



UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA

ACCIÓN PENAL: VIABILIDAD DE SU DESMONOPOLIZACIÓN

DIRECTOR DE TESIS: JULIAN ALBERTO ARDILA MORA

TUTOR: PAOLO NIETO AGUCIA

PROCEDIMIENTO PENAL CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA
MILITAR

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

2016

AUTORES:
CARLOS
FERNANDO PEÑA
GALVIS &
ÁLVARO
EDUARDO
SARMIENTO
GARCÍA

ACCIÓN PENAL: VIABILIDAD DE SU DESMONOPOLIZACIÓN

Carlos Fernando Peña Galvisⁱ

Álvaro Sarmiento Garcíaⁱⁱ

Resumen.

El presente artículo de investigación versa sobre la adición del parágrafo segundo del Artículo 250 de la Constitución Política efectuado mediante el Acto Legislativo 06 de 2011, que en el marco del Derecho Procesal Penal influye en el ejercicio de la acción penal, específicamente sobre la titularidad de la acción, incluyendo en el ordenamiento colombiano el concepto de acción penal privada.

En otras palabras, esta adición desmonopolizó la acción penal como solución a la congestión judicial que aumentó los índices de impunidad. Por consiguiente, en este artículo se busca establecer la efectividad de dicho precepto respecto de la congestión judicial.

Palabras clave: Constitución Política, Derecho Procesal Penal, Acción Penal, Fiscalía General de la Nación, Acción Penal Privada.

ⁱ Descripción de estudios y vinculación institucional del Nombre 1.

ⁱⁱ Descripción de estudios y vinculación institucional del Nombre 2.

PROSECUTION: VIABILITY OF ITS DEMONOPOLIZATION

Abstract.

This research paper deals with the addition of the second paragraph of Article 250 of the Political Constitution made by the Legislative Act. 06 of 2011, that under the Criminal Procedure Law affects the exercise of prosecution, specifically on the ownership of the action, including on the Colombian legal system the concept of private prosecution.

In other words, this addition desmonopolize the prosecution as a solution to judicial congestion that increased impunity rates. Therefore, this article seeks to establish the effectiveness of that provision with regard to judicial congestion.

Key Words: Political Constitution, Criminal Prosedure Law, Prosedure, General Prosecutor's Office, private prosecution.

INTRODUCCIÓN

Antes de la Constitución Política de 1991 el Estado colombiano estaba fundado en la legalidad en el sentido de que la norma de mayor jerarquía era la ley. Con la expedición de la Constitución Política de 1991 se produjo en Colombia el efecto de Constitucionalización del derecho, lo que quiere decir, entre otras cosas, que la Carta Política se ubica como norma de normas y establece los principios y directrices del Estado que son desarrollados por medio de las leyes.

De conformidad con lo anterior, se ha establecido desde una perspectiva dogmática conceptos como Constitución Económica, Constitución Ambiental y Constitución Penal. Este último hace referencia al conjunto de disposiciones constitucionales que comprenden un marco general sobre el que se debe desarrollar el Derecho Penal en el Estado Colombiano, tanto el general como el procesal.

Entre las disposiciones constitucionales que se refieren al Derecho Procesal Penal se pueden encontrar, por un lado, los correspondientes a la parte dogmática de la Constitución como son los derechos fundamentales tanto del procesado como de la víctima, y los principios que rigen el Proceso Penal como son el de libertad, dignidad humana, igualdad, oralidad, legalidad, contradicción, cosa juzgada, entre otros; por otro lado se encuentran las referidas a la parte orgánica de la Constitución, como la estructura de la rama judicial, instituciones que la componen, como la Fiscalía General de la Nación, y sus funciones.

De cara a los cambios que se deben efectuar en las disposiciones jurídicas con el fin de acoplarlas a las exigencias de la realidad, desde la Constitución Política se han realizado cambios importantes en relación con el Derecho Procesal Penal. Tal vez la que se puede considerar más importante en los últimos años es el paso hacia el Sistema Penal Acusatorio a partir del Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado por la Ley 906 de 2004.

En el presente artículo se pretende analizar otro de los cambios que no se pueden pasar por alto en relación con el estudio del Derecho Procesal Penal, como lo es la

adición del párrafo segundo del artículo 250 de la Constitución mediante el Acto Legislativo 06 de 2011, el cual versa sobre la titularidad de la acción penal y se introduce la figura de la Acción Penal Privada, de tal manera que se desmonopoliza la acción penal en Colombia. Cabe resaltar que esta disposición constitucional no ha sido desarrollada legalmente.

La exigencia de la realidad que justifica esta disposición constitucional es la impunidad registrada en los delitos querrelables, delitos menores o las pequeñas causas. Entonces la figura de Acción Penal Privada funcionaría en doble sentido, por un lado disminuiría la impunidad en determinados delitos, y por otro, ayudaría a la descongestión judicial, específicamente para la Fiscalía General de la Nación.

De acuerdo a lo anterior, surge la pregunta sobre si ¿La desmonopolización de la acción penal es viable para cumplir con los fines propuestos? Así, para dar respuesta a esta pregunta, el presente artículo de investigación hará uso del método teórico de análisis, con el fin de establecer si la desmonopolización de la acción penal es la mejor solución a una situación que el Estado pareciera no atender en su totalidad.

Para el desarrollo del tema propuesto se han establecido tres objetivos a saber: i) Realizar una contextualización del Artículo 250 de la constitución Política; ii) Realizar un estudio de la Ley 1153 de 2007 mediante la cual se crean disposiciones para el trato de pequeñas causas en materia penal; y iii) Analizar la disposición constitucional que adiciona el párrafo segundo del Artículo 250 de la Constitución Política.

Con el fin de desarrollar los objetivos propuestos, el presente trabajo estará dividido en tres apartados donde cada uno desarrollará el correspondiente objetivo: el primer apartado se realizará la contextualización del artículo 250 de la Constitución Política de Colombia; en el segundo apartado se expondrá el tema de la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley 1153 del 2007 por medio de la cual se establece el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal, con el fin de determinar si esta ley es en último caso, la que operara en la actualidad; y en el tercer apartado se realizará el análisis del Acto Legislativo 06 del 24 de noviembre

de 2011 junto con la exposición de motivos que dieron lugar al citado acto legislativo, con el fin de establecer si efectivamente esta reforma constitucional del artículo 250, una vez se reglamente, contribuirá a la actual descongestión del sistema penal y evitará la impunidad presente en todo tiempo; seguidamente se determinará en qué estado se encuentra la reglamentación de esta reforma para su respectiva aplicación.

Este análisis estará soportado por toda aquella información documental con que cuente el Congreso de la República, el Ministerio de Justicia, la Fiscalía General de la Nación, las altas cortes, y en general las demás entidades que tengan conocimiento sobre el tema.

Contextualización del artículo 250 de la constitución política de 1991

Con el fin de realizar un mejor análisis, teniendo en cuenta la pregunta planteada, se hace necesario poner en contexto la normativa que se pretende estudiar, esto debido a que la disposición en comento a partir de su creación en 1991 y hacia el presente ha sufrido algunas modificaciones importantes.

Antes que nada, es bueno hacer algunas apreciaciones sobre el concepto de Constitución Penal que se tomó en la parte introductoria. Pues el tema a tratar no es cosa distinta sino ciertos preceptos que hacen parte de dicho concepto. Como se afirmó, la Constitución contiene los principios orientadores, comprende los derechos fundamentales y disposiciones orgánicas entorno al buen desarrollo del Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal.

Frente a los principios orientadores, la Corte Constitucional (citada por Gómez Pavajeau, 2012) afirma que “la constitución es portadora de los principios sobre los cuales se asienta la responsabilidad penal y civil por la conducta irregular o delictuosa de las personas, al establecer las reglas superiores que expresamente la sustentan (...)” (p.30-31).

De igual forma, frente a los derechos fundamentales, como afirman Bernal & Montealegre (2013a) “El efectivo reconocimiento de los derechos de la persona –

por ejemplo, la libertad personal – tiene precisamente una protección procesal, manifestada en garantías, o en otros términos, en instrumentos, acciones, recursos y procedimientos consagrados por el legislador y el constituyente para materializarlos” (p.50).

Respecto de las disposiciones orgánicas se puede afirmar que “El funcionamiento de los entes estatales de origen constitucional, así como de toda la administración pública, debe adecuarse a los postulados de la parte dogmática” (Bernal & Montealegre, 2013a, p.59). En este sentido se debe entender que las disposiciones constitucionales, tanto orgánicas como dogmáticas son armónicas y esto debe verse reflejado en la realidad.

La Corte Constitucional, por su parte, hace referencia a la relación de armonía que existe entre el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Penal cuando afirma que:

En este orden de ideas, el nuevo sistema procesal penal es perfectamente armónico con la Constitución de 1991, la cual operó una constitucionalización del derecho penal, entre otras materias, pues allí se reconocen derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho a la libertad, que deben ser respetados a todas las personas, en todo momento, así como las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial, a fin de impedir el reconocimiento de los mencionados derechos. (Sentencia C- 591 de 2005)

Ahora bien, la Fiscalía General de la Nación fue creada por la Constitución de 1991, aunque la idea de su creación como ente de investigación y acusación data desde 1988 en el gobierno de Virgilio Barco (Samper, 2012, p.165). Esta institución jurídica fue importada del sistema jurídico norteamericano con algunas consideraciones orgánicas como por ejemplo el sistema de nombramiento del Fiscal General (p.173).

Entre las funciones establecidas por la Carta Política se pueden encontrar las de investigación y juzgamiento establecidas en el artículo 250. Este artículo ha sufrido

modificaciones: Acto Legislativo 02 de 2003 y Acto Legislativo 06 de 2011; de tal forma, en la actualidad el artículo dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 250. <Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo No 3 de 2002. El nuevo texto es el siguiente: > La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

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

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla

la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

2. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, ~~al solo efecto de determinar su validez.~~
3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.
4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.
5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.
6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.
7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.
8. Dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

9. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El Fiscal General y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tengan noticia incluida los que le sean favorables al procesado.

Parágrafo. La Procuraduría General de la Nación continuará cumpliendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional.

Parágrafo 2º. <Parágrafo corregido por el artículo 1 del Decreto 379 de 2012. El nuevo texto es el siguiente: > Atendiendo la naturaleza del bien jurídico o la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, Art. 250).

Teniendo en cuenta las modificaciones realizadas al artículo 250 de la Constitución, se puede afirmar que mediante la primera, a partir del Acto Legislativo 03 de 2002 se culmina con una etapa del Derecho Procesal Penal enmarcada en el sistema inquisitivo, para pasar a una nueva etapa caracterizada por el sistema acusatorio. Al respecto Avella Franco afirma que:

La reforma introducida a la Carta Constitucional por el Acto Legislativo 03 de 2002, desarrollada por la Ley 906 de 2004, implementó un sistema de enjuiciamiento penal de carácter acusatorio. Por tal razón, se produjo una drástica redefinición y especificación de los roles de los sujetos y demás intervinientes en el proceso, así: para la Fiscalía General de la

Nación, por su condición de titular de las funciones constitucionales de investigación y de acusación; para la defensa, como procuradora de los intereses del procesado, y para los jueces, bien que actúen como garantes de los derechos constitucionales o que procedan, también bajo ese marco de respeto a las garantías, para definir el conflicto en medio del cual tuvo ocasión la conducta punible de que se trate, como terceros imparciales que no intervienen ni interfieren en la conformación del proceso o de la prueba (p.13).

Respecto del Acto Legislativo 06 de 2011, la Fiscalía General de la Nación es el titular de la acción penal y como tal, debe cumplir con las funciones asignadas en el mandato constitucional, sin embargo, con la adición del parágrafo segundo se estaría trasladando esta titularidad de la acción penal a otras entidades administrativas y a las víctimas, quienes en un momento determinado tendrían que soportar cargas que no les corresponde o que simplemente no están en capacidad de asumir.

Entre los argumentos expuestos para dicha modificación se puede encontrar la existencia de graves problemas de congestión en el Sistema Acusatorio, especialmente en la etapa de indagación preliminar, fase en la cual existían cientos de miles de denuncias frente a las cuales no se había podido tomar una decisión, fundamentalmente en tratándose de delitos querrelables, delitos de menores causas o pequeñas causas, como generalmente se les denomina. Esa situación generaba incertidumbre e impunidad en las víctimas, quienes eran testigos de cómo la justicia penal no podía en ese momento dar una respuesta pronta y efectiva a los ciudadanos (Congreso de la República, s.f., p.2-3).

Conforme lo anterior, La Fiscalía General de la Nación, siempre ha sido el titular de la acción penal, hasta que se presenta la adición del parágrafo segundo al artículo 250 de la Constitución Política, en el cual se faculta a las víctimas y otras entidades administrativas para solicitar pruebas, presentar alegatos o recursos e intervenir en la práctica de las pruebas, permitiéndole así tener el ejercicio de la acción penal, es así, como por ejemplo, estarían facultados para realizar una

formulación de imputación ante el juez de control de garantías, realizar la acusación ante el juez de conocimiento y presentar la teoría del caso en el juicio oral.

Por otra parte, con esta modificación lo que se busca es dar una respuesta seria y efectiva al grave problema derivado de la impunidad que se registra en los delitos querellables, delitos menores o las pequeñas causas, lo que implica una descongestión para la Fiscalía General de la Nación, aparentemente.

Cuando se hace referencia a delitos querellables, delitos menores o las pequeñas causas, se hace necesario citar la ley 1153 de 2007, por medio de la cual se establecía el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal; ley que fue declarada inexecutable mediante Sentencia C-879 de 2008.

De conformidad con los antecedentes del proyecto que dio origen a la Ley 1153 de 2007, esta surgió como una respuesta para descongestionar el proceso penal consagrado en la Ley 906 de 2004, para atender los delitos de menor relevancia e impacto social, para lo cual define como contravenciones algunas conductas que en los Códigos Penales y de Procedimiento Penal (leyes 599 y 600 de 2000 y 906 de 2004), eran clasificadas como delitos querellables, y establece un procedimiento para su investigación y juzgamiento.

Ley 1153 de 2007 por medio de la cual se establece el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal

Es de gran importancia para el presente estudio el análisis de la ley 1153 de 2007 en razón a que tiene un nexo importante frente al Acto Legislativo 06 de 2011 como es el tema de las pequeñas causas o contravenciones, aun cuando la ley se haya declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-879 de 2008.

Finalidad de la ley. Nuevo sistema para la investigación y juzgamiento de ciertas conductas punibles.

Al respecto de la finalidad de la ley como una de las características del tratamiento que se quería hacer a las denominadas pequeñas causas, quedó dicho por la Corte Constitucional (2008) que:

De conformidad con los antecedentes del proyecto que dio origen a la Ley 1153 de 2007, ésta surge como ya se había indicado, como una respuesta para descongestionar el proceso penal consagrado en la Ley 906 de 2004 para atender los delitos de menor relevancia e impacto social, para lo cual define como contravenciones algunas conductas que en los Códigos Penales y de Procedimiento Penal - Leyes 599 y 600 de 2000 y 906 de 2004 - eran clasificadas como delitos querellables, y establece un procedimiento expedito para su investigación y juzgamiento (Sentencia C- 879 de 2008).

En este sentido, el medio creado por la Ley 1153 de 2007 como respuesta a la congestión judicial es la creación de un procedimiento expedito para la investigación y juzgamiento de las llamadas pequeñas causas o delitos menores. Pero además de lo anterior, la Corte también pone en evidencia las razones que llevaron a la congestión judicial de conformidad con el Congreso de la República:

Después de dos años de la promulgación de la Ley 906 de 2004 se ha evidenciado que el nuevo sistema ha dedicado sus mayores esfuerzos a la solución de casos de menor envergadura, situación que se explica por la gran proliferación de asuntos considerados como menos graves y que por competencia debe conocer la Fiscalía General de la Nación aplicando las normas del nuevo Código de Procedimiento Penal, lo cual ha generado un evidente represamiento con la lógica desatención de las conductas que afectan en forma grave bienes jurídicos.

Lo anterior puede corroborarse en las estadísticas que dan cuenta de una eclosión de casos relacionados con delitos de menor relevancia

penal y de menor cuantía. Así se constata que a partir de la entrada en vigencia del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal se han tramitado 77.006 lesiones personales dolosas o culposas y con incapacidad inferior a sesenta días; 51.145 hurtos de menor cuantía; 4.979 estafas de menor cuantía; 4.149 abusos de confianza de menor cuantía y 9.447 conductas de daño en bien ajeno de menor cuantía. Así mismo, se calcula que la Fiscalía receptiona a diario 350 casos y que entre 2005 y 2006 se han gestionado 193.493 los que pueden considerarse de bajo impacto social (Sentencia C-879 de 2008).

Lo anterior, en otras palabras, significa que con fundamento en las estadísticas, la congestión judicial solo se ha generado respecto de los delitos considerados menores, o pequeñas causas, pues ante la imposibilidad de desatender los delitos considerados mayores la Fiscalía General de la Nación se ha concentrado en la investigación y acusación de estos últimos. Al respecto se refiere García () cuando afirma que:

Dentro de los objetivos propuestos por el gobierno Nacional al promocionar la expedición de la presente ley está el descongestionar la Fiscalía General de la Nación, con miras a que tanto Fiscales Locales como Seccionales puedan dedicarse a la investigación de los delitos que demandan un conocimiento especial. (p.29)

Es importante precisar que el problema que se pudiera presentar en su momento con la aplicación de la ley, no radica en los delitos como tal, sino en las penas aplicadas para estos, las cuales resultan bastantes flexibles, y es lógico si lo que se busca en últimas es la resocialización y restauración del individuo, sin embargo, no son suficientes en cuanto a su cumplimiento, en razón a que las mismas en un momento determinado podrían no cumplirse por muchas razones, entre otras las de orden económico.

Acción contravencional en el procedimiento aplicable a las “pequeñas causas”.

Dentro de este sistema propuesto en la Ley 1153 de 2007 lo que se buscaba era que el procedimiento aplicable a las pequeñas causas se pudiera tramitar a través de dos tipos de procesos: (i) el ordinario, mediante la presentación de una querrela, o (ii) el previsto para el caso de captura en flagrancia. Tanto el procedimiento ordinario como el procedimiento en caso de flagrancia se dividían en tres etapas: la presentación de la querrela, la audiencia preliminar y la audiencia de juzgamiento (Congreso de la República, Ley 1153 de 2007, art. 34 y 49).

En este sentido, como se afirmó anteriormente, mediante esta norma se buscaba la puesta en marcha nuevas normas procedimentales en materia penal sobre los delitos denominados como pequeñas causas.

Respecto del proceso ordinario surge un problema que García (s.f.) observa como un aspecto de inconstitucionalidad de la ley frente a la delegación de funciones judiciales a los particulares, sobre lo que afirma:

En efecto, el artículo 44 de la citada ley al referir los trámites de la audiencia preliminar, es decir en los casos donde no hay flagrancia, y del contenido del artículo 49, se concluye que el Estado ha delegado la función del ejercicio de la acción contravencional a los particulares, pues los mismos indican que será el particular, bien personalmente o bien a través de un abogado quien imputará los cargos al contraventor. (p.33)

En este sentido, se debe tener en cuenta que si bien se puede otorgar funciones de administración de justicia de forma transitoria, conforme se estipula por el artículo 116 de la Constitución Política, estas funciones son taxativas, es decir que están limitadas a lo previsto en la norma constitucional:

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir

fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.
(Asamblea Nacional Constituyente, 1991, art. 116, párrafo 5)

Acto Legislativo 06 de 2011

De conformidad con lo analizado hasta el momento, atendiendo a las realidades se ha querido cambiar algunas normas de contenido penal, con el fin de atribuir al ciudadano la función de la acción penal, la cual no está contemplada en el artículo 116 entre las funciones judiciales atribuibles a los ciudadanos de forma transitoria.

Como se observó, se quiso establecer dicho cambio desde una norma legal, en virtud de la Ley 1153 de 2007 llamada Ley de Pequeñas Causas, pero esta fue declarada inconstitucional por delegar la función de acusar a los particulares, entre otras razones.

Ahora bien, como no se puede hacer el cambio por medio de la ley, es menester realizarlo desde la Constitución. En este sentido se creó el Acto Legislativo 06 de 2011, el cual incluye en el ordenamiento jurídico la figura de Acción Penal Privada.

Reforma Constitucional.

Teniendo en cuenta que los Actos Legislativos están contemplados como actos de reforma de la constitución, es importante hacer un análisis detallado tanto de la estructura del acto, como de las razones que lo motivan.

Entre la exposición de motivos exteriorizadas por sus proponentes se encontraba que la implementación del sistema acusatorio en Colombia con ejercicio exclusivo de la acción penal por parte de la Fiscalía General de la Nación había generado en algunos delitos, especialmente en los de menor impacto o pequeñas causas penales, un alto grado de congestión en la etapa de indagación preliminar y por ende no se permitía que estas causas llegaran al conocimiento de los jueces, ni de control de garantías ni de conocimiento.

Así mismo, entre los motivos expuestos se encontraba un estudio realizado por la Corporación Excelencia en la Justicia , el cual demostraba una tendencia creciente y preocupante de acumulaciones en la etapa de indagación preliminar de noticias criminales, muchas de las cuales no habían tenido respuesta alguna por parte de la Fiscalía General de la Nación debido a la falta de infraestructura, las falencias de personal y la focalización de los esfuerzos institucionales en la indagación e investigación de delitos de mayor lesividad.

Además, concluyeron que esa grave situación había aumentado la impunidad en Colombia y podía fomentar la existencia de formas de justicia privada agravando la situación de violencia en el país. Razón por la cual se debían adoptar medidas urgentes para reducir la congestión judicial y evitar el colapso del sistema en la indagación de ciertos delitos.

Conforme a las razones de la exposición de motivos para la modificación del artículo 250 de la Constitución Política, los proponentes tomaron como referencia países como Alemania, en donde “la figura del acusador particular está contemplada frente a los delitos menores y tiene las mismas facultades de las demás partes en el proceso entre otras la de interrogar y presentar recursos” (Congreso de la República, s.f., p.3). Al respecto, de conformidad con Benedetti & Torrado (2013):

El procedimiento del acusador privado tiene varias particularidades a tener en cuenta: la primera de ellas, es la obligación que tiene el ofendido de pagar un anticipo al inicio del trámite por las costas que genere el mismo y adicionalmente debe realizar el pago de una caución en el evento que el procesado resultara absuelto; todo esto con el fin de evitar procesos temerarios o innecesarios que pongan en desgaste el ejercicio de la administración de justicia. (p.33)

Estas medidas legislativas características del derecho alemán frente al ofendido como sujeto acusador, si bien evitan los procesos temerarios en pro de la administración de justicia, también es cierto que limitan el acceso a la justicia por parte del ofendido.

No obstante lo anterior, en relación con la implementación de la figura en otros países, Iregui (2012, Abr., 07) afirma que “la desmonopolización de la acción penal ha sido efectiva en aquellos países que se ha implementado, dando mayor fuerza y garantía a la participación de la víctima dentro del proceso penal y descongestionando los despachos judiciales”.

Finalmente, es importante establecer, como se afirma por FENALCO (s.f.), “La reforma al artículo 250 de la constitución Política abre la puerta, constitucionalmente, para la resurrección de la ley de pequeñas causas (...)”. De esta manera, como ya se afirmó, al no poderse otorgar la función de acción penal a los particulares por medio de la Ley 1053 de 2007, se hizo necesario hacerlo por vía constitucional.

Consideraciones frente a la reforma y sus efectos.

Frente a la incorporación de la medida en el ordenamiento colombiano, y de conformidad con Matusan y Chávez (2013), “En dicha disposición se consagra, excepcionalmente, la acción penal privada, pues, por regla general, sigue estando en cabeza de un ente del Estado, como es la Fiscalía General de la Nación (...)” (p.17-18).

En este sentido, se puede afirmar que aunque se relaja un poco el concepto de aplicación de la acción penal, la titularidad en cabeza de la Fiscalía General de la Nación se puede establecer como la regla general, mientras que la excepción se encuentra en la acción penal privada.

Además, conforme a Chaves (2013), el ejercicio de la acción penal privada se encuentra determinado por dos cosas: i) el principio de lesividad, en tanto ocupa la menor lesividad, y ii) la calidad de víctima; respecto del primero, afirma que la menor lesividad solo puede identificarse a partir de la graduación del injusto; y sobre lo segundo hace distinción entre denunciante y víctima en relación con que la calidad del primero no otorga la calidad del segundo (p.177).

En relación con el principio de lesividad, Velásquez (2010) afirma que:

En otras palabras, la intervención punitiva solo es viable ante conductas que tengan trascendencia social y que afecten las esferas de libertad ajenas, sin que le sea permitido al derecho penal castigar comportamientos contrarios a la ética, inmorales o antiestéticos, so pena de invadir los terrenos de la moral (...). (p.65)

De tal forma, se puede afirmar que la conducta lesiva a la que se hace referencia para que se pueda aplicar el concepto de acción penal privada acude a las conductas de menor trascendencia social y cuando afectan esferas de libertad ajena.

Por otro lado, en cuanto a la calidad de víctima, esta se puede resumir como aquella persona que sufre el daño como sujeto pasivo en el desarrollo de una conducta delictiva. Si se quiere establecer un concepto más profundo de víctima, se puede acudir, por ejemplo, a la Sentencia C- 250 de 2012 en donde se hace un estudio a profundidad del concepto de víctima, desde la evolución del concepto en el derecho internacional público y el concepto de víctima desarrollado por la Corte Constitucional.

Finalmente, se puede afirmar que la acción penal privada, además de ser la regla excepcional, para su aplicación debe cumplir los requisitos de menor lesividad y actuar en calidad de víctima, pues se entiende que la calidad de denunciante no otorga la calidad de víctima.

CONCLUSIONES

En virtud de que el artículo objeto de estudio es de carácter constitucional, se hizo necesario el estudio del concepto de Constitución Penal, mediante el cual se establece que la Constitución Política comprende las disposiciones generales sobre las que se debe desarrollar la ley penal y está compuesta por disposiciones dogmáticas como los principios y los derechos, y por la parte orgánica que desarrolla dichos principios y derechos.

De esta forma se ubicó el artículo 250 de la Constitución como parte de las disposiciones orgánicas establecidas por la Constitución. En este sentido se puede afirmar que dicha disposición debe desarrollar los principios y derechos contenidos en la parte dogmática.

Posteriormente en relación con los actos de reforma aplicados al artículo estudiado, se observó que a partir del Acto Legislativo 03 de 2002 se cambió el modelo del derecho procesal penal, desde un modelo inquisitivo hacia un modelo acusatorio. De igual forma, se observó que a partir del Acto Legislativo 06 de 2011 se incluyó la figura de la acción penal privada, partiendo de las necesidades de la realidad en lo relativo a congestión judicial.

Por otro lado, a partir del estudio de la Ley 1153 de 2007 se pudo establecer que dicha disposición fue un esfuerzo que se realizó a partir de una norma legal, para incluir en el ordenamiento jurídico interno la acción penal privada. Al respecto se observó que si bien la norma fue aprobada, su vigencia no fue muy larga en razón a la declaratoria de inexecutable a partir de la Sentencia C- 879 de 2008.

Sin embargo, continuando con los esfuerzos de incluir la figura de la acción penal privada dentro del ordenamiento colombiano, se creó el Acto Legislativo 06 de 2011, el cual fue aprobado teniendo en cuenta las razones ya mencionadas.

Se observó que dicha figura es de origen internacional, además que se ha incluido en varios ordenamientos en los cuales ha sido efectiva en relación con la garantía de participación de la víctima en el proceso penal y la descongestión de despachos judiciales.

Es así que esa figura, tal como se incluyó en la Constitución Política, se observa como una regla excepcional, puesto que la regla general es que la titularidad de la acción penal la tiene la Fiscalía General de la Nación.

También se pudo observar que para su aplicación es necesario que confluyan tanto el principio de lesividad, aunque en su grado más bajo, y la calidad de víctima. En este sentido no es una figura que se pueda aplicar con mucha discrecionalidad por parte de los particulares.

En razón de lo anterior, se puede afirmar que en estas condiciones sí es perfectamente viable la desmonopolización de la acción penal por dos razones específicas: i) está demostrado que la aplicación de la acción penal privada ayuda a la descongestión judicial y a la garantía de participación de la víctima en el proceso penal; y ii) porque no es una medida discrecional, sino que su aplicación depende del cumplimiento de ciertos requisitos que se pueden considerar fundamentales o principales.

Referencias Bibliográficas

- Avella Franco, P.O. (2007). *Programa Metodológico en el Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá D.C.: Fiscalía General de la Nación.
- Benedetti Quiñones, R. & Torrado Rojas, L.F. (2013). *Desmonopolización de la acción penal en Colombia: Implementación de la figura del acusador particular en el procedimiento penal colombiano*. (Tesis de pregrado). Bogotá D.C. Universidad Javeriana.
- Bernal Cuellar, J. & Montealegre Lynett, E. (2013a). *El Proceso Penal. I Fundamentos Constitucionales y Teoría General*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Cuellar, J. & Montealegre Lynett, E. (2013b). *El Proceso Penal. II Estructura y Garantías Procesales*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Gaceta Constitucional No 116 de 20 de Julio de 1991, Segunda edición corregida. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Colombia. Congreso de la República. (s.f.). Proyecto de Acto Legislativo “Por el cual se modifica el artículo 250 de la Constitución Política. Recuperado de: http://www.cej.org.co/doc_sl/SL_PAL_CAM_216_2011.pdf

- Colombia. Congreso de la República. (2002). *Acto Legislativo 03 de 2002*. Por el cual se reforma la Constitución Nacional. Bogotá D.C.: Diario Oficial N° 45040 de Diciembre 19 de 2002.
- Colombia. Congreso de la República. (2007). *Ley 1153 de 2007*. Por la cual se establece el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal. Bogotá D.C.: Diario Oficial N° 46706 de Julio 31 de 2007.
- Colombia. Congreso de la República. (2011). *Acto Legislativo 06 de 2011*. Por el cual se reforma el numeral 4 del artículo 235, el artículo 250 y el numeral 1 del artículo 251 de la Constitución Política. Bogotá D.C.: Diario Oficial N° 48263 de 25 de Noviembre de 2011.
- Colombia. Corte Constitucional. (2005). *Sentencia C- 591 de 2005*. MP: Clara Inés Vargas Hernández. Expediente N° D-5415.
- Colombia. Corte Constitucional. (2008). *Sentencia C- 879 de 2008*. MP: Manuel José Cepeda Espinosa. Expedientes: D-7208 y D- 7211.
- Colombia. Corte Constitucional. (2012). *Sentencia C- 250 de 2012*. MP: Humberto Antonio Sierra Porto. Expedientes N° D- 8590, D- 8613 y D- 8614 acumulados.
- Colombia. FENALCO. (s.f.). Circular 228 de 2011. Avanza discusión reforma constitucional que abre vía a ley de delitos menores. Recuperado de: <http://www.fenalco.com.co/node/1072>
- Chaves Peña, E.M. (2013, Ene. – Jun.). La acción penal privada y su implementación en Colombia. *Revista Vía Iuris*. No 14. 167-185.
- García Prieto, J. (s.f.). Comentarios preliminares a la Ley 1153 de 2007. En: Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa. *Pequeñas Causas*. 29-46. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Disponible en: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10635/1962776/pequenas+causas+25+01+08.pdf/020f7356-2b60-4b5a-a6c9-0b1eb09e7c5f>
- Gómez Pavajeau, A. (2012). *Introducción al Derecho Penal Constitucional*. Bogotá D.C.: Ediciones Nueva Jurídica.

Iregui, A. (2012, Abr., 07). El Trasplante de la Acción Penal Privada. [Mensaje en un Blog]. Recuperado de: <http://derechocomparado-uniandes.blogspot.com.co/2012/04/el-transplante-de-la-accion-penal.html>

Matusan Acuña, C.E. & Chaves Peña, E.M. (2013). La Pérdida del Monopolio en el Ejercicio de la Acción Penal y los Límites Constitucionales de su Regulación en Colombia. *Vía Inveniendi et Iudicandi*. V. 8, No 2. 5-32.

Samper, A. d. Z. (2012, Ene. – Jun.). Historia de la Rama Judicial en Colombia. *Criterio Jurídico Garantista*. Año 3. No 6. 154-187.

Velásquez Velásquez, F. (2010). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, cuarta edición actualizada.