereses, siendo necesaria la eliminación de cualquier acto procesal que constituya desequilibrio de los confrontantes. (Moratto, 2020, p. 1)

En lo referente al ordenamiento jurídico colombiano la igualdad de armas es regulada mediante el artículo 8 de la ley 906 de 2004, el cual establece que desde el momento en el que se adquiere la condición de imputado, este tiene la facultad de acceder a los mismos derechos y facultades del ente acusador para la defensa de sus intereses, siendo este postulado examinado prolíficamente por la jurisprudencia nacional.

En sentencia de radicado C-536 del año 2008, expedida por la Corte Constitucional colombiana, se confirma que las partes en el proceso penal tienen el derecho de acudir ante el juez con las mismas posibilidades de defensa y ataque, lo cual se traduce en concurrir con los mismos medios y herramientas para la defensa de sus intereses.

De igual forma, la providencia resalta la relación entre la igualdad de armas y el principio adversarial del sistema penal oral acusatorio, puesto al ser el ente acusador un representante de la política criminal del Estado, resulta necesario que se racionalice su alcance con miras a impedir un deterioro de la defensa como consecuencia del abuso de la posición dominante del ente acusador.

En el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales. Este constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que, en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección. (Corte Constitucional, 2008)

Este postulado es igualmente desarrollado en sentencia C – 025 de 2009, expedida por la misma corporación judicial, la cual reitera que la igualdad de armas es uno de los rasgos esenciales y fundamentales de los modelos de juzgamiento adversarial, puesto contrario a lo que acontecía con el modelo de juzgamiento inquisitivo, en el cual la fiscalía adelantaba actos de investigación favorables y desfavorables a la defensa, en el sistema penal acusatorio se emancipó el ente acusador de dicha responsabilidad, dotándose al imputado u acusado de la posibilidad de armas autónomamente sumario.

En punto al principio de igualdad de armas, ha dicho la Corte que el mismo constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección. (Corte Constitucional, 2009)

Finalmente, la sentencia C–1194 del año 2005, expedida por la misma corporación judicial, destaca la relación entre principio de igualdad de armas y derecho a la defensa, siendo la

eliminación de los actos integrales de investigación una garantía para equilibrar el contencioso entre las partes, lo cual conlleva al reconocimiento de facultades probatorias a la defensa.

La metodología de la instrucción integral que obliga a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable encaja convenientemente en el sistema judicial de corte inquisitivo, pues, en aquel, la Fiscalía ejerce funciones jurisdiccionales en la medida en que resuelve aspectos vinculados con la situación jurídica de los derechos fundamentales del procesado, incluyendo el de su libertad personal. Corte Constitucional, 2005)

De igual manera, el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo.

A tal efecto, doctrinantes como Miguel Diez Rúgeles, Luis Felipe Vivares Porras, Simón Moratto, Claus Roxín y la jurisprudencia resaltan la importancia del principio de igualdad de armas, el cual guarda íntima relación con el principio y derecho a la igualdad, el derecho a la defensa, y la axiología adversarial de los sistemas penales acusatorios, siendo su relevancia la garantía de equilibrio en el contencioso.

Sin embargo, conexo a su relevancia, existen críticas importantes a la materialización del principio de igualdad de armas, siendo muchos los planteamientos que consideran que este tiene una aplicación restrictivamente formal, careciendo de impacto real en lo que respecta el contencioso entre las partes.

Una crítica importante que se realiza en lo referente a la adaptación del principio de igualdad de armas al proceso penal colombiano, es que en la justicia penal nacional este ostenta un enfoque puramente jurídico. Es decir, el Estado siempre ha garantizado que el imputado tenga como mínimo un abogado para la defensa de sus intereses litigiosos, carencia subsanada mediante

el sistema nacional de defensoría pública. Sin embargo, dada las exigencias forenses, criminalísticas y técnicas del sistema acusatorio, la presencia del abogado no resulta suficiente para garantizar equidad, puesto este se enfrentaría solitariamente en contra de toda la maquinaria del órgano de persecución penal, lo cual incluye investigadores, oficinas de inteligencia y otra infinidad de recursos que reducen las posibilidades de éxito de la defensa.

La igualdad de armas no es más que una falacia del derecho procesal penal colombiano, puesto mientras el ente acusador ostenta recursos casi que infinitos para la defensa de sus intereses, por otro lado, la defensa apenas tiene acceso a un abogado pro bono para la promoción de sus pretensiones (Fernández, 2010, P. 4)

Igualmente confirma el doctrinante Fernández, que la defensa carece del acceso a investigadores y centros de criminalística, siendo imposible que aquella pueda recopilar directamente elementos materiales probatorios que soporten la labor jurídica efectuada por el defensor.

La ausencia de investigadores privados, de laboratorios privados o públicos de fácil acceso al procesado, ante las enormes exigencias económicas y técnicas del Sistema penal oral acusatorio, representan una desventaja para la defensa quien rudimentariamente se debe de enfrentar al glamuroso aparato de investigación al servicio del ente acusador, demostrando que la materialización del principio de igualdad de armas es estrictamente teórico, y no representa una verdadera garantía a la defensa de los intereses del procesado puesto se encuentra subordinado a la capacidad económica del mismo. (Fernández, 2010, p. 6)

Similar apreciación es plasmada por Castrillón quien establece que:

El Estado debe de garantizar al ciudadano no solo el acceso a un abogado para la defensa de sus intereses, sino también los medios para participar coherentemente en el debate, lo cual se materializa mediante evidencias, las cuales son obtenidas mediante investigadores privados y examinadas en centro de criminalística,

posibilidad que le es negada al imputado o acusado, especialmente aquellos que carecen de medios económicos para adelantar actos de investigación (Castrillón, 2018, pág. 12)

Es necesaria la actualización del concepto de defensa técnica, puesto teniendo en cuenta la mutación o evolución de los actos litigiosos frente a la necesidad de apoyarse en las ciencias forenses con miras a construir una justicia eficaz, resulta necesario que dentro de la garantía de derecho a la defensa técnica se incluyan también los actos de investigación y examen criminalístico, así mismo, resulta necesario y obligatorio que el Estado garantice el acceso de la defensa a los medios de investigación necesario para la materialización de su tesis en el interior del proceso (Castrillón, 2018, pág. 12)

Siguiendo con su planteamiento, el autor igualmente destaca la falta de regulación de la figura del investigador privado, figura que, si bien se encuentra autorizada por la legislación nacional, poca o ninguna es la reglamentación que existe frente a la materia, vacío que lesiona evidentemente los intereses de la defensa.

Es necesario actualizar el ordenamiento legal colombiano jurídica y técnicamente en lo referente a conceptos como la práctica investigativa privada, su solemnización normativa y la protección de los investigadores de la defensa, así mismo establecer medidas para permitir que las ciencias forenses sean de alcance ciudadano, lo anterior puesto si bien la legislación nacional reconoce la posibilidad de que la defensa contrate medios de investigación privados, la normatividad colombiana no ha regulado este aspecto. (Castrillón, 2018, pág. 12).

En conclusión, el principio de igualdad de armas es una novedad y elemento importante y esencial del sistema penal oral acusatorio colombiano, el cual ordena que en el litigioso penal tanto acusación como defensa tengan acceso a los mismos medios y herramientas de ataque y protección para la defensa de sus intereses.

Sin desconocer su importancia, el principio de igualdad de armas tiene una aplicación estrictamente jurídica y con un enfoque puramente formal, puesto el Estado garantiza a cada imputado solamente un abogado para ejercer su derecho a la defensa. Sin embargo, como consecuencia de la evolución del proceso penal, el cual exige determinados postulados técnicos, para promover las pretensiones de las partes, resulta incompleto e insuficiente la mera presencia del abogado, siendo necesario que de igual forma a la defensa se le garanticen investigadores privados y centros de criminalística, siendo dicha omisión una violación del principio de igualdad de armas.

Por lo tanto, dicho sector de la dogmática procesal pena considera que para que haya una correcta y debida materialización del principio de igualdad de armas en el proceso penal colombiano, resulta suficiente que se garantice a los imputados investigadores privados y centros forenses para el examen de su evidencia, cometido necesario para complementar con gestión criminalística la defensa técnica adelantada por el defensor. En el mismo sentido, tendría el mismo deber del fiscal, de identificar pruebas que favorezcan al procesado debe informarlo, sin embargo, puede verse afectado.

Bajo este supuesto, para que la figura del acusador privado pueda operar en Colombia se requiere que se establezcan las condiciones que posibiliten su uso, sin necesidad de que se vean afectadas las garantías procesales de quien está siendo indiciado. Siendo así, deberían establecerse personas independientes y objetivas que asuman la administración de justicia transitoria, como sucede con los conciliadores, que no son parte del proceso, pero que pueden aportar a su solución, lo que podría ayudar a la descongestión de los despachos judiciales.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, en el proceso penal, aunque sea especial y abreviado, no dista de que se pueden afectar gravemente los derechos del procesado al presentarse conflictos de intereses, al asumirse por la víctima la calidad de acusador privado, representada por su abogado. En el país no existe una cultura de objetividad que para este caso los controles que se deben establecer no están claramente definidos, lo que puede entrar a afectar la seguridad jurídica e inclusive el debido proceso de una de las partes.

Es de anotar que si bien es cierto que esta figura tiene sus bondades porque precisamente potencia la participación de las víctimas; también es cierto que la tendencia del proceso penal es que cada una de las partes tome su papel y siempre existan profesionales y personas con la formación adecuada a los que la defensa pueda asistir para garantizar un proceso de investigación en igualdad con el ente acusador, lo que es esencial, como se dijo, para asegurar el debido proceso de todas las partes que intervienen en el conflicto. De acuerdo con lo expuesto, es preferible potenciar la participación de las víctimas en escenarios que ya están regulados en la Ley 906 de 2004.

Esta crítica se hace sin tener conocimiento de si existen en el país casos exitosos del uso de esta figura, debido a que su uso se puede ver limitado ante la falta de recursos económicos para desarrollar de forma independiente los actos investigativos por parte de esta, de ahí que se considere que solo aplicaría para víctimas adineradas. Es aquí donde surge la necesidad de establecer sí en desarrollo de la política criminal del Estado (que la investigación sea más expedita), estas pudieran acudir a las mismas instancias que los fiscales y como apoyarse en la policía judicial, Medicina Legal o que se le entregue información sujeta a reserva, entre otras situaciones en las que se pueden ver impedidos por la reglamentación en la materia.

2 El Proceso Penal Especial Abreviado en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

En este acápite se tiene por finalidad explicar desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia algunas situaciones que se han estudiado y que permiten dilucidar algunos aspectos del proceso penal especial abreviado. (Sentencia SP 1763, 2018)

2.1 Sentencia SP 1763 de 2018

2.1.1 Identificación

Número: (SP1763-2018)

Fecha: 23 de mayo de 2018

Magistrado Ponente: José Luis Barceló

Camacho Aclaran el voto: N/A

Salvan el voto: N/A

2.1.1.1 Vistos.

Luego de inadmitida la demanda presentada por el defensor Juan Carlos Ochoa Paben sin que se hiciera uso del mecanismo de insistencia se procede a proferir fallo de casación.

2.1.1.2 Hechos.

El menor V.M.D.P. de 17 años de edad transitaba por la calle, cuando fue sorprendido por dos hombres, quienes lo amenazaron y lo despojaron de su celular, que reportaba un valor de \$ 1.500.000.

Una vez realizaron el hurto, se avisó a la policía por parte de la víctima, quien brindó información respecto a las características de los asaltantes.

Los agentes de policía una vez tuvieron conocimiento de los hechos, empezaron las acciones que conllevaron a la captura en flagrancia de los sujetos identificados como Juan Carlos Ochoa Pabón, a quien se le halló el celular hurtado, y Bryan Steven Díaz Higueta.

Durante la primera etapa del proceso los procesados se allanaron a los cargos que les fueron imputados por el fiscal y que una vez fueron condenados no se les reconoció subrogados penales y la reducción de la pena tan solo fue de 15 meses y 22.5 días.

Debido a lo anterior estas personas presentaron recurso de apelación argumentando que se debía aplicar el beneficio contemplado en la Ley 1826 de 2016, que establece la posibilidad de reducir la pena hasta la mitad. Este recurso fue conocido por el Tribunal quién decidió confirmar la decisión del juez de primera instancia.

2.1.1.3 Antecedentes Procesales.

El 8 de abril de 2017, ante el Juzgado Primero Penal Municipal con función de control de garantías de Armenia, la Fiscalía 16 Local URI le formuló imputación a Juan Carlos Ochoa Pabón y a Bryan Steven Díaz Higueta como coautores de hurto calificado y agravado (artículos 239, 240 inciso segundo y 241-10 del Código Penal).

la Fiscalía 12 Local de Armenia presentó escrito de acusación con allanamiento, de fecha 4 de julio de 2017, en los términos de la imputación formulada.

En audiencia que se celebró los días 3 de agosto y 13 de septiembre de 2017, el Juzgado Primero Penal Municipal con función de conocimiento de Armenia verificó y aprobó el allanamiento a cargos de Juan Carlos Ochoa Pabón y dio cumplimiento a lo previsto por el artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

En la sentencia, que leyó en la última de las fechas mencionadas, dicho despacho judicial resolvió condenar a Juan Carlos Ochoa Pabón a la pena principal de 15 meses y 22.5 días de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autor de hurto calificado y agravado. Ante la prohibición contenida en el inciso segundo del artículo 68 A del Código Penal, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la prisión y dispuso la expedición de orden de captura en su contra.

El defensor interpuso el recurso de apelación, con miras a que la segunda instancia otorgara el subrogado penal antes mencionado.

2.1.1.4 Problema Jurídico Enunciado por la Corte.

¿Es procedente aplicar la reducción de la pena hasta la mitad en el caso en concreto, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1826 de 2017, cuando fue procesado en el marco de la Ley 906 de 2004?

Posición de la Corte Suprema de justicia.

El análisis se inicia indicando que el principio de favorabilidad, el cual consiste en que “La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicara, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.” (Ley 599, 2000, Art. 6).

En virtud de lo anterior, esta corporación asume que el principio de favorabilidad en el caso en concreto debía aplicarse, puesto que, los beneficios de la Ley 1826 de 2017 no son incompatibles con el proceso penal ordinario, y, por tanto, si la norma es posterior y brinda mejores prebendas para el procesado o condenado debe hacerse uso de esta.

De esta forma, esta corporación declara el error de interpretación que hizo el juzgado y el Tribunal y por tanto de forma oficiosa aplicó el respectivo beneficio, en el entendido de que, no había fundamento jurídico para negarlo, ya que la norma en este aspecto es clara, especialmente cuando su captura se dio en flagrancia.

En atención a lo indicado, consideramos que la posición de la Corte Suprema de Justicia, en esta oportunidad fue acertada, teniendo en cuenta que este principio no representa impunidad, pero favorece al procesado, cuando este decide allanarse a los cargos y se configuran los supuestos de la norma, como la captura en flagrancia. En esta medida la posición de esta corporación se ajusta a derecho y no rebasa la razonabilidad.

2.2 Sentencia SP 14140 de 2018

2.2.1 Identificación

Número: (Sentencia SP 14140, 2018)

Fecha: 06 de marzo de 2019

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero.

Aclaran el voto: N/A.

Salvan el voto: N/A

2.2.1.1 Vistos.

Decide esta Corporación la acción de tutela promovida por el apoderado judicial de JOHAN DANIEL PAGUATIÁN RENDÓN contra la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán y el Juzgado 2º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esa misma ciudad, por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa, igualdad y favorabilidad en materia penal.

2.2.1.2 Antecedentes Procesales.

(i) Que mediante sentencia del 17 de junio de 2015 el Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de Popayán, previa aceptación de cargos del acusado, condenó a JOHAN DANIEL PAGUATIÁN RENDÓN, a la pena de 121 meses de prisión, como autor responsable del delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, reconociendo, según el accionante, una rebaja del 9,17% de la pena y no del 12,5% como correspondía, teniendo en cuenta que el allanamiento se dio en la audiencia de formulación de acusación.

(ii) Que con fundamento en la Ley 1826 de 2017 y el principio de favorabilidad en materia penal, el accionante solicitó al Juzgado 2º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de

Popayán la rebaja de pena prevista en esa norma para los eventos en que ha mediado aceptación de cargos, la cual procede para todos los casos de flagrancia.

(iii) Que la solicitud fue negada en primera instancia por el Juzgado 2º Ejecutor, mediante auto del 23 de enero de 2018; habiendo sido recurrida, la decisión fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, con providencia del 9 de abril de 2018.

(iv) Que el argumento principal de la negativa a conceder la rebaja de pena, estriba en que los jueces de primera y segunda instancia consideraron que aquella solo procede para los delitos enlistados en el artículo 534 de la Ley 1826.

2.2.1.3 Hechos.

El procesado fue condenado por el punible de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, reconociendo, según el accionante, tan solo una rebaja del 9,17% de la pena y no del 12,5% como correspondía.

Debido a lo anterior, solicito que se aplicara el beneficio de la Ley 1826 de 2017, relativo a la rebaja de la pena hasta la mitad, lográndose una redosificación de la misma.

La solicitud presentada fue negada, tanto por el juzgado como por tribunal correspondiente, argumentándose que este beneficio solo se aplica para los delitos que son objeto del proceso penal especial abreviado.

2.2.1.4 Problema Jurídico.

¿El beneficio de reducción de la pena hasta la mitad contemplada en la Ley 1826 de 2017, solo se aplica a los delitos enlistados en esta norma jurídica?

Posición de la Corte Suprema de Justicia.

Para dar respuesta a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia en este punto se establece que para que proceda el principio de favorabilidad se deben cumplir las siguientes condiciones: “i) sucesión simultaneidad de dos o más leyes en el tiempo; ii) regulación de un mismo supuesto de hecho, pero que conlleva consecuencias jurídicas distintas; y iii) permisibilidad de una disposición frente a la otra” (Sentencia SP 14140, 2018).

Con fundamento en lo anterior y con fundamento en el problema jurídico enunciado esta corporación consideró que se realizó un análisis erróneo del artículo 16 de la Ley 1826 de 2017, afirmando que, el beneficio de la reducción de la mitad de la pena no solo aplica para los delitos que son regulados por el proceso penal especial abreviado, sino que, a su vez, se hace extensivo a todos aquellos donde los procesados sean capturados en flagrancia. En esta oportunidad hace énfasis que en el marco de la Ley 906 de 2004, la rebaja es menor cuando se da allanamiento de los cargos, por cuanto solo se concede el 12.5%, que es mucho menor a lo establecido en la Ley 1826 de 2017.

La posición que adopta esta corporación es amplia y garantista, considerándose que, a todos los delitos, sin importar su gravedad pueden hacer uso de este beneficio. Frente a ello discrepamos respetuosamente toda vez que este beneficio debería darse en favor de quienes cometen delitos querrelables que son objeto de este proceso, precisamente porque son menos lesivos, de menor impacto social y afectan en su gran mayoría el patrimonio de la víctima.

En este sentido, se considera que solamente debería aplicarse a los delitos enlistados en la Ley 1826 de 2016, porque admitir ampliar la lista haciéndolo extensivo a otros delitos que no se encuentran dispuestos en esta norma jurídica, solo porque la captura de quienes los cometieron se dio en flagrancia. En este sentido, estos deben aplicarse tan solo los beneficios propios de la Ley 906 de 2004 y no los de esta nueva norma.

A pesar de las apreciaciones anotadas y que fueron ventiladas en el trámite, se aplicó la redosificación de la pena. Esto también fue aplicado en los mismos términos en otro pronunciamiento de esta misma corte, a través de la Sentencia SP 369 de 2021.

3 El Proceso Penal Especial Abreviado en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional

3.1 Sentencia C-016 de 2018

3.1.1 Identificación

Numero: Sentencia C- 016 de 2018

Fecha: 14 de marzo de 2018

Magistrado Ponente: Diana Fajardo

RiveraAclaran el voto: N/A

Salvan el voto: N/A

3.1.1.1 Norma Demandada.

Los artículos 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41 y 42 de la Ley 1826 de 2017 “Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado”.

3.1.1.2 Problema Jurídico Enunciado por la Corte.

¿Los artículos 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41 y 42 de la Ley 1826 de 2017, vulneran el artículo 250 de la Constitución, al permitir que particulares puedan adelantar la acción penal como acusadores privados, lo que desconocería las funciones de la fiscalía general de la nación y la naturaleza pública de la acción penal?

3.1.1.3 Normas Jurídicas Relevantes para el Caso.

- Artículos 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41 y 42 de la Ley 1826 de 2017.
- Acto Legislativo 06 de 2011.
- Artículo 250 (Parágrafo 2do) de la constitución política.
- C-425 de 2008.
- C-879 de 2008.
- Ley 1153 de 2007.
- Decreto 2067 de 1991.
- Ley 906 de 2004.

3.1.1.4 Demanda.

El 30 de enero de 2017, Yonatan Ariel Burgos Rojas y Nelson Campos presentaron una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41 y 42 de la Ley 1826 de 2017.

Mediante providencia del 16 de febrero de 2017, el entonces Magistrado Sustanciador decidió admitir la demanda, debido a que los accionantes no mencionaron que el Acto Legislativo 06 de 2011, que adicionó el parágrafo 2º al artículo 250 constitucional, autorizó la asignación de la acción penal a la víctima o a autoridades administrativas distintas a la FGN, atendiendo a la naturaleza del bien jurídico o la menor lesividad de la conducta punible.

El 24 de febrero de 2017 los demandantes presentaron escrito de subsanación. Planteando un solo cargo de inconstitucionalidad, afirmando que las normas acusadas violan el artículo 250, ya que de este no es posible “deducir ni interpretar de manera directa o indirecta la posibilidad de convertir la acción penal de pública en privada y mucho menos crear las figuras privatizadoras que el cuerpo normativo elabora”:

1. Los accionantes manifiestan que para que la FGN pueda asignar a la víctima funciones de acusador privado, es necesario que la acción penal cambie de pública a privada, lo cual no está autorizado por el artículo 250, del cual se desprende el carácter irrenunciable de la acción penal por parte del Estado.

2. Citan la sentencia C-425 de 2008, manifestando que la C.C señaló que la acción penal siempre será pública, independiente de que los delitos sean o no perseguibles de oficio. Expresan que, en la modificación efectuada por el Acto Legislativo 06 de 2011, “nunca quedó consignada la privatización de la acción penal, tampoco se estableció que los poderes que la Fiscalía al ejercerle el ejercicio de la acción a la víctima pudiera convertir la acción penal de pública a privada, que es la base material para la existencia del procedimiento privado”.

3. El cuerpo normativo demandado va más allá de lo que permite el artículo 250 de la Constitución Política. Si bien el artículo 250 autoriza la asignación de la acción penal a

particulares, este no permite que dicha asignación transforme la acción penal pública en privada. Ni la constitución ni la jurisprudencia permiten fijar un procedimiento penal de carácter privado, menos aún, a través de un abogado que asuma las funciones de la Fiscalía, pues ello acarra la privatización de la acción penal.

4. Los demandantes no se refieren a la inconstitucionalidad de cada una de las normas demandadas de la Ley 1826 de 2017; en su lugar, solicitan que se declare la inexecutable del título II de la Ley 1826 de 2017, debido a que, en su criterio, de la totalidad de ese cuerpo normativo se desprende el ‘principio de la privatización de la justicia penal’, prohibido en la Constitución Política. Consideran que “eliminando por inconstitucional la posibilidad de la privatización de la justicia penal y con ello la figura de la acusación privada se debe caer el resto del edificio normativo perteneciente al título II de la ley No. 1826 del 12 de enero de 2017”.

5. Citan la sentencia C-879 de 2008, argumentando que una situación similar fue estudiada aquí, la C.C declaró inexecutable la totalidad de la Ley 1153 de 2007, y afirman que, en esta oportunidad, “el eje esencial y primario de la Ley 1153 de 2007 se repite en las normas demandadas, es decir, la privatización de la justicia penal en manos de la figura de la acusación privada y la privatización de la acción penal; que en un Estado Social de Derecho le correspondena la función pública”.

3.1.1.5 Decisión.

PRIMERO. LEVANTAR la suspensión de términos decretada dentro del presente proceso mediante el Auto 305 del 25 de junio de 2017.

SEGUNDO. Declararse INHIBIDA para pronunciarse sobre la executable de los artículos 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41 y 42 de la Ley 1826 de 2017 “Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado”.

3.1.1.6 Problema Jurídico que Realmente Resuelve la Corte (Pjr).

¿Los ciudadanos Yonatan Ariel Burgos Rojas y Nelson Campos, en ejercicio de la demanda de inconstitucionalidad, asumieron las cargas argumentativas mínimas para expresar las razones de inconstitucionalidad de manera clara, cierta, específica, pertinente y suficiente?

3.1.1.7 Ratio Decidendi (RD).

La corte constitucional antes de proceder con un análisis de fondo, se pronuncia sobre la aptitud de la demanda, llegando a la conclusión de que esta es inepta para provocar un pronunciamiento de fondo y se declara inhibida para pronunciarse de fondo, ya que, la demanda NO cumple con las cargas argumentativas mínimas exigidas para las demandas de inconstitucionalidad. La C.C. llegó a esta decisión luego de que, procediera a verificar si la demanda cumplía con los requisitos formales mínimos contenidos en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991. Dentro de estos, se encuentra que el demandante debe: “presentar las razones de la violación”. Es decir, que el ciudadano debe asumir una serie de cargas argumentativas mínimas para establecer de manera clara, cierta, específica, pertinente y suficiente cuáles son las razones de inconstitucionalidad las cuales no pueden ser establecidas por la C.C, ya que, actuaría desproporcionalmente dentro del trámite al ser juez y parte al mismo tiempo. La falta de estas cargas da lugar a que se profiera un fallo inhibitorio.

En sentencia T-1052 de 2001, la C.C ha definido cada una de las características que deben tener las razones de inconstitucionalidad, de la siguiente manera: ...“(i) claras, es decir, seguir un curso de exposición comprensible y presentar un razonamiento inteligible sobre la presunta inconformidad entre la ley y la Constitución; (ii) ciertas, lo que significa que no deben basarse en interpretaciones puramente subjetivas, caprichosas o irrazonables de los textos demandados, sino exponer un contenido normativo que razonablemente pueda atribuírseles; (iii) específicas, lo que excluye argumentos genéricos o excesivamente vagos; (iv) pertinentes, de manera que planteen un

problema de constitucionalidad y no de conveniencia o corrección de las decisiones legislativas, observadas desde parámetros diversos a los mandatos del Texto Superior; y (v) suficientes, esto es, capaces de generar una duda inicial sobre la constitucionalidad del enunciado o disposición demandada”.

Entonces, en el caso concreto, los actores de la demanda, incurren en un problema argumentativo, al momento de afirmar que el artículo 250 de la constitución establece que la acción penal corresponde únicamente al Estado, y que se encuentra exclusivamente en cabeza de la FGN. Omitiendo que ese artículo fue reformado por el Acto Legislativo 06 de 2011, el cual, agregó el párrafo 2, en donde claramente se establece la posibilidad de conversión de la acción penal pública en privada, y se ordena al legislador regular el ejercicio de esta clase especial de acción. Por tal motivo, les fue inadmitida la demanda, en respuesta a esto, los accionantes decidieron hacer mención de ese párrafo, pero aun así afirmaban que este no admitía la privatización de la acción penal, es decir, se mantuvieron en su argumento inicial (la acción penal solo puede ser ejercida por la FGN y que no puede ser conferida a particulares en ningún caso).

Al analizar la normativa, se concluye que los actores se equivocan al afirmar que la norma prohíbe de manera absoluta el ejercicio de la acción penal por particulares. Ya que, si bien es cierto que la disposición no habla de privatizar la acción penal, es un hecho que sí establece que, bajo ciertas condiciones, y manteniendo en cualquier caso la fiscalía general el poder preferente de asumir el ejercicio de la acción penal, esta puede ser ejercida por particulares y otras autoridades. Por lo cual, lo anterior serviría como sustento para desvirtuar los argumentos esenciales de la demanda. Esta situación se volvería insuperable, porque los actores de la demanda a lo largo de todos sus argumentos solo dan como única posibilidad la regla general (el Estado tiene el monopolio de la acción penal, en cabeza de la FGN), pero NO admiten la excepción establecida constitucionalmente (la conversión de la acción en privada, bajo estrictos supuestos). Al dar como válida y de carácter absoluta a la regla general y como no válida a la excepción, los actores fallan en la construcción del parámetro de control.

Por otro lado, si los actores de la demanda consideran que la excepción del párrafo 2 del artículo 250 es inconstitucional, ya su demanda no iría contra el desarrollo legal de la norma constitucional citada, sino contra la misma norma, obligando a estos actores a presentar una demanda, en la cual, deben demostrar que el congreso incurrió en un exceso de competencia al ejercer el poder de reforma (juicio de sustitución). Exigiendo unas cargas argumentativas especiales y mucho más extensas, ya que, implicaría demostrar que se produjo el cambio de uno o varios ejes definitorios de la Constitución. Además, en la demanda no se demuestra que las normas demandadas privatizan la acción penal. Ya que, los accionantes no analizaron el contenido de cada uno de los artículos demandados, sino que cuestionaron el título II de la Ley 1826 de 2017, donde se encuentra el desarrollo legislativo del párrafo 2 del artículo 250 Superior.

En cuanto a la jurisprudencia de la C.C del año 2008, con la cual decidieron sustentarse, esta fue emitida antes de la reforma causada por el acto legislativo del 2011, la cual, dio un gran giro a lo que se había establecido al establecer una excepción al monopolio de la acción penal. Por lo anterior se puede afirmar que la certeza de la demanda se ve afectada, su especificidad ha sido desvirtuada, carece de certeza, es insuficiente y no es clara.

3.1.1.8 Obiter Dicta Resaltables (Od).

N/A

3.1.1.9 Intervenciones.

Academia Colombiana de Jurisprudencia: Solicitó a la C.C que declarara la inexequibilidad de los artículos demandados. Justificándose en si se realiza una lectura de los artículos 116 y 250 constitucionales; 66 de la Ley 906 de 2004; 8 y 13 de la Ley 270 de 1996; y 1° de la Ley 938 de

2004, se concluye que la acción penal es de naturaleza pública, por lo cual, corresponde exclusivamente al Estado, quien la ejerce a través de la FGN, lo que no obsta para que en el derecho contemporáneo se formulen excepciones a ese inveterado criterio monopolístico de la acción penal, como ocurre con la aplicación del principio de oportunidad que permite la suspensión, interrupción o renuncia a la acción penal. La Ley 1826 de 2017 es aplicable a conductas que constituyen delitos, que se califiquen como de menor lesividad. Por ende, resultaría “inexplicable” que la FGN eluda su competencia y se autoexcluya de cumplir con las funciones que le asigna el artículo 250 constitucional. La ACJ clasificó que esta figura de conversión – reversión de la acción penal es muy peligrosa, que no cumple su finalidad de lograr una descongestión judicial, sino todo lo contrario y que además desconecta a la FGN de sus funciones y deberes al punto que, al convertir la acción penal pública en privada todo quedaría en manos del abogado litigante contratado por la víctima.

Ministerio de justicia: Solicitó a la C.C declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo, por ineptitud sustantiva de la demanda. a través del Acto Legislativo 01 de 2006, el constituyente derivado desconcentró el ejercicio de la acción penal, permitiendo que sea ejercida por particulares y otras autoridades, pero la FGN va a seguir manteniendo el poder preferente, por ende, las normas demandadas son acordes con el artículo 250. Por otro lado, los accionantes confunden la posibilidad excepcional de que particulares ejerzan la acción penal, con el eventual desarrollo de funciones jurisdiccionales, cosa que no prevé el Título II de la Ley 1826 de 2017.

Instituto colombiano de derecho procesal: Solicitó a la C.C que se declare inhibida para pronunciarse de fondo, porque lo que en realidad plantea la demanda es la inconformidad con el Acto Legislativo 006 de 2011 (parágrafo 2º del Art. 250 CP) y no propiamente con las normas de la Ley 1826 de 2017. En cuanto a las sentencias C-425 y C-879 de 2008, no son precedentes vinculantes, por ser decisiones previas a la modificación constitucional del Acto Legislativo. Por otro lado, la sentencia C-433 de 2013, establece que: “Ni el monopolio acusatorio ni la persecución penal exclusivamente oficial hacen parte del núcleo duro e inmodificable de la Constitución, por

lo cual el constituyente derivado y el legislador, en desarrollo de la norma constitucional, pueden disponer que las víctimas sean facultadas para ejercer la acción penal”. En conclusión, las normas demandadas no privatizan la justicia penal por el hecho de que la administración de justicia sique en cabeza de la jurisdicción penal; el ejercicio de la acción penal por el acusador privado es de naturaleza transitoria; y la Fiscalía conserva la titularidad preferente de la acción penal (por lo que podrá revertir la decisión de conversión y retomar el ejercicio de la función acusatoria).

Fiscalía General de la Nación: Solicitó a la C.C que se declare inhibida para pronunciarse de fondo, por ineptitud sustantiva de la demanda. Subsidiariamente solicitó que se declaren exequibles las normas demandadas, ya que, se ajustan a lo establecido en el artículo 250 de la Constitución Política. Afirmó que la demanda no cumple con el requisito de pertinencia, ya que, las razones de inconstitucionalidad planteadas contra las disposiciones acusadas son el resultado de una lectura errada que los accionantes realizan del artículo 250 constitucional, afirmando que este, NO autoriza la conversión de la acción penal pública a privada. Pero, ignoran que este artículo en su parágrafo 2º, consagra precisamente una excepción, la cual, conlleva a una flexibilización al monopolio de la acción penal en cabeza de la Fiscalía, permitiendo la conversión de la acción penal pública a privada. La FGN, afirma que la demanda tampoco satisface el requisito de especificidad, ya que, presenta razones vagas e indeterminadas al equiparar la “conversión de la acción pública en privada”, que es lo que autoriza la Constitución y regulan las normas censuradas, con la expresión “privatización de la justicia penal. Siendo que esas normas demandadas permiten que la víctima se erija en acusador y nunca en juez y en ningún sentido modifican las competencias de administración de justicia o la naturaleza pública del proceso penal acusatoria.

Procurador general de la nación: Le solicitó a la C.C que se declare inhibida para fallar de fondo, porque la demanda no satisface los requisitos de claridad, especificidad, pertinencia y suficiencia. De manera subsidiaria, solicitó que se declare la exequibilidad de los artículos demandados. Carece de claridad, porque no hay orden lógico en la argumentación que permita

comprender el sentido de la demanda y su sustentación, ya que, los demandantes ignoraron que el parágrafo 2° del artículo 250 reconoce al Legislador la potestad para asignar el ejercicio de la acción penal a la víctima o a autoridades diferentes a la FGN. No cumple con el requisito de especificidad, porque si la constitución habilita a los particulares para que ejerzan la acción penal, la demanda no definiría claramente de qué manera las normas acusadas vulneran mandatos superiores. Carece de pertinencia, porque los demandantes fundamentan su acusación en la sentencia C-425 de 2008, la cual es anterior a la entrada en vigencia del Acto legislativo 06 de 2011. Y, carece de suficiencia, en el entendido de que los argumentos de la demanda no generan una duda mínima y razonable sobre la constitucionalidad de los artículos acusados.

3.1.1.10 Aclaraciones de Voto (AV).

N/A

3.1.1.11 Salvamentos de Voto (SV).

N/A

3.2 Sentencia C-255 de 2019

3.2.1 Identificación

Numero: Sentencia C-225/19

Fecha: 23 de mayo de 2019

Magistrado ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo

Aclaran el voto: N/A

Salvan el voto: Carlos Bernal Pulido

3.2.1.1 Norma Demandada.

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 40 y 44 (parcial) de la Ley 1826 de 2017 “por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado.”

3.2.1.2 Problema Jurídico Enunciado por la Corte.

¿Las expresiones acusadas del artículo 44 de la Ley 1826 de 2017, al establecer que “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”, desconoce el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política?

3.2.1.3 Normas Jurídicas Relevantes para el Caso.

- Artículo 40 y 44 de la Ley 1826 de 2017.
- Artículos 29 de la Constitución Política.
- Ley *1773 de 2016*.
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia SP1763-2018
- Ley 906 de 2004

3.2.1.4 Demanda.

Los demandantes afirman que los artículos 40 y 44 (parcial) de la Ley 1826 de 2017 transgreden el artículo 29 de la Constitución. Ya que, en un proceso penal la defensa puede solicitar la preclusión de delitos querellables en aplicación del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 por dos causales: (i) imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, e (ii) inexistencia del hecho investigado. Con la Ley 1826 de 2017, artículo 40, se adiciona la causal consistente en la “atribución de una conducta que no esté tipificada en la ley penal”. El artículo establece que dicha disposición solo aplicaría (i) a los delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley; y (ii) a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia respecto de los que no se hubiere realizado formulación de imputación. Consideran que con la nueva ley se restringió la posibilidad de solicitar la aplicación de una norma más favorable a los procesos que están en curso, en contradicción con el artículo 29 de la Constitución Política, según el cual “en materia penal, la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Ellos argumentan que la favorabilidad se aplica respecto de normas sustanciales como de normas procesales, según lo ha reconocido la jurisprudencia de la CSJ y de la C.C. En la sentencia de 14 de marzo de 1961 de la CSJ se precisó que “ni el texto constitucional, ni los textos legales citados, que en una forma categórica consagran y reiteran el canon de la retroactividad de la ley permisiva o favorable en materia penal, y, por lo tanto, y a contrario sensu, el canon de la no retroactividad de la ley restrictiva o favorable no hace distinción entre las leyes sustantivas o adjetivas ni procesales”. Esta postura fue reiterada en sentencia del 15 de marzo de 1961, en la cual se explicó que “las leyes de procedimiento no solo están destinadas a fijar competencias y disponer ritualidades adjetivas de los juicios criminales (...) todas ellas tan fundamentales, que de un procedimiento a otro pueden de modo esencial afectarse los derechos del sujeto pasivo de la acción penal”.

Además, la Constitución del 91 consagró la favorabilidad en el artículo 29, la C.C ha dicho que el principio de favorabilidad se aplica respecto de toda norma de tipo penal sin que pueda

hacerse ninguna diferencia entre normas sustantivas y normas sustanciales. En la sentencia C-200 de 2002, la C.C indicó que este principio rige toda aplicación de la normatividad penal sin que pueda hacerse ninguna diferencia entre normas sustantivas y normas procesales que beneficien al procesado por expresa disposición constitucional (art. 29 CP).

En sentencia C-252 de 2001, la C.C estableció que las normas procesales penales desfavorables posteriores no pueden aplicarse retroactivamente “a los procesos que están en curso”. Las nuevas normas penales, aun en el caso de procesos en curso, deben aplicarse en virtud del principio de favorabilidad. En sentencia T-272 de 2005 se determinó que: “si bien el artículo 6° de la Ley 600 de 2000, vigente para el momento de la interposición de la demanda de casación, establece que “la ley procesal tiene efecto general e inmediato”, tal carácter de aplicación general inmediata debe interpretarse en concordancia con el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29, con lo que la ley procesal penal favorable anterior debe preferirse por mandato constitucional, a la posterior restrictiva.”

Los accionantes señalaron que el principio de favorabilidad aplica en caso de tránsito de leyes y también ante la coexistencia de regímenes “cuando las instituciones procesales a comparar sean idénticas”. En Sentencia C-592 de 2005 en la cual se estudiaron las normas de vigencia del CPP y señalaron que “no cabe duda alguna sobre la aplicabilidad del principio de favorabilidad y que prueba de ello es la aplicación que del referido principio ha hecho ya la sala de casación penal”. Afirmaron que esta línea jurisprudencial es reiterada en la Sentencia C-708 de 2005 y en la T-091 de 2006. Sin embargo, los demandantes precisaron que en ambos pronunciamientos se condicionó la aplicación del principio de favorabilidad a que las nuevas normas “no se refieran a instituciones propias del nuevo modelo procesal y que los referentes de hecho en los dos procedimientos sean idénticos”.

Por otro lado, los demandantes afirman que este principio permite aplicar retroactivamente las normas más favorables de la Ley 1826 de 2017, aun cuando “a la entrada en vigencia de esa ley, ya se había formulado imputación”. En providencia de la CSJ (SP1763-2018), se casó una sentencia condenatoria, en esta oportunidad “la sala aplicó, de manera retroactiva y por el principio

de favorabilidad, el artículo 539 de la Ley 906 de 2004, adicionado por la Ley 1826 de 2017, que establece un beneficio punitivo de hasta la mitad de la pena por la aceptación de cargos en cualquier momento previo a la audiencia concentrada”. En contradicción con todo lo anterior, debido a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 1826 de 2017, “en los procesos en curso, respecto de los cuales ya se haya realizado la formulación de imputación, no es posible solicitar la preclusión por atipicidad absoluta”.

3.2.1.5 Decisión.

PRIMERO. Declararse INHIBIDA para pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad del artículo 40 de la Ley 1826 de 2017 “por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado.”

SEGUNDO. Declarar la EXEQUIBILIDAD de la expresión “y se aplicará a los delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia”, contenida en el inciso primero del artículo 44 de la Ley 1826 de 2017, y la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA de la expresión “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”, contenida en el inciso segundo del artículo 44 de la Ley 1826 de 2017, en el entendido de que no excluye la aplicación del principio de favorabilidad contenido en el artículo 29 de la Constitución Política.

3.2.1.6 Problema Jurídico que Realmente Resuelve la Corte (Pjr).

¿Los ciudadanos Mauricio Pava Lugo y Guillermo Otálora Lozan, en ejercicio de la demanda de inconstitucionalidad, expresaron las razones de inconstitucionalidad de manera clara, cierta, específica, pertinente y suficiente para siquiera configurar un cargo de inconstitucionalidad frente

al artículo 40 de la ley 1826 de 2017 por supuestamente violar el artículo 29 de la constitución política?

¿Las expresiones acusadas del artículo 44 de la Ley 1826 de 2017, al establecer que “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”, desconoce el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política?

3.2.1.7 Ratio Decidendi (RD).

La C.C decidió analizar si iba a emitir un fallo inhibitorio, por lo cual, decidió revisar la aptitud de la demanda, es decir, los requisitos establecidos en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991. Para así determinar si las razones, motivos o concepto de la violación expuesto se formulaba al menos un cargo de inconstitucionalidad. Para verificar si las razones invocadas cumplan con los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia.

La C.C se declaró inhibida con respecto al artículo 40 , ya que, NO se presenta ningún reproche de inconstitucionalidad de forma directa y expresa, sino todo lo contrario, los demandantes se encuentran de acuerdo con su contenido (la nueva causal de preclusión por atipicidad absoluta), si bien ellos explicaron las causales en que la defensa puede solicitar la preclusión en delitos querellables y la que adiciona el artículo 40, en ningún momento exponen una objeción constitucional frente a esta norma, sino que realizan una interpretación sistemática remitiéndose al artículo 44 de la misma ley, sin formular cargo alguno de inconstitucionalidad contra la totalidad del artículo 40. Y, a pesar de que al final de la demanda solicitan que éste y el artículo 44 sean declarados inexecutable, no presentan argumentos que fundamenten tal solicitud y o de por qué el artículo 44 es contrario a la constitución. Es decir, No cumplieron la obligación de exponer de

manera clara, cierta, específica, pertinente y suficiente, cómo las normas demandadas vulneran la constitución.

Además, la C.C consideró que no era necesario que integraran el artículo 40 con el 44, a efectos de tener una proposición jurídica completa, ya que ambos artículos contienen un enunciado normativo autónomo e independiente, separables entre sí, por lo cual no existe una proposición jurídica incompleta. En este sentido, el artículo 40 regula la causal de preclusión por atipicidad absoluta, mientras que el artículo 44 determina la vigencia en el tiempo de la totalidad de la Ley 1826 de 2017. En caso de aceptarse la pretensión de la demanda deberían integrarse al artículo 44 todos los artículos de la ley. Respecto los apartes demandados del artículo 44, la C.C determinó que el cargo de inconstitucionalidad por vulneración del principio de favorabilidad en materia penal contenido en el artículo 29 formulado por los accionantes son claros, ciertos, precisos, pertinentes y suficientes.

La C.C realizó un análisis sobre jurisprudencia que desarrollara el principio de favorabilidad en materia penal, el artículo 85 de la constitución política, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, artículos 6 de la ley 599 de 2000 y 6° de la ley 906 de 2004, determinando que, el legislador, en ejercicio de su potestad de regular los mecanismos para el ejercicio del *ius puniendi* y dentro del amplio margen de configuración que le asiste para determinar la política criminal que considere más conveniente, puede establecer un régimen penal más o menos restrictivo, permitiendo que las personas procesadas penalmente tengan el derecho a la aplicación de las disposiciones que menos afecten o restrinjan sus derechos fundamentales.

Por otro lado, la jurisprudencia de la C.C ha expuesto que para la aplicación de esta garantía en materia penal no existe distinción entre normas sustantivas y procesales, en razón a que el texto constitucional no establece tal diferenciación. La aplicación del principio de favorabilidad es tarea que compete al juez de conocimiento en cada caso concreto, solo a él corresponde determinar la norma que más beneficia o favorece al procesado, por ende, la decisión no va a ser siempre en

favor de quien lo invoca. Por lo cual, este principio no es predicable frente a normas generales, impersonales y abstractas.

La C.C reiteró que el principio de favorabilidad conserva plena efectividad frente a normas que regulan la vigencia de una ley, la compatibilidad de normas que establecen la vigencia de un nuevo estatuto o de una nueva regulación penal con el principio de favorabilidad en desarrollo no solo de la cláusula general de competencia asignada por el constituyente al legislador de “hacer las leyes”, sino igualmente en virtud de la amplia libertad de configuración normativa en la materia a él reconocida, de manera que la determinación de la fecha en que debe entrar en vigencia una ley penal, es un asunto que compete al legislativo. El legislador, al señalar la vigencia hacia el futuro de una normatividad de contenido penal procesal o sustantivo, no obstaculiza ni restringe la aplicación inmediata del principio de favorabilidad, que debe ser objeto de examen y aplicación por parte del juez a quien le ha sido asignada la competencia para resolver el proceso penal respectivo.

En cuanto a la expresión demandada contenida en el inciso primero del artículo 44 “y se aplicará a los delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia”, la C.C determinó que es constitucional y no afecta el principio de favorabilidad, ya que la aplicación de la norma frente a delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia no impide la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal. Si este aparte es declarado inexecutable se desconocería el principio de irretroactividad de la ley penal y de legalidad y no habría certeza sobre la vigencia de lo dispuesto por la Ley 1826 de 2017; tampoco se evidenció que existan argumentos que puedan demostrar que el Congreso excedió su amplia libertad de configuración para determinar los procedimientos y la vigencia de las leyes, así como para definir los efectos del tránsito de legislación procesal penal; tampoco se entiende el por qué esta expresión sería violatoria del artículo 29 de la Constitución.

La favorabilidad en materia penal se parte de la base de que la ley vigente a la comisión del delito es la que rige toda la actuación. No obstante, si una ley posterior modifica favorablemente

el tratamiento del delito, se aplica retroactivamente, de manera que constituye excepción al principio general de aplicación de las leyes hacia el futuro que la C.C ha establecido que es procedente la aplicación de la norma más favorable, de manera que la ley en materia penal, aunque se trate de norma procesal que tengan efectos sustanciales, debe interpretarse en concordancia con el principio de favorabilidad (art 29).

Con respecto a la expresión del inciso 2 del artículo 44 de la Ley 1826 "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".

La aplicación de la Ley 1826 a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor sólo en los casos en que no se haya formulado imputación, resulta contrario al principio de favorabilidad, en virtud del cual se debe dar aplicación a las normas sustanciales y procesales con efectos sustantivos, como la causal de preclusión por atipicidad absoluta consagrada en el artículo 40 de la misma normativa, si estas resultan ser más favorables. En aquellos en los que se hubiere surtido la formulación de imputación, si el proceso abreviado resulta más favorable al reo, no habría razón constitucional alguna que impida solicitar la preclusión por atipicidad absoluta que consagra el artículo 40, en aplicación del principio de favorabilidad, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 44 de dicha normativa.

La limitación que establece la expresión demandada del inciso segundo del artículo 44, puede llegar a restringir el principio de favorabilidad si se entiende, como entienden los demandantes y los intervinientes que solicitan la exequibilidad condicionada o la inexecuibilidad de esta disposición, que en los procesos en los que se hubiere formulado imputación bajo la Ley 906 de 2004 no se podría aplicar la causal de preclusión por atipicidad absoluta consagrada en el artículo 40 de la Ley 1826, la cual podría ser más favorable para la defensa que la "Atipicidad del hecho investigado" consagrada en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004. Lo anterior, en tanto la norma de la ley 1826 amplía las facultades para solicitar la preclusión, entre otras normas sustanciales y/o procesales con efectos sustantivos que sean más favorables. De manera que el artículo 44 al establecer, en principio, la exclusión del proceso abreviado previsto en la ley 1826 a los delitos

cometidos con anterioridad a la vigencia de dicha ley en los que se hubiere formulado imputación bajo la Ley 906 de 2004, afectaría el principio de favorabilidad.

Según esta interpretación, se restringiría el principio de favorabilidad contenido en el artículo 29, si no pueden ser aplicadas las disposiciones sustanciales o procesales que garantizan derechos fundamentales contenidos en la Ley 1826 aunque sean normas de un régimen posterior pero que resulten más favorables y se trate de figuras jurídicas o instituciones comparables y equiparables.

La C.C determinó que del contenido normativo de la expresión demandada se derivan dos posibles interpretaciones: La primera, según la cual esta norma no afectaría el principio de favorabilidad, ya que el mandato constitucional del debido es que este principio subyace como presupuesto normativo *sine qua non* a la ley penal, sin que sea necesario que el legislador lo consagre en una norma general y abstracta de orden legal pues ya tiene un estatus de imperativo constitucional y se aplicaría en cada caso en concreto por el operador jurídico. La segunda, la norma proscribía la aplicación de las normas sustanciales y procesales de la Ley 1826 de 2017 que tienen relación con la garantía de derechos fundamentales, cuando estas resultan más favorables, tal como la causal de preclusión por atipicidad absoluta contenida en el artículo 40 de la misma normativa.

Por ende, al haber dos interpretaciones posibles, pero, una de ellas es inconstitucional en razón que excluye la aplicación del principio de favorabilidad en aquellos procesos en los que se ha surtido la formulación de imputación bajo la Ley 906 de 2004. La Corte decidió excluir del ordenamiento jurídico la interpretación inconstitucional, porque excluye la aplicación del principio de favorabilidad respecto de la Ley 1826 de 2017, por ello, declaró la exequibilidad condicionada del inciso segundo del artículo 44, entiendo que esta disposición no excluye la aplicación del principio de favorabilidad.

3.2.1.8 *Obiter Dicta Resaltables (OD)*.

N/A

3.2.1.9 Intervenciones.

Fiscalía General de la Nación: Solicitó a la C.C que se declara inhibida y, en caso de que decida emitir un pronunciamiento de fondo, declare la exequibilidad de las normas demandadas. Con respecto a la primera pretensión indicó que los argumentos de la acción de inconstitucionalidad carecen de claridad, certeza y pertinencia. Argumenta que la demanda se sustentó en diferentes razones contradictorias y erradas. Por un lado, que la disposición demandada prohíbe aplicar la Ley 1826 de 2017 a procesos en curso “en los que no haya habido imputación”. Pero, la fiscalía argumente que, la Ley 1826 de 2017 establece expresamente que “Esta regulación sí se aplica a procesos en curso) frente a las que no se ha formulado imputación para el momento de entrada en vigencia de esta ley”.

La demanda incurre en contradicción al señalar que “la disposición demandada prohíbe aplicar la Ley 1826 de 2017 a procesos en curso en general” y, por otro, que “la disposición demandada sí se aplica a procesos en curso en los que no haya habido imputación”. Los demandantes pasan a señalar que “en efecto, la disposición no se aplica a ningún proceso en curso y, por el otro, y de nuevo de manera contradictoria, que sí se aplica a procesos en curso (o, mejor dicho, a investigaciones) frente a los que no se hayan imputado cargos para el momento de entrada en vigencia de la Ley 1826 de 2017”.

El artículo 44 demandado sí restringe su alcance, pero sólo respecto de aquellos delitos cometidos antes de su entrada en vigor en los que se hubiere realizado imputación antes de la vigencia de la nueva ley. En aplicación del principio de favorabilidad, sin necesidad de que la norma sea declarada inexecutable, resulta posible su aplicación inclusive en este tipo de casos.

Falta el requisito de pertinencia, ya que en la demanda no se sustentan las razones por las cuales la disposición demandada contradice el artículo 29 superior. La FGN, afirmó que la C.C

había precisado que “La consagración de la irretroactividad y del efecto general inmediato, como regla general, no impide que en casos concretos el operador jurídico (i) dé aplicación retroactiva o ultra-activa a normas distintas a las contenidas en esa regulación que, por significar un tránsito legislativo, podrían resultar más favorables o (ii) aplique normas coexistentes a una legislación concreta que también resulten más permisivas al reo”.

Adicionalmente, argumentó que el principio de favorabilidad se aplica tanto a normas procesales como sustantivas. Específicamente, según el bloque de constitucionalidad, este principio se aplica en aquellos eventos en los que “Con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve”. Además, que en sentencia C-592 de 2005, la C.C estableció que este principio “tiene carácter imperativo y no puede desconocerse bajo ninguna circunstancia”.

La Fiscalía insiste en que la aplicación de la favorabilidad en el ámbito penal alude a casos concretos en los que puede presentarse el tránsito de leyes en el tiempo o la coexistencia de legislaciones. Si en procesos o investigaciones que se tramiten bajo la Ley 906 de 2004, resulte más favorable para el procesado la Ley 1826 de 2017, el funcionario judicial “no tendría impedimento alguno en aplicar el principio de favorabilidad” (Sala de CP de la CSJ - Sentencia del 23 de mayo de 2018 -SP 1763-2018, Radicado. 51989).

La Ley 1826 de 2017, hace parte del Código de Procedimiento Penal y, por ende, los principios rectores de este cuerpo normativo, entre estos la favorabilidad, se aplican a aquella ley. Del artículo 6º del Código, se concluyen que la favorabilidad aplica a todo este cuerpo normativo con inclusión de las normas adicionadas por la Ley 1826 de 2017.

El principio de favorabilidad exige el que “exista una sucesión de normas en el tiempo o tránsito legislativo, la regulación de un mismo supuesto de hecho que conlleve consecuencias jurídicas distintas y la permisibilidad de una disposición frente a otra”. Criterios de especial cuidado si se tiene en cuenta que la Ley 1826 de 2017 “más allá de dejar sin efecto disposiciones anteriores, lo que hizo fue crear nuevas vías procesales frente a delitos concretos que, antes de su expedición, se regulaban por un procedimiento penal ordinario”. Indicó que la ley nueva introdujo

un procedimiento especial abreviado. Puntualmente, los delitos a los que se aplica este procedimiento se encuentran tipificados en el artículo 534 de la Ley 906 de 2004. Por otra parte, la acción penal privada resulta procedente por los mismos delitos, según el artículo 550 de la Ley 906 de 2004.

la Ley 1826 de 2017 se aplica a delitos cometidos antes de su entrada en vigencia respecto de los que no se hubiere formulado imputación. Si bien la regla general para delitos cometidos antes de la vigencia de dicha ley en los que se hubiere formulado imputación es la aplicación de la Ley 906 de 2004, en virtud del principio de favorabilidad, resulta posible la aplicación de la Ley 1826 de 2017 cuando así resulte procedente en cada caso concreto.

Academia Colombiana de Jurisprudencia: Solicitó a la C.C declarar la inexecutable de los artículos 40 y 44 (parcial) de la Ley 1826 de 2017, debido a que contienen indebidas restricciones que conducen a su “ilegitimidad” y contradicen los derechos fundamentales del sujeto pasivo de la acción penal, tal y como sucede “cuando el legislador prohíbe aplicar la retroactividad de la ley penal permisiva o favorable o la no retroactividad de la ley desfavorable”.

Concepto del procurador general de la nación: Solicitó a la C.C declararse inhibida para emitir pronunciamiento de fondo. Manifestó que el debate constitucional se concentró en el artículo 44 de la Ley 1826 de 2017 “vista a partir de la aplicación del principio de favorabilidad ante el mecanismo procesal de preclusión por atipicidad absoluta (artículo 40 *Ibidem*) sin plantear la existencia de una única proposición jurídica conformada por los dos artículos precitados”. Por lo cual, afirmó que “el abordaje del problema suscitado no se sostendría en el último supuesto (una sola proposición jurídica), entre otras razones, debido a que en tal caso las dos disposiciones seguirían una misma vía, siendo contradictorio concluir de la argumentación de los demandantes que, para atender el principio de favorabilidad (artículo 29 Constitucional), la figura de preclusión por atipicidad absoluta debería salir del mundo jurídico”.

“En el caso resulta evidente que los contenidos jurídicos incorporados en los artículos 40 y 44 de la Ley 1826 de 2017 son autónomos y separables, no existe una proposición jurídica incompleta, y que la alusión normativa conjunta se efectuó en aras de fortalecer la tesis jurídica expuesta”. En concordancia, solicita a la Corte declararse inhibida respecto a la demanda presentada contra el artículo 40 de la Ley 1826 de 2017, en consideración a que “los argumentos de los accionantes nose encaminan a discutir la constitucionalidad de esta disposición”.

Con respecto al artículo 44, la C.C se debe declarar inhibida debido a la ineptitud sustantiva de la demanda, ya que, se formula a partir de supuestos que no se desprenden ni del texto de la norma demandada ni del alcance que pueda dársele.

3.2.1.10 Aclaraciones de Voto (AV).

N/A

3.2.1.11 Salvamentos de Voto (SV).

El Mag. Carlos Bernal Pulido, manifestó apartarse parcialmente de la decisión tomada por la C.C, ya que, él manifiesta que esta no solo debió emitir un fallo inhibitorio con respecto a una manifestación de fondo sobre el artículo 40 de la Ley 1826 de 2017, sino que también lo debió hacer sobre el artículo 44 de la misma norma porque incumplía con algunos requisitos de la carga argumentativa que deben tener las demandas de inconstitucionalidad (en este caso, se implementa la certeza y la pertinencia) por el hecho de que, los actores al presentar sus argumentos sobre las supuestas consecuencias, efectos y aplicación de los jueces del artículo 44, estarían presentando una postura interpretativa personal y contraevidente de este artículo. También argumenta que, en la demanda no hay ninguna clase de debate de constitucionalidad por abordar, porque los mismos accionantes reconocen que la CSJ está aplicando el mismo criterio, tras la entrada en vigencia de

la Ley 1826 de 2017, siempre que las circunstancias de cada caso concreto lo permitan y se trate de instituciones compatibles, aún en procesos en los que ya se haya efectuado audiencia de formulación de imputación.

3.3 Sentencia C-523 de 2019

3.3.1 Identificación

Numero: Sentencia C-523/19

Fecha: 5 de noviembre de 2019

Magistrado ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo

Aclaran el voto: N/A

Salvan el voto: N/A

3.3.1.1 Norma Demandada.

Artículo 27 de la Ley 1826 de 2017, por considerar que vulnera los artículos 116, 228, 250, 251 y 252 de la Constitución Política y el artículo 12 de la Ley 270 de 1996 (Ley estatutaria de la Administración de Justicia).

3.3.1.2 Problema Jurídico Enunciado por la Corte.

¿El artículo 27 de la Ley 1826 de 2017, vulnera los postulados superiores que consagran la naturaleza pública de la función de administrar justicia, ejercida como regla general por autoridades públicas, en este caso por la FGN?

3.3.1.3 Normas Jurídicas Relevantes para el Caso.

- Artículo 27 de la Ley 1826 de 2017.
- Artículos 116, 228, 250, 251 y 252 de la Constitución Política.
- Artículo 12 de la Ley 270 de 1996.
- Parágrafo 2do del artículo 250 de la constitución política.
- Ley 906 de 2004.
- Sentencia C-050 de 2015
- Artículo 2º del Decreto 2067 de 1991
- Artículo 6 del Decreto Ley 2067 de 1991

3.3.1.4 Demanda.

La ciudadana Yucera Yohana Ditta Peinado presentó demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 27 de la Ley 1826 de 2017, porque considera que este viola de forma directa los artículos 116, 228, 250, 251 y 252 de la Constitución Política e indirectamente el artículo 12 de la Ley 270 de 1996, afirmando que estos artículos son desconocidos en cuanto hacen referencia a las autoridades públicas que conforman la Rama Judicial del Poder Público. Además, la demandante señala que la función judicial es de naturaleza pública y que las disposiciones mencionadas indican que la función de investigación de los hechos punibles le corresponde de manera privativa a la FGN y que, ni en los estados de excepción, el Gobierno podrá suprimir o modificar las autoridades responsables ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento.

La demandante sustenta su postura citando apartes de jurisprudencia de la C.C. e indica que, conforme a los antecedentes legislativos, es claro que la modificación legislativa se justifica porque le permite a un particular investigar un delito, en aquellos casos donde la propia organización estatal no tiene una respuesta rápida y efectiva. Sostiene que el legislador se excedió al ignorar las prescripciones constitucionales antes anotadas, ya que *“autoriza y faculta a un particular que no se encuentra investido de autoridad ni ejerce una función permanente y gratuita para que haga o despliegue actividades de investigación (...) Ahora bien, si la norma tiene un fin plausible como es la descongestión del aparato judicial en nuestro país, ello no significa que ante la ineficacia de las autoridades encargadas de la persecución de los delitos pueda trasladar la función investigativa a un particular.”*

3.3.1.5 Decisión.

PRIMERO. LEVANTAR la suspensión de términos decretada dentro del presente proceso mediante el Auto 305 del 25 de junio de 2017.

SEGUNDO. INHIBIRSE de emitir un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad del artículo 27 de la Ley 1826 de 2017, por ineptitud sustantiva de la demanda.

3.3.1.6 Problema Jurídico que Realmente Resuelve la Corte (Pjr.).

¿La ciudadana Yucera Yohana Ditta Peinado, en ejercicio de la demanda de inconstitucionalidad, expresó las razones de inconstitucionalidad de manera clara, cierta, específica, pertinente y suficiente para siquiera configurar un cargo de inconstitucionalidad?

3.3.1.7 Ratio Decidendi (RD).

La C.C hace un recuento de los requisitos para que este tribunal pueda emitir pronunciamientos de fondo sobre la declaratoria de inexecutable de leyes o decretos leyes, por ello, se remite al artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, en donde están estos requisitos formales de las demandas de inconstitucionalidad. Hace especial énfasis en el último requisito, es decir, “debe exponer las razones o motivos por los cuales la norma acusada viola la Constitución, lo que se traduce, a su vez, en la formulación de por lo menos un cargo de inconstitucionalidad”, recordando que para que una demanda logre configurar un verdadero cargo de inconstitucionalidad, su carga argumentativa debe contener los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, para así, tener razones que en verdad fundamentan el cargo de inconstitucionalidad. La corte, cita jurisprudencia para poder explicar cada uno de estos requisitos y luego procede a revisar el caso en concreto para ver si se cumplen estos y así quedar habilitada para emitir un pronunciamiento de mérito. Por lo anterior, la C.C determinó que en el presente caso no se logra configurar un verdadero cargo de inconstitucionalidad, debido a que, la argumentación presenta deficiencias en su exposición y estructuración. Por lo cual, no puede emitir un pronunciamiento de fondo. La anterior determinación se establece por:

La actora, demanda el artículo 27 de la Ley 1826 de 2017, al considerar que éste viola los artículos 116, 228, 250, 251 y 252 constitucionales, argumentando que el acusador privado queda facultado para ejercer la función de administrar justicia, cuando investiga y acusa. Y que esas funciones son exclusivamente de naturaleza pública y por regla general, sólo las pueden desplegar las autoridades públicas (en este caso la FGN), con las excepciones que establece el artículo 116 (jurados en las causas criminales, conciliadores o árbitros). Pero, en el contenido de la demanda no se puede apreciar que esta explique con claridad porqué el artículo 27 desconoce los artículos de la constitución e indirectamente el artículo 12 de la Ley 270 de 1996. Tampoco fundamenta en forma coherente porqué entiende suprimidas o privatizadas tales funciones desconociendo la Constitución. Desconociendo que el parágrafo 2 del artículo 250 prevé expresamente la posibilidad de la figura jurídica del acusador de manera excepcional.

Los razonamientos de inconstitucionalidad de la demanda parten de una proposición que no es jurídica, real ni existente, pues la acusación se predica de una lectura subjetiva del contenido del artículo 27, cuando la demandante hace referencia al alcance normativo de la figura del “acusador privado” y de la “acción penal privada”, conceptos jurídicos que por estar sustentados en un mandato constitucional no pueden contradecir la disposición superior que les otorga fundamento ni tienen los efectos que la demandante considera contrarios a la Constitución Política. La demanda hace mención del párrafo 2º del artículo 250, pero a pesar de ello, su argumentación central se basa en que la acción penal sólo puede ser ejercida por la FGN y que no puede ser conferida a particulares. Lo cual, carece de certeza, precisamente porque este ya que el párrafo prevé expresamente que, por ciertas consideraciones, el Legislador puede asignarle la acción penal “a la víctima o a otras autoridades distintas a la FGN. Por lo cual se infiere que no hay certeza en la demanda.

En la demanda se plantea un problema que no es de orden constitucional, debido a que, la norma demandada es un desarrollo del mandato superior que prevé la posibilidad de asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación en casos excepcionales y, por tanto la demanda no alcanza a demostrar el presunto desconocimiento del monopolio del *ius puniendi* que corresponde al Estado, que es de naturaleza pública y no logra demostrar la presunta privatización de la justicia penal. Por lo cual, carece de especificidad y pertinencia.

De una manera clara, se concluye que, el principal problema de la demanda es que desconoce el contenido normativo del artículo 250 de la constitución, tornándose en un yerro insuperable, ya que los argumentos se basaron en que el monopolio estatal de la acción penal es una regla absoluta, ignorando de manera evidente la excepción establecida expresamente por el constituyente. La demanda carece de especificidad y pertinencia, ya que, no demuestra que la norma demandada private la acción penal, eliminando la competencia general preferente de la FGN. Carece de un razonamiento detallado acerca de la violación o de la incompatibilidad de la norma inferior demandada con los artículos constitucionales que se alegan violados, especialmente con el artículo 250 constitucional. Además, los argumentos no alcanzan a generar una duda mínima sobre la

constitucionalidad de la norma acusada o una duda sobre la validez de la disposición. Por lo cual se descarta la eficiencia de esta.

3.3.1.8 Obiter Dicta Resaltables (OD).

N/A.

3.3.1.9 Intervenciones.

Ministerio de justicia: Solicitó a la C.C que declarara exequible la norma demandada, ya que, existe una diferencia entre el ejercicio de la acción penal y la facultad de administrar justicia, en el entendido de que, quien ejerce el derecho de acción sólo pone en movimiento el aparato estatal buscando que un juez o alguna persona investida de facultades jurisdiccionales, decida sobre su proceso, sin que exista una expresa prohibición constitucional respecto de la desconcentración o desmonopolización del ejercicio de la acción, el Acto Legislativo 06 de 2011 al reformar el artículo 250 de la Constitución, habilitó para el ejercicio de la acción penal a la víctima o a las autoridades administrativas. Por tanto, la facultad de administrar justicia en los términos del artículo 116 constitucional no se vulnera por el artículo demandado. El constituyente derivado desconcentró el ejercicio de la acción penal hacia las víctimas y otras autoridades, manteniendo en la FGN un poder preferente para actuar cuando lo considere necesario. Sin que se entienda que se le asigna la posibilidad de ejercer la acción penal a cualquier particular y en relación con cualquier tipo de conducta penal, sino a la víctima del delito, en relación con las conductas que el legislador establezca “atendiendo a la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible.”

Fiscalía General de la Nación: Solicitó a la C.C que se declare inhabida para pronunciarse de fondo sobre la demanda por ineptitud sustantiva de esta y en caso de que decida pronunciarse de fondo, que declare exequibles las normas acusadas, ya que, a su juicio se encuentran ajustadas al párrafo 2 del artículo 250, en el entendido de que las expresiones de “acusador privado”, “acción penal privada” o “conversión de la acción penal de pública a privada” no están implementando mecanismos de privatización de la justicia, sino que se usaron para establecer cómo las víctimas harían las veces de acusadores en determinadas causas y se les facultaría para el ejercicio de la acción penal. Sin que lo anterior signifique la existencia de una sustitución de las funciones de administración de justicia que se encuentra en cabeza de los jueces de control de garantías y de conocimiento. La Fiscalía puede reasumir el ejercicio de la acción penal cuando lo considere pertinente.

Universidad del Rosario: Le solicitó a la C.C declararse inhabida por ineptitud de la demanda o subsidiariamente decrete exequible el artículo demandado. Ya que, la norma no fue transcrita y entendida en su totalidad por la demandante, incurriendo en error en la interpretación y alcance de la misma. En la demanda no se reconoce la diferencia entre la figura del acusador privado, la función del fiscal al momento de ejercer la reconvención penal y las atribuciones del legislador al momento de legislar.

Universidad Industrial de Santander: Le solicitó a la C.C declararse inhabida para tomar una decisión de fondo sobre la constitucionalidad de la norma demandada, hasta tanto no se solucione la contradicción de los preceptos constitucionales de igual rango (párrafo 2° del artículo 250, artículos 116 y 250 de la Constitución), de no declararse inhabida, estaría dando prevalencia a un precepto constitucional sobre otro.

Universidad el Bosque: Le solicitó a la C.C declarar exequible la norma demandada salvo la habilitación para los estudiantes de los consultorios jurídicos que piden se declare inexecutable, ya que, la función del acusador privado no puede ser ejercida por los estudiantes de los consultorios jurídicos pues los estudiantes, aunque tengan el acompañamiento de un profesor, ni el estudiante ni el consultorio jurídico cuenta con la capacidad económica y técnica para adelantar la indagación preliminar y ejercer plenamente la función de investigación. Situación que generaría una violación al derecho a la igualdad de las víctimas.

Concepto del Procurador General de la Nación: Le solicitó a la C.C declararse inhibida para fallar de fondo sobre la demanda instaurada contra el artículo 27 de la Ley 1826 de 2017, y, subsidiariamente, estarse a lo resuelto en la sentencia que decidió la demanda radicada bajo el expediente D-11945, en el que solicitó declarar exequible el artículo 27, ya que, la demanda no es clara en definir de qué manera la norma vulnera la constitución y no tiene en cuenta el parágrafo 2 del artículo 250, el cual, permite asignar el ejercicio de la acción penal a personas diferentes al fiscal. Es decir, hay una falta de especificidad y suficiencia en los argumentos expuestos. Por ende, los argumentos del accionante no generan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma. Además, este mismo parágrafo, permite a los particulares ejercer la acción penal en los delitos que no generan un mayor impacto social, como son los querellables, sin que esto signifique que se esté privatizando la acción penal, sino que se les confiere a dichos particulares un ejercicio de función pública de manera transitoria, con el fin de tener un mayor acceso a la justicia.

3.3.1.10 Aclaraciones de Voto (AV).

N/A

3.3.1.11 Salvamentos De Voto (SV).

N/A

Toma de Postura

El sistema penal oral acusatorio trajo consigo cambios trascendentales en el derecho procesal criminal colombiano, superándose actuaciones de tendencia puramente inquisitiva, las cuales fueron reemplazadas por una promoción de derechos fundamentales y empoderamiento de las garantías judiciales del ciudadano.

Uno de los cambios más importantes y notorios del sistema penal oral acusatorio colombiano, fue la emancipación de la defensa de los actos investigativos del ente acusador, a tal efecto, el imputado o acusado puede adelantar actos investigativos con miras a recopilar autónomamente evidencia física, elementos materiales probatorios e información relevante para su causa, libertad que superó el obsoleto principio de investigación integral.

Lo anterior vino acompañado de un fortalecimiento de los actos forenses, puesto contrario a lo que acontecía en el modelo de juzgamiento inquisitivo, en el cual el litigio dependía principalmente de discusiones puramente dogmáticas y teóricas, el sistema penal acusatorio impuso un enfoque técnico al debate, siendo la decisión judicial consecuencia de la comparación, ponderación y análisis de evidencias puramente técnicas.

A tal efecto, con miras a impedir un abuso de la posición dominante del Estado en dichas dinámicas, resultó necesario equilibrar el litigio, naciendo de esta forma el principio de igualdad de armas, el cual es básicamente la garantía de que tanto defensa como acusación se enfrentaran equilibradamente y con la posibilidad de acceso a las mismas herramientas de ataque y defensa para la salvaguarda de sus intereses, lo cual se aplica en el plano jurídico-probatorio.

El principio de igualdad de armas reviste de especial importancia en el garantismo promovido por el sistema penal oral acusatorio, puesto que impide que la defensa carezca de

herramientas para oponerse diligentemente a los avances del Estado. Sin embargo, muchos doctrinantes consideran que dicha garantía es puramente formal y se reduce a un enfoque estrictamente jurídico, puesto en materia criminalística, la defensa se encuentra en un evidente estado de desventaja para la promoción de sus intereses, tal es el caso del denominado acusador privado.

De esa manera, analizadas las sentencias y las deliberaciones realizadas por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, es claro determinar la existencia de una vulneración del principio de igualdad de armas. El derecho penal, por su naturaleza sancionatoria y limitadora de derechos fundamentales como lo es la libertad, debe estar en cabeza del Estado y solo como última *ratio*, cuando las conductas lesionadoras de una persona lo han activado, como anteriormente se menciona. La acción penal es una potestad constitucional delegada a la Fiscalía General de la Nación. Esa potestad está suscrita al respeto de principios jurídicos fundamentales, como lo son el debido proceso y el principio de la igualdad de armas. Como se ha dicho, el principio de igualdad de armas en el actual procedimiento adversarial, es sin duda una prerrogativa importante para la defensa. En el sistema penal inquisitivo, existían limitaciones importantes que impedían de antemano al procesado y a su defensa ciertos derechos procesales, que lesionaban ostensiblemente los derechos a la contradicción, al principio de inocencia, entre otros.

En este sistema actual caracterizado por los principios de oralidad, la publicidad y la inmediación de la prueba, que es sin duda un avance importante en materia penal y de respeto a los derechos de los procesados, es cierto también, que la cantidad de procesos y denuncias por hechos de poca monta, han congestionado el sistema, lo que ocasiona que se alarguen los procesos penales, entre otras problemáticas, representando una lesión a los derechos de los acusados y estar vinculados a un proceso penal por más tiempo.

Para contrarrestar ese tipo de situaciones en el sistema, el legislador mediante la ley 1826 de 2017, adoptó un proceso penal abreviado para aquellos delitos querellables. En tipo proceso especial, adopta la figura del acusador privado. Con esto lo que se busca es la celeridad en los procesos judiciales penales y descongestionar despachos judiciales. No obstante, aunque necesaria

y justificada la intención de motivos, lo que el proceso penal abreviado ha significado, es un desbalance en las cargas procesales y una vulneración al principio de igualdad de armas, como se ha pronunciado los altos tribunales en las sentencias citadas.

Ese desequilibrio es visible especialmente en la etapa probatoria, al delegarle la acción penal en el procedimiento penal abreviado, esta pasa a ser privada empero, la Fiscalía no se desliga totalmente de esta, pues en caso de actos complejos de investigación, es ella la facultada para emprender dichas actuaciones. En este sentido, se tiene un desbalance en relación a la defensa, entendiendo que la construcción de un caso tiene de un lado al acusador privado y a la Fiscalía que actúa con él, y del otro lado una defensa limitada en temas de investigación e indagación, contrastando esto con la esencia misma de la igualdad de armas.

A lo que se asiste es a un reforzamiento de la acción penal, por ejemplo, cuando existe la necesidad de emprender actos complejos de investigación. En ese sentido, para respetar las garantías procesales en materia penal, es obligatorio, que el legislador tome cartas en el asunto, regulando de mejor manera el acusador privado y haciendo un estudio pertinente que ayude a equiparar las cargas y afectar derechos y principios inherentes a las personas procesadas y al mismo sistema adversarial.

No tener en cuenta este tipo de situaciones, llevarían a la vulneración de derechos, pero también a la mutación del sistema penal acusatorio. Existe una fuerte discusión sobre la violación del principio de igualdad de armas en relación con la figura del ministerio público, es tiempo entonces, que el sistema colombiano, sea garante de este y cumpla con sus objetivos, pero también con los atributos propios del sistema.

La figura de acusador privada es novedosa, interesante y puede contribuir al mejoramiento del sistema, pero debe hacerse respetando los principios del sistema. En ese sentido se plantea la posibilidad de acompañamiento de actos complejos por parte del juez de garantías, para evitar que la víctima traspase y lesione las garantías procesales. La Fiscalía sería un órgano encargado de la

vigilancia del respeto de los protocolos procesales y formales, pero no la institución encargada de ejecutar ese tipo de actuaciones que amenazan seriamente el principio de igualdad de armas.

Corolario a lo anterior, se exhibe una concordancia con la figura del acusador privado toda vez que este, se regule de mejor manera y con respeto a la materia probatoria que es sin duda el campo que desequilibra y atenta contra el principio de igualdad de armas en el procedimiento penal abreviado.

Conclusiones

El principio de igualdad de armas es un rasgo elemental e imprescindible de los modelos de juzgamiento adversariales, puesto para garantizar un contencioso equitativo y equilibrado, se exige que tanto acusación como defensa tengan acceso a los mismos medios y herramientas para la defensa de sus intereses, lo cual no se agota con la garantía de un abogado privado o defensor público, sino que también debe de incluir el acceso a investigadores privados y centros de criminalística y otros elementos indispensables para que las partes en igualdad de condiciones puedan estar incursos en el proceso.

La anterior interpretación amplia del principio de igualdad de armas no es asimilada por el ordenamiento jurídico colombiano, pese a que el legislador concedió a ambas partes la autonomía para armar autónomamente su instrucción, dicha facultad es puramente formal y se limita a conceder al imputado o acusado un defensor, lo cual no incluye los actos investigativos y el examen forense de la evidencia.

Lo plasmado genera preocupación, habida cuenta, contrario a lo que acontecía con el modelo inquisitivo, en el cual el litigio versaba respecto a asuntos puramente dogmáticos y criminológicos, el modelo adversarial acusatorio impuso una carga técnica sobre la pretensión de las partes, siendo necesario que toda decisión del juez sea soportada en la prueba palpable, las cuales es consecuencia de los actos de investigación.

En el nuevo proceso penal especial abreviado, que busca acelerar los tiempos de un juicio penal, buscando siempre por supuesto el respeto a las garantías procesales y derechos humanos, no obstante, la agilidad y eficacia de este proceso no ha sido evaluado a profundidad aun cuando este a efectos de llevar a juicio aquellas conductas consideradas de menor relevancia para el Estado y minimizar así el desgaste de los operadores judiciales, presentando dentro de sus fallas, una flagrante violación al principio de igualdad de armas.

Esa violación se presenta con respecto a la defensa. Esta presenta sus limitaciones en Colombia, las víctimas requerirán de recursos económicos para desarrollar la labor investigativa y además supera el ideal del proceso penal ordinario, toda vez que la víctima adelantará acciones del ente acusador de forma transitoria, pero no podrá hacer uso de la institucionalidad para ello. En el mismo sentido, su labor no será autónoma, deberá solicitar autorización a la Fiscalía o al juez correspondiente para adelantar dichas acciones.

Es importante anotar que se puede ver comprometida la imparcialidad de la víctima por tener interés en la causa, considerándose viable que se aplique como el caso de los conciliadores que administran justicia de forma transitoria. De esta forma, se protege a las partes del proceso y se mitiga el riesgo de que se vulneren el debido proceso.

Finalmente, el proceso abreviado es el inicio de una reforma para el aparato judicial, ya que pone varias reglas y trata de disminuir procesos para optimizar el tiempo y poder generar beneficios reales tanto para la víctima como para el aparato mismo.

Referencias Bibliográficas

- Aguilar, A. (2016) *La igualdad de armas entre la defensa técnica y el ente acusador en el marco de la ley 906 de 2004*. Universidad Simón Bolívar.
- Andrade Castro, J. A., & Córdoba Ángulo, M. (2007). *Estructura básica del sistema penal colombiano*. Bogotá: universidad Externado de Colombia.
- Botero, J. A. (2019). *El Procedimiento Penal Especial Abreviado, el Acusador Privado y su Eficacia en Colombia*.
<https://ridum.umanizales.edu.co/xmlui/bitstream/handle/20.500.12746/3933/EL%20PROCEDIMIENTO%20PENAL%20ESPECIAL%20ABREVIADO%20EL%20ACUSADOR%20PRIVADO%20Y%20SU%20EFICACIA%20EN%20COLOMBIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Castrillón, C. (2018). *Igualdad de armas en el sistema acusatorio*. Bogotá: Universidad Libre de Bogotá.
- Castro-Ospina, S. (2005). *Cinco estudios sobre el sistema acusatorio*. Bogotá: U. Externado de Colombia.
- Castro, E. (2016) *Principio de igualdad de armas en la ley 906 de 2004: percepción de los defensores públicos de Cundinamarca*. Editorial Universidad católica de Colombia.
- Constitución Política de Colombia. (20 de julio 1991) (2da Edic.) Legis.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (04 de Noviembre de 2020). *Encuesta de Convivencia y Seguridad Ciudadana ECSC*. Obtenido de DANE: www.dane.gov.co
- Diez, M., & Vivares, L. F. (2020). El acusador Privado y el principio de igualdad de armas: una crítica al ordenamiento jurídico colombiano. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 309-339.
- Escobar, F. (2019) *El rol del ministerio público en el sistema acusatorio frente al principio de igualdad de armas*. Universidad Santiago de Cali.
- Gaviria Londoño, V. (2008). *Víctimas, acción civil y sistema acusatorio* (2 Ed. ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Gaviria Londoño, V. (2008). *Víctimas, acción civil y sistema acusatorio* (°2 Ed. ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ley 1826, Ley del procedimiento penal especial abreviado y la figura del acusador privadora. (12 de enero 2017)
- Ley 906, Código de procedimiento penal. (31 de agosto de 2004) 4ta Edi. Legis.
- Ley 1098, Código de la infancia y la adolescencia. (08 de noviembre 2006).
- Mesa, P. P. (julio-diciembre de 2019). El lenguaje de programación. *Ingenierías*, 5(60), 55-70. <https://cecar.edu.co/>
- Montealegre Lynett, E. (2013). *EL PROCESO PENAL*. Bogotá: U. Externado de Colombia.
- Pérez-Gómez, J., & Suárez, L. C. (2020). *La ingeniería en el siglo veinte* (3a. ed., Vol. 1). McGraw-Hill.
- Moratto, S. (2020) El principio de igualdad de armas: un análisis conceptual. *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 41, n.º 110, enero-junio de 2020, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 177-202. <https://doi.org/10.18601/01210483.v41n110.08>.
- Roxín, C. (2000). *Derecho procesal penal* (25° ed.). (G. Córdoba, & D. Pastor, Trans.) Buenos Aires: Editores del puerto.
- Santos, I. (2017) La participación de las víctimas y el principio de igualdad de armas. Universidad Sergio Arboleda.
- Sentencia SP 14140, Radicado No 101256 (Corte Suprema de Justicia octubre 31, 2018).
- Sentencia SP 1763, Radicado No 518989 (Corte Suprema de Justicia mayo 23, 2018).
- Sentencia SP 685, Radicado No 54455 (Corte Suprema de Justicia marzo 06, 2019).
- Sentencia C- 516, Expediente D-6554 (Corte Constitucional julio 11, 2007).
- Sentencia C-016, Expediente D-11945 (Corte Constitucional marzo 14, 2018).
- Sentencia C-255, Expediente D-12901 (Corte Constitucional mayo 23, 2019).
- Sentencia C-523, Expediente D-11972 (Corte Constitucional noviembre 5, 2019).
- Senado de la República. (2015, agosto 05). Proyecto de ley No 48. *Pequeñas causas y acusador privado*

-
- Urbano Martínez, J. J. (2011). *La nueva estructura probatoria del proceso penal. Hacia una propuesta de fundamentación del proceso probatorio*. (2° ed.). Bogotá: Ediciones nueva jurídica.
- Roxín, C. (2000). *Derecho procesal penal* (25° ed.). (G. Córdoba, & D. Pastor, Trads.) Buenos Aires: Editores del puerto.
- Whanda, F. L. (2008). *Procedimiento penal acusatorio y oral* (2° ed.). Bogotá: Librería Ediciones de la Profesional Ltda.