

**Delitos menores cometidos en grandes superficies, problemas y alternativas
planteadas por el legislador**

Miriam Esperanza Román Rodríguez

Director Temático

Dr. Paolo Nieto Aguacia

Directora Metodológica

Dra. Alejandra Cerón

Universidad Militar Nueva Granada

Maestría en Derecho Procesal Penal

Facultad de Derecho

2015

Contenido

Delitos Menores Cometidos en Grandes Superficies, Problemas y Alternativas Planteadas por el Legislador	3
Resumen	3
Palabras claves	4
Abstract	4
Key words.....	4
Introducción	5
La concepción de delito menor o bagatelar en Colombia.....	7
Cuáles conductas se han considerado como delitos menores o bagatelares?	9
Instrumentos Alternativos aplicables al delito menor o bagatelar.....	12
1.- El Principio de Oportunidad.....	12
2.- la conciliación.	16
3.- El desistimiento.....	16
4.- La Mediación.	17
5- Sentencia Absolutoria por no cumplimiento de los requisitos a que se refiere el Art. 381. Ley 906 de 2.004.....	17
La Ley 1153 de 2007 y su examen de constitucionalidad	24
Desmonopolización del ejercicio de la acción penal	27
Priorización de situaciones y casos	31
Conclusiones.....	33
Bibliografía.....	¡Error! Marcador no definido.

Índice de Tablas

Tabla 1 Décimo Censo Nacional de Merzas 2009	9
Tabla 2 Décimo Censo Nacional de Merzas 2010	10
Tabla 3 Décimo Censo Nacional de Merzas 2011	10
Tabla 4 Mecanismos para el apoderamiento	21

Delitos Menores Cometidos en Grandes Superficies, Problemas y Alternativas Planteadas por el Legislador

Miriam Esperanza Román Rodríguez*

Resumen

Este artículo se refiere a la problemática de los denominados hurtos bagatelares, o delitos menores, ocurridos en las Grandes Superficies, y las medidas que ha adoptado el legislador para hacer frente a esta clase de conductas punibles. Para tal efecto, se abordará la legislación existente desde la Ley 906 de 2004, mediante la cual se implementó el Sistema Penal Acusatorio, haciendo énfasis en el ejercicio de la acción penal hasta llegar a la desmonopolización de ésta con la incorporación del acusador privado y la moderna reforma que plantea el actual Fiscal General de la Nación, relacionada con la priorización de situaciones y casos; ello para demostrar que el marco legislativo que rige en la actualidad no es eficaz para combatir las conductas delictivas que se cometen en estos establecimientos y que al revisar las dos últimas propuestas se plantea un serio interrogante sobre la finalidad que debe cumplir la administración de justicia con los denominados delitos menores o pequeñas causas.

* Abogada de la Universidad Libre de Colombia, especializada en Derecho Penal, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Externado de Colombia. Aspirante a Magister en Derecho Procesal Penal Universidad Militar Nueva Granada. Dirección electrónica: miangierom@hotmail.com

Palabras claves

Delitos menores, ejercicio y desmonopolización de la acción penal, acusador privado, priorización.

Abstract

This article will show the problematic of theft called bagatelas occurred in the chains areas of big surfaces and the measures taken by the legislature to deal with these kinds of criminal conduct. To that effect would address existing regulation of 906 of 2004 law which was implemented by accusatory system with emphasis on the exercise of criminal action up to the monopolization of this by incorporating the private prosecutor and the modern reform posed by the nation general fiscal Dr. Eduardo Montealegre Lyneth related to the prioritization of cases and situation the so as to demonstrate that the legislative framework governing today isn't effective in combating criminal behaviors committed in these establishments and that in reviewing the last two proposals deal a serious question on the purpose to be meet these administration of justice with the bagatelares.

Key words

Misdemeanors, exercise and monopolization of prosecution, private prosecutor, prioritization.

Introducción

En el año 2002, concretamente con el Acto Legislativo 03 que modificó los Arts. 116, 250 y 251 de la Constitución Nacional, se reformuló la función de la Fiscalía General de la Nación, determinándose que ésta investigaría los comportamientos que revistieran las características de delito y adelantarían la etapa de juzgamiento ante los respectivos Jueces y Tribunales.

Esta profunda transformación dio lugar a un nuevo modelo investigativo que pretendía acabar con la congestión, que se decía era la mayor problemática que tenían los despachos judiciales, causada en gran parte por los delitos cometidos en las grandes superficies; es así que como medida para contrarrestar el represamiento existente se autorizó a la Fiscalía a renunciar, suspender y/o interrumpir el ejercicio de la acción penal, ello mediante la aplicación del Principio de Oportunidad, el cual está sometido a control judicial ante los Jueces Penales con Función de Control de Garantías.

Así mismo, se reforzó la justicia restaurativa, y actualmente, para esta clase de hurtos y conductas contra el patrimonio económico, entre otras y en virtud de la sentencia de fecha 13 de abril de 2011 (Rad. 35.946. M.P. María del Rosario González de Lemus), se está solicitando ante los Jueces Penales Municipales de Conocimiento la extinción de la acción penal por indemnización integral en aplicación de lo dispuesto en el Art.42 de la Ley 600 de 2000, ello cuando no exista la posibilidad de aplicar Principio de Oportunidad.

Finalmente, algunos jueces de conocimiento profieren sentencia absolutoria al considerar que el delito de Hurto Agravado en la modalidad de tentativa, ello tratándose de delitos menores y/o bagatelares ocurridos en grandes superficies, no

afecta el patrimonio económico de éstas empresas, por tanto la acción no alcanza el juicio del Art. 11 de la Ley 599 de 2000, es decir, la antijuricidad material.

Cada una de estas figuras, así como las consecuencias prácticas de su aplicación en tratándose hurtos cometidos en grandes superficies, serán objeto de estudio, pasando por la Ley 906 de 2.004, la Ley 1153 de 2.007 o de Pequeñas Causas, los aportes realizados por la Ley 1453 de 2.011, hasta llegar al Acto Legislativo 06 de 2.011, mediante el cual se pretende desmonopolizar la administración de justicia e incorporar la figura del acusador privado para arribar finalmente a la Directiva 0001 de fecha 4 de octubre de 2.012, a través de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión para éstos en la Fiscalía General de la Nación.

Y es en este escenario, donde se pretende establecer los problemas que se presentan con los delitos menores cometidos en las grandes superficies y si las alternativas planteadas por el legislador han logrado controlar este flagelo, o, si por el contrario, las diferentes leyes que han regulado estas conductas desde la implementación del sistema penal acusatorio, han sido insuficientes para combatir su ejecución y disminuir la congestión que por esta clase de conductas tiene hoy en día la Fiscalía General de la Nación.

En tal sentido, se tiene que la metodología es la revisión de las normas y reformas que se han aplicado y aplicarán a los delitos que se materializan en Grandes Superficies, análisis de los proyectos de ley y exposición de motivos que dieron origen a éstos, así como consulta de fuentes secundarias tales como libros, documentos de prensa, revistas, artículos y estadísticas. A partir de esta información se realizó un análisis de los hurtos que se han cometido en los referidos establecimientos tomando las estadísticas de FENALCO para evaluar su cantidad. Finalmente realizar una propuesta sobre el tratamiento que debería ser utilizado para proteger el patrimonio económico de las grandes superficies.

Con base en este análisis, sostengo que aunque se cuenta en la actualidad con mecanismos jurídicos para proteger los establecimientos ya mencionados e investigar a quienes defraudan el patrimonio económico de éstos, tales como el principio de oportunidad, preclusión de la investigación, conciliación, aplicación de la ley 600 de 2.000, estos sumados a la posibilidad que tienen los propietarios de los almacenes de incrementar los sistemas de vigilancia para disminuir los daños y perjuicios que les pudiesen ocasionar, esos mecanismos resultan insuficientes para combatir de manera eficaz este tipo de delincuencia como se demuestra con el inusitado incremento de personas sorprendidas en la ejecución de estos comportamientos.

En este orden de ideas, el presente artículo estará dividido en seis partes: la primera, contextualización de la Ley 906 de 2.004, con las formas de terminación del proceso incorporadas y aplicables para delitos menores, tales como el principio de oportunidad y las formas de justicia restaurativa; la segunda, aborda en detalle la Ley 1153 de 2.007 o de pequeñas causas y las razones por las cuales se declaró su inexequibilidad; la tercera, los fundamentos del Acto Legislativo 06 de 2.011 en el que se introduce el acusador privado, mostrando sus consecuencias; la cuarta, el modelo que ya se está imponiendo en la Fiscalía, es decir, la priorización de situaciones y casos como respuesta a los altos índices de criminalidad cuyos actores son bandas criminales; en quinto lugar, se plantean posibles soluciones con el propósito de que la Fiscalía pueda cumplir de manera eficaz con la función que le fue atribuida, esto es, investigar todos los comportamientos que tengan la característica de delito, entre éstos los cometidos en establecimientos de comercio, para finalmente presentar las conclusiones producto de la investigación.

La concepción de delito menor o bagatelar en Colombia.

Si bien es amplia la doctrina y jurisprudencia que existe al respecto y hay gran variedad de interpretaciones por los operadores judiciales al momento de calificar un delito menor o bagatelar, es preciso señalar que:

“el origen de esta expresión se encuentra en la Europa de la posguerra cuando, en virtud de las circunstancias socioeconómicas se produce un evidente incremento de los delitos contra el patrimonio económico, una de cuyas características básicas era la de su pequeña relevancia y la frecuencia en su comisión”.(Forero, 2006, p. 245)

A partir de esta idea central y precisamente por su cantidad, se atribuye a tales conductas la congestión de los despachos judiciales, lo cual ha impedido en el país materializar ese deber ser de una pronta y cumplida justicia, por la imposibilidad del Estado de investigar todas aquellas conductas que revistan el carácter de delito y es así que por razones de política criminal se han intentado varias alternativas para combatir la criminalidad bagatelaria, criminalidad que incide en aspectos sociales y jurídicos, como son la “sobrecarga en la administración de justicia, desprestigio del derecho penal y violación al principio de proporcionalidad.”² (Forero, 2006, p. 245 y 246)

² Al respecto ver la idea de FORERO. “SOBRECARGA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Para nadie es un secreto que, particularmente en nuestro país, los despachos judiciales están absolutamente atiborrados de expedientes por procesos que los mismos funcionarios judiciales tildan de ‘poca monta’, ello sin lugar a dudas recarga la administración de justicia, incide notablemente en su lentitud y paralelamente la desprestigia, máxime cuando la legislación procesal penal de nuestro país casi nunca ha sido concebida para pensar en el denominado ‘pequeño conflicto, y se utiliza para procesar esta criminalidad con los estándares procesales de la criminalidad mayor DESPRESTIGIO DEL DERECHO PENAL. Frente a estos casos, el desprestigio del derecho penal es evidente, pues ante la sobrecarga de la administración de justicia, y con un marco procesal pensado para criminalidad mayor, el proceso se vuelve absolutamente ineficiente. De esta manera abunda la lentitud y se frustran las expectativas de todos los actores del conflicto, del victimario. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, Resulta curioso que frente a la criminalidad que se suele llamar bagatelar o en general a la pequeña criminalidad, una reacción punitiva, aunque eficiente por parte del derecho penal, resulta también criticable. Cuando se aplica una pena, respecto de una conducta bagatelar, se considera que se está lesionando el principio de proporcionalidad, al considerarse excesiva la aplicación de una sanción penal drástica, pensando normalmente para otro tipo de criminalidad.”

Cuáles conductas se han considerado como delitos menores o bagatelares?

Para responder este interrogante y tratándose de hurtos cometidos en Grandes Superficies, es pertinente citar el Décimo Censo Nacional de Mermas y Prevención de Pérdidas-Mercado Detallista 2012 en el que se hace una relación de los diez artículos más Hurtados por número de unidades, durante los años 2009, 2010 y 2011.

Tabla 1 Décimo Censo Nacional de Mermas 2009

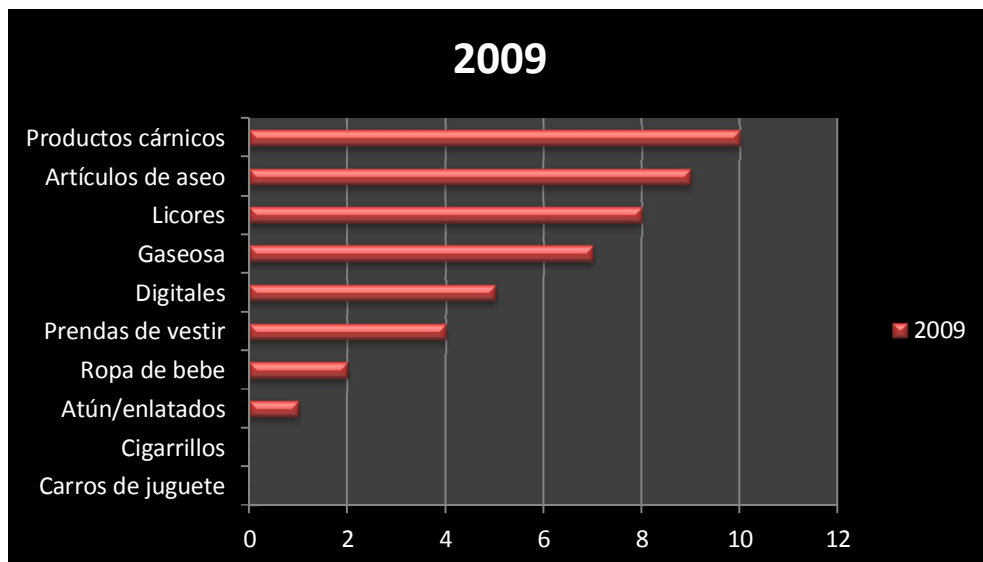


Tabla 2 Décimo Censo Nacional de Mermas 2010

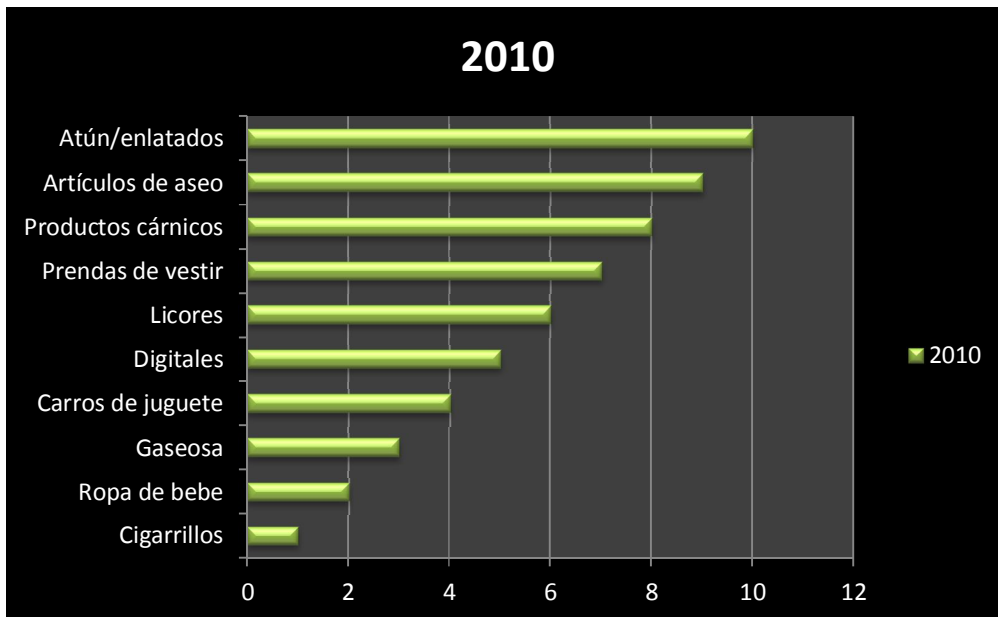
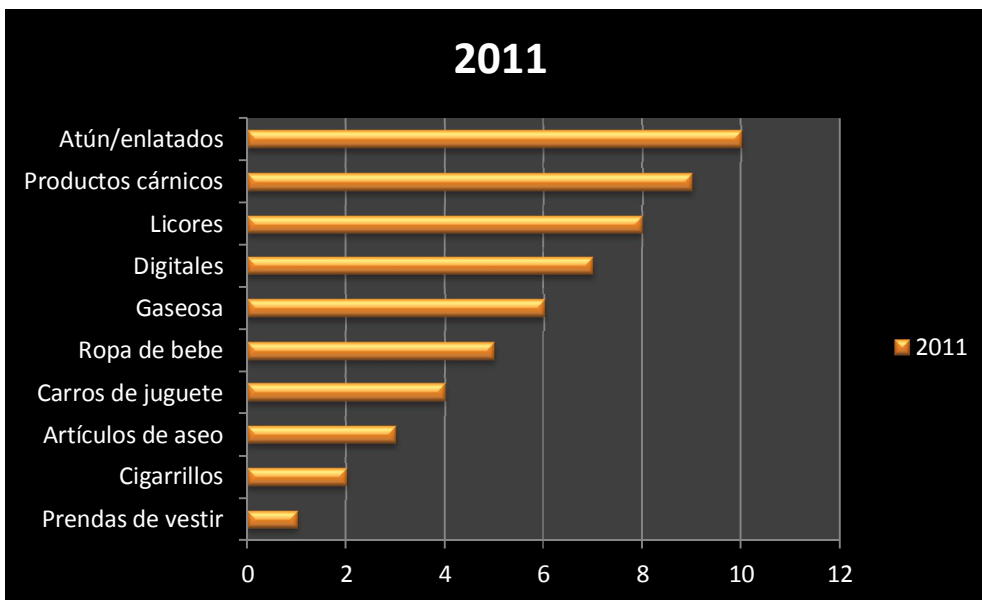


Tabla 3 Décimo Censo Nacional de Mermas 2011



(Fuente: Fenalco 2012)

Lo anterior, porque basta citar esta relación y el valor económico de tales productos para entender por qué al hurto de los mismos se les considera delito menor o bagatelar, pues al revisar la definición etimológica de este término y de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, bagatela significa “cosa de poca substancia y valor”, de ahí que ese término ha sido utilizado para dar este calificativo a los delitos contra el patrimonio económico cuya cuantía es irrisoria como podrían catalogarse los señalados en líneas anteriores que se considera producen una lesión escasa al bien jurídico tutelado por el legislador.

Aquí es preciso tener en cuenta que para el Derecho Penal, el apoderamiento de estos bienes y/o productos constituye un delito de HURTO AGRAVADO, por cuanto la conducta se ejecuta sobre cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, cuya pena es de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses, marco punitivo que se aumenta de la mitad a las tres cuartas partes, como quiera que se materializa en establecimiento público o abierto al público (Grandes Superficies) (Art. 241 Numeral 11 del C.P.), en la mayoría de los casos en la modalidad de Tentativa, porque el resultado no se materializa por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto agente, es decir, por la pronta y oportuna intervención de quienes ejercen las funciones de vigilancia y seguridad, con circunstancia de atenuación punitiva Art. 268 del Código Penal, concretamente, porque la conducta se comete sobre cosa cuyo valor sea inferior a un (1) salario mínimo legal mensual, siempre que el agente no tenga antecedentes penales y que no se haya ocasionado grave daño a la víctima atendiendo su situación económica circunstancia que da lugar a que la pena se disminuya de una tercera parte a la mitad.

Se considera que es Hurto Calificado cuando el apoderamiento se realiza superando seguridades electrónicas u otras semejantes, esto es, los mecanismos de seguridad que se instalan en las mercancías, evento en el que la pena es de seis (6) a catorce (14) años tal como lo prevé el Art. 240 Numeral 4 del Código Penal.

Instrumentos Alternativos aplicables al delito menor o bagatelar

1.- El Principio de Oportunidad.

El Acto Legislativo 03 de 2.002 modificó, entre otros, el Art. 250 de la Constitución Política de 1.991, ello con el propósito de introducir cambios institucionales y normativos, el principal al señalar de manera específica la competencia de la Fiscalía General de la Nación.

Art. 250. 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 la 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 penal 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. (Constitución política de Colombia, 1991, art.250)

Se determinan entonces tres cambios sustanciales:

- 1.- El ejercicio de la acción penal radica en cabeza de la Fiscalía General de la Nación
- 2.- Esa función es de carácter obligatorio y no renunciable.
- 3.- Como excepción al principio de legalidad y/o carácter irrenunciable del ejercicio de la acción penal, surge el principio de oportunidad.

De la transformación reseñada y consultando la exposición de motivos que dio lugar a esta figura se tiene que:

“este principio pretenderá resolver los conflictos menores que se presentan con gran frecuencia, que a pesar que muchas veces no alcanzan a vulnerar materialmente los bienes jurídicos protegidos por el legislador, aumentan las cifras de congestión judicial e implican un desgaste innecesario del sistema. La filosofía del principio de oportunidad radica pues, en la necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia, descongestionándola de la criminalidad de poca monta.” (Toro, 2013 p.939).

Es así como la Fiscalía enfrenta un gran desafío: descongestionar a la administración de justicia de aquellas investigaciones adelantadas por delitos menores, renunciando, suspendiendo o interrumpiendo el ejercicio de la acción penal.

Por lo tanto y tal como lo enseña la experiencia judicial, esta figura tratándose de delitos menores o bagatelares cometidos en grandes superficies, se aplica principalmente invocando las causales 1°, 7° y 13 del Art. 324 de la Ley 906 de 2.004, las cuales fueron modificadas por el Art. 2° de la Ley 1312 de 2.009, siendo actualmente las Causales 1°, 7° y 12 de la norma ya enunciada, cuyo contenido aparece relacionado a continuación:

1.- Cuando se tratare de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la ley no exceda de seis (6) años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada, si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público.

De conformidad con la adición realizada a través del artículo 40 de la Ley 1474 de 2.011, incorporada en el párrafo 2° del numeral 18° del artículo 324 del C.P.P., en el evento de que el delito sea sancionado con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión, será proferida por el Fiscal General de la Nación o por quien el delegue de manera especial para tal efecto, función que está cumpliendo un Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior.

7.- Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.

12.- Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

La primera causal no requiere mayor explicación. Esta se aplica para los delitos de Hurto Agravado, es decir, cuando el apoderamiento de la cosa mueble ajena se ejecuta en establecimiento público o abierto al público. Art. 241 Ley 599 de 2.000. Modificado por el Art. 51 de la Ley 1142 de 2.007.

El párrafo procede cuando el hurto es calificado, esto es, cuando el apoderamiento se cometa con violencia sobre las cosas o superando seguridades electrónicas u otras semejantes Art. 240 Ley 599 de 2,004, modificado artículo 37° Ley 1142 /2007.

Ahora bien en lo atinente a la causal contemplada en el numeral 7°, ésta aparece en el Art. 325 Ley 906 de 2.004, modificado L. 1312 /2009. Art. 3 y 4 y se efectúa para suspender el procedimiento a prueba antes de decidir sobre la renuncia al ejercicio de la acción penal. Aquí el imputado o acusado y hasta antes de la audiencia de juzgamiento, realizará solicitud en la que pondrá de presente un plan de reparación del daño y las condiciones que cumplirá en un período que no puede ser superior a tres años. (Art. 326 C.P.P)³

Finalmente la causal 12 ya enunciada responde a la proporcionalidad que debe existir entre castigo y delito, puesto que aquí la conducta es típica – hurto-, antijurídica en cuanto se afecta sin justa causa un bien jurídico protegido por el legislador –patrimonio económico-, pero el juicio de reproche debe jerarquizarse para establecer cuáles conductas llegan a ser tan insignificantes que hacen innecesaria la imposición de la pena y sin utilidad social.

³ Las condiciones a cumplir durante el período de prueba y que aplicarían para los delitos contra el patrimonio económico aparecen expresamente señaladas en el Art. 326 del Código de Procedimiento Penal en los siguientes términos: a.- Residir en un lugar determinado e informar al Fiscal de conocimiento cualquier cambio del mismo. b.- Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas. c.- Prestar servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad. d.- Someterse a un tratamiento médico o psicológico. g.- La reparación integral a las víctimas, de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley. h.- La realización de actividades a favor de la recuperación de las víctimas. i.- La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento. J.- la manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa. K.- La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social.(Art. 326 C.P.P.)

“Esta fue una de las primeras causales incluidas en la legislación germana, hacia el año de 1.924. Su posición en el contexto del proceso penal tenía como objetivo darle una salida político criminal a la delincuencia de bagatela en aquellos casos en que el efecto negativo de la pena puede obviarse dada la entidad del hecho y la personalidad del autor. En nuestra legislación, los patrones de aplicación no se diferencian mucho de tal objetivo” (Bernal & Montealegre, p. 556)

Luego de estas precisiones, puede decirse que el ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía, no es una facultad discrecional, sino reglada para lo cual deben cumplirse los presupuestos exigidos para tal fin:

1.- No podrá comprometer la presunción de inocencia y solo procederá si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad. (Art. 327 C.P.P.)

2.- En la aplicación del principio de oportunidad, el fiscal deberá tener en cuenta los intereses de las víctimas. Para estos efectos deberá oír a las que se hayan hecho presentes a la actuación. (Art. 328 C.P.P.)

3.- La decisión que prescinda de la persecución, extinguirá la acción penal respecto del autor o participe en cuyo favor se decide, salvo que la causal que la fundamente se base en la falta de interés del Estado en la persecución del hecho, evento en el cual las consecuencias de la aplicación del principio se extenderán a los demás autores o partícipes en la conducta punible, a menos que la ley exija la reparación integral a las víctimas. (Art. 329 C.P.)

4.- El imputado o acusado, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba de la misma forma en que lo pueden hacer las personas simplemente imputadas, mediante solicitud oral en la que manifieste un plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir.

El plan podrá consistir en la mediación con las víctimas en los casos en que esta sea procedente, la reparación integral de los daños causados a las víctimas o la reparación simbólica, en la forma inmediata o a plazos en el marco de la justicia restaurativa. (Art. 325 C.P.P.)

5.- El Juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad de las solicitudes individuales o colectivas respectivas dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad.

Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la

Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El Juez resolverá de plano (Art. 327 C.P.P.)

2.- la conciliación.

El Art. 37 de la Ley 906 de 2.004, modificado por el artículo 2° de la Ley 1142 de 2.007 en el numeral 3°-Inc. 2°, señala que "la investigación de oficio no impide aplicar, cuando la decisión se considere necesaria, los efectos propios de la querrela para beneficio y reparación integral de la víctima del injusto."

Aquí es preciso indicar que de conformidad a lo dispuesto en el Art. 522 de la Ley 906 de 2.004, la conciliación se realiza obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal tratándose de delitos querellables; no obstante a partir del Art. 37 ya referenciado, los Fiscales Delegados ante los Juzgados Penales Municipales, quienes conocen del delito de Hurto ocurrido en establecimientos de comercio, y de no existir imputación, convocan a los representantes legales de los establecimientos de comercio y los presuntos indiciados a fin de celebrar audiencia de conciliación, que de prosperar permite el archivo de las diligencias con los consecuentes beneficios para las partes en conflicto y en especial para la propia administración de justicia ya que evita el desgaste innecesario de ésta.

3.- El desistimiento.

Esta forma de terminación del proceso se aplica para los delitos querellables, con observancia de la regla que establece el artículo 76 de la ley 906 de 2004, sin embargo con el mismo referente de la conciliación, es decir, extendiendo la aplicación del Art. 37 ibídem, o con la regla de favorabilidad en la sucesión de leyes

en el tiempo con el artículo 42 de la ley 600 de 2000, ya que el delito de Hurto Agravado cometido en establecimientos de comercio es investigable de oficio; la Fiscalía General de la Nación a través de los delegados que conocen de estas conductas punibles, dispone el archivo de las diligencias previo a la imputación. Pero si el evento es posterior a la imputación se acudirá en causal 1ª de preclusión ante el Juez de Conocimiento.

4.- La Mediación.

El art 523 de la Ley 906 de 2.004 define la mediación como un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, realiza un acercamiento entre víctima, imputado y/o acusado con el fin de solucionar el conflicto existente entre éstos.

Procede desde la formulación de la imputación y hasta antes de la iniciación del juicio oral para los delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco (5) años, es decir, tiene aplicación para el delito de Hurto Agravado cometido en establecimientos de comercio, pero solo en el evento de que las partes de forma expresa y voluntaria decidan someter su caso a una solución de justicia restaurativa. Es la más utilizada cuando se pretende hacer uso del principio de oportunidad en su causal 7ª del artículo 324 del C.P.P., vigente.

Los puntos a los que podrá referirse la mediación son: reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados, realización o abstención de determinada conducta, prestación de servicios a la comunidad y pedimento de disculpas o perdón.

5- Sentencia Absolutoria por no cumplimiento de los requisitos a que se refiere el Art. 381. Ley 906 de 2.004.

En este caso opera la estructura de la teoría de los elementos negativos del tipo penal, y consiste en que la antijuridicidad como elemento autónomo y estructural de la conducta punible se aprecia directamente en tipicidad, por ende si el comportamiento adolece de falta de antijuridicidad material por la insignificante lesividad al bien jurídicamente tutelado, conlleva a que al estar incorporada la antijuridicidad en la tipicidad la conducta paralelamente resulte atípica de tal forma que los medios de prueba resultan insuficientes para la acreditación de la conducta punible.

El Art. 11 de la Ley 599 de 2.000 señala dentro de las normas rectoras de la ley penal la Antijuridicidad. Allí describe los presupuestos para que una conducta típica sea punible, esto es, que “lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa el bien jurídicamente tutelado por la ley penal”

Aplicando esta disposición, se ha considerado que los delitos menores o bagatelares no deben ser investigados por aplicación del principio de insignificancia. Es así que por vía jurisprudencial, concretamente la Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Penal, proceso No. 29183 del 18 de noviembre de 2.008 . M. P. Leonidas Bustos Martínez, en desarrollo del principio de lesividad señaló que “la antijuridicidad como elemento estructurante del delito, debe ser entendida en sentido material y no solo desde su perspectiva formal, es decir, como la mera disconformidad de la conducta con el ordenamiento legal”⁴, esto refiriéndose a la definición de Antijuridicidad. Si bien no refiere al patrimonio económico en estricto sensu, da el punto de partida a la valoración de la mínima lesividad, como

⁴Esto significa que el derecho penal no existe para sancionar exclusivamente con base en la confrontación que se haga de la acción humana con la norma, sino más allá, para punir cuando de manera efectiva e injustificada se afecta o somete a peligro un bien jurídicamente tutelado. Así lo ha expuesto la Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo en la sentencia de casación del 21 de abril de 2.004 radicado 19.930...Se destaca entonces la trascendencia que tiene la noción de lesividad en el derecho penal” ...Sobre estos postulados, la Corte ha establecido que ante la insignificancia de la agresión, o la levedad suma del resultado, ‘es inútil o innecesaria la presencia de la actividad penal, como tal en el caso de los llamados delitos de resultado de bagatela’. (Sentencia del 8 de agosto de 2.005. Rad. 18609”

regla de interpretación en la ausencia de antijuricidad material por insignificancia de afectación del bien jurídico.

Quiere decir lo anterior, que si la afectación al bien objeto de tutela jurídica es irrelevante por imposibilidad práctica de concreción, dicha línea jurisprudencial es extendible a todo comportamiento de similar identidad en cuanto refiere a la mínima lesividad indistintamente del bien jurídico que sea objeto de protección o tutela jurídica. Por lo cual resulta teleológicamente aplicable a los delitos menores o bagatelares contra el patrimonio económico.

Valga decir, si no existe detrimento patrimonial, ni afectación por imposibilidad real de afectación al patrimonio económico como bien jurídicamente tutelado, conllevaría en consecuencia a la existencia de una mínima lesividad o insignificancia en sede de antijuricidad material.

Por citar un ejemplo, un ciudadano ingresa a un establecimiento de comercio denominado grande superficie se apodera de un elemento de menor valor como una lata de atún, supera la expectativa de pago de las cajas, y al pretender salir sin pagar el elemento del almacén, el sensor de la puerta da alerta que conlleva a que el vigilante requiera a la persona y descubra el elemento, recuperando el elemento para el almacén y capturando al ciudadano.

Como vemos el ejemplo, la posibilidad de afectación real al patrimonio económico como bien jurídicamente tutelado en favor de la grande superficie es mínima en el entendido del valor del elemento objeto de desapoderamiento, pero su insignificancia en aplicación del principio de mínima lesividad como condición de antijuricidad material, recae, en el supuesto de que el elemento nunca sale del ámbito de protección del establecimiento y retorna consecuentemente al mismo, es decir nunca se presenta una lesión al patrimonio económico.

Pero al observar la puesta en peligro, de igual forma queda en abstracta, dada la condición de imposibilidad práctica del infractor de superar las medidas de

seguridad del establecimiento que impide la concreción de un peligro real de no retorno del bien objeto de protección al titular del mismo. Por ello también sería insignificante su puesta en peligro, siendo ínfima la lesividad que pudiera generarse al bien jurídicamente tutelado.

A partir de esta definición, es necesario revelar un estudio publicado por Fenalco para ilustrar los mecanismos más usados para el apoderamiento de los bienes y productos que se venden en las grandes superficies, esto para explicar las razones por las cuales tratándose de hurtos cometidos en los citados establecimientos y en la modalidad de tentativa se considera que el comportamiento realizado no es idóneo para materializar el atentado contra el patrimonio económico.

Tabla 4 Mecanismos para el apoderamiento

ROBO EXTERNO	2007	2008	2009
SUSTRACCIÓN DE MERCANCÍAS EN BOLSAS DE ALUMINIO	19,30%	23,09%	13,02%
MERCANCÍAS EN BOLSA PLÁSTICA DEL ALMACEN Y TIQUETES FALSOS	14,81%	16,05%	12,54%
OCULTAR MERCANCÍAS EN PRENDAS, BOLSOS Y CARTERAS	20,57%	20,30%	26,51%
CONSUMO EN LA TIENDA DE ALIMENTOS	8,00%	9,04%	11,81%
CAMBIO DE CÓDIGOS EN LAS MERCANCÍAS	9,30%	6,90%	9,31%
USO DE COCHES DE BEBE PARA SUSTRAR MERCANCÍAS	3,37%	10,26%	4,65%
FRAUDE CON DOCUMENTOS VALORES	8,82%	8,37%	8,03%
PONERSE ROPA DEL ALMACEN	3,11%	3,59%	6,38%
USO DE FAJAS	11,23%	0,74%	5,64%
COMPLICIDAD CON CAJEROS	1,51%	1,67%	2,10%
UTILIZAR MENORES DE EDAD PARA SUSTRAR MERCANCÍAS	0,00%	0,00%	13,02%
TOTAL	100%	100%	100%

(Fuente: López, L (2009). *Modalidades de robo más detectadas en grandes superficies*, recuperado el 14 de agosto de 2013 de <http://www.Fenalco.com.co>).

Es así que quienes sostienen la teoría conforme a la cual se configura el punible de hurto agravado tentado, señalan que quien ingresa a un establecimiento, toma algún objeto y/o producto de los que se encuentran en exhibición, los camufla en bolsas de aluminio y/o ajusta su comportamiento a cualquiera de las modalidades señaladas, realiza actos idóneos e inequívocamente dirigidos a defraudar el patrimonio económico, solo que el resultado no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto agente como lo es la pronta y oportuna reacción de quienes

ejercen la vigilancia del lugar, es decir, encuadra su actuar al contenido de los Arts. 239, 241, numeral 11 y 27 de la Ley 906 de 2.004.

Aquí la Tentativa se estructura con base en dos criterios fundamentales:

“Criterio objetivo: Comienzo de ejecución mediante actos idóneos; se establece el criterio de idoneidad para marcar la diferencia entre actos preparatorios y actos ejecutivos.

Criterio subjetivo: Realización de actos directa e inequívocamente dirigidos a la consumación de un hecho punible” (Pabón, 2013 p.454)

En estos eventos se prosigue la actuación, puede realizarse imputación y allí el proceso continúa con las audiencias de acusación y juicio oral, debiéndose señalar que en desarrollo de las mismas se puede solicitar aplicación del principio de oportunidad, hasta antes de la iniciación del juicio, y si ya ha fenecido esta posibilidad, acudir a la preclusión de la investigación de que trata la Ley 600 de 2.000, ello de materializarse la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con la conducta punible y solo tratándose del delito de Hurto Agravado, ya que el Art. 42 de la Ley 600 de 2.000 exceptúa la aplicación de la preclusión de la investigación para el delito de Hurto Calificado, como lo sería violando o superando las seguridades.

Contrario sensu, quienes sostienen que no hay antijuridicidad material, señalan que el patrimonio económico de las grandes superficies no está en peligro real, ya que los objetos se mantienen bajo la custodia de quienes ejercen la seguridad y más aún cuando se logra su recuperación. Lo que sucede en la mayoría de los casos, en donde la práctica judicial enseña que no obstante la persona es observada por la cámaras de seguridad, esto cuando utiliza alguno de los mecanismos ya enunciados, se espera a que intenten salir del almacén con los elementos de que se ha apoderado para así retener al presunto infractor y de allí que se estime que no hay una verdadera afectación del bien jurídico protegido por el legislador porque los

elementos que son materia de sustracción en ningún momento han salido de la esfera de custodia de su dueño o en este caso de los agentes de seguridad que han sido contratados para tal fin, y de allí que en algunas oportunidades de ordene la absolución como ocurrió en el radicado 11001600002320091007601, en decisión de fecha quince (15) de febrero de dos mil diez (2,010), Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero y en la sentencia de segunda instancia 11001600001920130939401, de fecha tres (3) de febrero de dos mil catorce (2.014), Magistrado Ponente Alberto Poveda Perdomo.

Aquí es preciso tener en cuenta que dentro de las funciones dogmático- político criminales de la antijuricidad material, esta cumple las siguientes:

“1.- Opera como un corrector de la tipicidad, esto es, cuando en el proceso de adecuación típica intervienen conductas que ningún daño causan o que son insignificantes, tales conductas se declaran irrelevantes penalmente.

3.- Opera como un correctivo a las deficiencias de la antijuricidad formal, la cual se agota en una lógica formal, evitando la realización de la justicia material” (Gómez, 1.994 p. 118).

Y es que el concepto de antijuricidad como elemento del delito, tiene sustento en el Art. 2. Inc. 2 de la Constitución Nacional, aparece desarrollado en el Art. 11 de la Ley 906 de 2.004 y se relaciona directamente con el principio de insignificancia, conforme al cual,

“es necesario para la antijuricidad la afectación injustificada del bien jurídico, siendo así menester, y en atención a la *última ratio* del Derecho Penal que la lesión o peligro efectivo de lesión sean socialmente relevantes, que no se trate de un daño insignificante” o pueril pues en este caso se presentaría atipicidad.

La anterior conclusión tiene sustento en los principios de lesividad y proporcionalidad, regulados en los artículos 2, 16 y 214 num. 2 de la Carta Política. Resultaría en extremo desproporcionado que una leve escoriación, o la sustracción de dos o tres manzanas del huerto se sancionara con la pena del hurto” (Gómez, 2011 p.70)

En este sentido y parafraseando a Velásquez (2.010 p. 460) “ se concibe la antijuricidad desde una perspectiva político criminal – como manifestación del principio de lesividad o de protección de bienes jurídicos de que es plasmación, además de ser reflejo del imperio del postulado de necesidad de intervención, sin el que no es pensable el derecho penal en una organización democrática”

La Ley 1153 de 2007 y su examen de constitucionalidad

De manera global se puede indicar que esta ley convirtió en contravenciones, conductas que eran catalogadas como delitos, desarrollando un procedimiento oral, abreviado, sin la intervención de la Fiscalía, ya que su conocimiento se asignó a los Jueces de Pequeñas Causas y con penas alternativas a la de privación de la libertad, atendiendo precisamente su menor gravedad frente a las demás conductas punibles. En términos generales se tiene que la Ley 1153 de 2007 “surge como una propuesta para descongestionar el proceso penal consagrado en la Ley 906 de 2.004, 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 eran clasificadas como delitos querellables” (Corte Constitucional de Colombia,sent. 879, 2008). Es importante dejar en claro, que aunque el código penal vigente clasifica el delito en su artículo 19 como delitos y contravenciones, a partir de la inexecutable de la ley 1153 de 2007 que consagraba las contravenciones, tan solo en la práctica se tienen los delitos, la regla general es que el delito querellable era contravencional y la excepción que ampara la ley es que algunos,

aunque no tenían esta condición como el hurto agravado, hurto atenuado, estafa, daño en bien ajeno, emisión y transferencia ilegal de cheque, entre otros, por su cuantía, es decir, no superar los diez salarios mínimos mensuales vigentes igualmente se les otorgó dicha categoría de contravencional.

Se pretendía entonces con esta ley y según lo explicado por Urrutia y Cuesta (2007, P.13) “controlar la significativa entrada de delitos menores al sistema penal acusatorio, lo cual impide concentrar los esfuerzos en la lucha contra la gran criminalidad...así como especializar la labor investigativa que adelanta actualmente la Fiscalía General de la Nación para los grandes delitos” y ser una solución a la manifiesta inseguridad que aquejaba la ciudad, por la denominada delincuencia callejera, representada en más de un 50% en raponazos, hurto mediante violencia y hurto en establecimientos de comercio.

De las características generales de esta ley solo se hará referencia a la relacionada con la participación del querellante y las formas de terminación de la actuación, puesto que la iniciación del proceso contravencional, requería querrela de parte, salvo que se tratara de captura en flagrancia, evento en el que el proceso era iniciado de oficio, de allí que se hubiese establecido un procedimiento en caso de flagrancia y un procedimiento ordinario.

Si se trataba del procedimiento especial ante el Juez de Pequeñas causas en caso de flagrancia, se realizaban dos audiencias, la preliminar de control de captura y la de juzgamiento por captura en flagrancia.

A la audiencia preliminar debía asistir la persona o funcionario que hubiese efectuado la captura para efectuar una narración de los hechos que dieron origen a la misma e igualmente debía asistir la víctima. Si ésta se encontraba presente y se declaraba la legalidad de la captura, formulaba la respectiva querrela, la cual se entendía como *imputación fáctica*, de no encontrarse presente, el Juez le nombraba un abogado de oficio quien realizaba la *imputación* en este caso *jurídica*, para que el querrellado indicara si la aceptaba o no.

En el evento que se declarara ilegal la captura, se dejaba en libertad inmediata al aprehendido y si existía querrela se seguía el trámite por el procedimiento ordinario previsto en esa ley. De no existir querrela, es decir, si no concurría la víctima o su representante legal, la actuación permanecía en el Centro de Servicios Judiciales hasta tanto se presentara la respectiva querrela o se generara su caducidad, esto en un término de 30 días, la que era solicitada por el querrellado o su abogado ante el Juez de Pequeñas causas que conocía del caso,

Si la actuación debía seguirse bajo el procedimiento ordinario, es decir, en casos de NO FLAGRANCIA, ésta se iniciaba con la presentación de la querrela en el Centro de Servicios Judiciales de los Jueces de Pequeñas causas, la cual debía contener los generales de ley del querellante, identificación del querrellado, hechos, cuantía, pruebas que pretendía hacer valer, así como las pretensiones de carácter indemnizatorio. En este procedimiento se efectuaban dos audiencias, preliminar y Juzgamiento.

En la primera, el querellante debía señalar los hechos, formular la respectiva IMPUTACIÓN y sus pretensiones, el querrellado indicaba si aceptaba o no la imputación.

“Lo interesante y lo que debemos poner de presente es el papel que la víctima juega en dichas audiencias, pues la Fiscalía no tiene ninguna participación en el procedimiento de las pequeñas causas, de manera que quien asume el papel de acusador es la propia víctima; la misma ley le impone el deber de precisar la imputación y de otorgarle a los hechos una adecuación típica” (Gaviria 2008 p.491).

De esta ley es preciso rescatar algunas de sus características, esto es, que se trataba de un procedimiento abreviado, en el que procedía la conciliación judicial y extrajudicial, la indemnización integral y el desistimiento como formas de extinción de la acción contravencional. Prevalecía el principio de la libertad y solo

excepcionalmente procedía el arresto efectivo e ininterrumpido y el arresto de fin de semana.

Sin embargo, esta ley desde su inicio encontró múltiples dificultades, entre otras razones, por su remisión genérica al procedimiento de la ley 906 de 2.004, al punto que mediante sentencia C. 879 de 2.008, se declaró inexecutable la Ley 1153 de 2.007, mediante la cual se establece el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal, ello porque estas conductas tienen todos los elementos de un delito y siendo ello así se debía respetar la competencia de la Fiscalía General de la Nación y/o monopolio del ejercicio de la acción penal, tal como lo establece el Art. 250 de la Constitución Nacional en el que de manera expresa se indica que ésta se halla obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito y que lleguen a su conocimiento a través de alguno de los mecanismos establecidos por el legislador.

Desmonopolización del ejercicio de la acción penal

En la exposición de motivos para reformar el Art. 250 de la Constitución Nacional se hizo nuevamente hincapié en los miles de procesos que se encuentran en la Fiscalía en la etapa de indagación, destacándose las conductas punibles que generan menor impacto y/o causan menor alarma social, es decir, las denominadas pequeñas causas, comportamientos que impiden la investigación de delitos de mayor connotación social.

Por lo anterior y frente a los errores cometidos en la Ley 1153 de 2.007, la que tal como se anotó fue declarada inconstitucional a través de la sentencia C-879 de 2.008, se introdujo a través del Acto Legislativo 06 de 2.011 un parágrafo al artículo 250 de la Constitución Nacional del siguiente tenor:

Parágrafo 2°.” Atendiendo a la naturaleza del bien jurídico o a 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”.

De esta manera se desmonopoliza el ejercicio de la acción penal, ya que en algunos eventos, como lo sería tratándose de delitos menores y/o denominadas pequeñas causas no será necesario acudir a la Fiscalía, porque a través del acusador privado el ciudadano podrá acceder a la administración de justicia.

Sin embargo y tal como lo señaló RENATO VARGAS LOZANO en el artículo titulado EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN COLOMBIA. REFLEXIONES EN TORNO A LA REFORMA AL ARTÍCULO 250 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL, “una decisión en tal sentido conlleva, a no dudarlo, un retroceso significativo en el arduo camino transitado por la humanidad en aras del perfeccionamiento del proceso penal y de sus instituciones, mismo que inicia, recuérdese, con la venganza privada y desemboca en la organización e institucionalización de la administración de justicia como función estatal”.

Posición que se comparte en cuanto no está preparado el país para implementar este modelo de justicia por las dificultades que ello entrañaría y porque en la práctica podría desbordar el número de casos que llegarían a conocimiento de los jueces por el excesivo uso de esta figura por parte de los particulares, eso sin contar aquellos casos en que podría evidenciarse una infundada o malintencionada incriminación, es decir, se desfiguraría la función que básicamente le ha sido asignada a la Fiscalía General de la Nación por la Constitución Nacional, así como los principios que la irradian.

De esta forma se pretende extraer del conocimiento del órgano de persecución penal un sin número de delitos de características menores cuando la solución es quizá más de orden administrativo, pues debe precisarse que no solo son esas conductas punibles de menor entidad las que han congestionado la administración de justicia,

sino que existen delitos de mayor entidad que igual están represados, por vía de ejemplo se podría citar el porte ilegal de armas, el tráfico de estupefacientes, la falsedad documental, los delitos sexuales, violencia intrafamiliar, inasistencia alimentaria, entre otros, con lo que se quiere significar que el problema de fondo está en el número de funcionarios que conocen de estos casos que resulta mínimo frente al incremento de la población delictiva.

No obstante y frente a la crítica del estado actual del sistema penal acusatorio, por lentitud y represamiento de investigaciones, el Fiscal General, mencionó como un primer paso para enfrentar esta crisis, el desarrollo del acto legislativo 06 de 2011, mediante el cual se reformó el Art. 250 de la Constitución Nacional en el que se desmonopoliza la acción penal en delitos de menor grado o en los casos que determine el Congreso, es decir, se asigna el ejercicio de la acción penal a la víctima, o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación, claro sin perjuicio del poder preferente amparado al ente persecutor, conforme decreto 379 de 2012.

Es así que un examen atento de los diferentes debates que dieron origen a ese acto legislativo, evidencia que éste se sustentó en un estudio realizado por la Corporación Excelencia en la Justicia, en el cual demuestra que miles de procesos se encuentran actualmente en indagación sin que la Fiscalía haya tomado una decisión de fondo, lo cual genera altos índices de impunidad y una gran crisis en la administración de justicia, al punto que un sinnúmero de noticias criminales culminan con prescripción de la acción penal.

En tal sentido y abordando el modelo de sistema penal acusatorio que rige en el país, ello implicaría un cambio normativo, de infraestructura e inclusive de carácter cultural, porque antes de entregar la administración de justicia a los particulares como un simple mecanismo de descongestión, con esto no solo se estaría privatizando un segmento del sistema penal, sino que paralelamente y contrario a lo que se pretende, uno de los dilemas fundamentales que enfrenta esta reforma constitucional es cómo hacer compatible este modelo de justicia con el respeto a los principios y derechos

constitucionales de las partes intervinientes y en especial los derechos de las víctimas.

Y es que “un sistema de política criminal que no atiende a las víctimas o que se conforma con reconocerles de manera parcial e insuficiente algunos de sus derechos no puede ser eficiente ni considerado como garantista. Es un sistema que no llegará nunca a su finalidad esencial de generar condiciones sociales de convivencia pacífica en el marco del respeto a los derechos fundamentales de todas las personas” (Mestre, 2012, p. 88).

De todos modos y aunque “la reforma constitucional en sí misma no advierte contradicción alguna con los principios estructurales del procedimiento penal”, (Sánchez, 2015), es evidente que aún no ha quedado resuelta de manera definitiva la problemática. Se deberá revisar el proyecto de ley que materializará el Art.2 ° del Acto Legislativo 006 de 2.011, ya que “cualquier procedimiento que el legislador desarrolle para el ejercicio de la facultad de acusación privada debe respetar, por ejemplo, (1) la separación entre la investigación y el juzgamiento (principio acusatorio) que la Constitución consagra, (2) la reserva judicial necesaria para afectar derechos fundamentales...(3) la garantía de derechos constitucionales en todo el procedimiento y (4) la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad.” (Bernal & Montealegre, 2013, p.660).

Debe tenerse en cuenta además otra de las características del acusador privado, esto es “que la acción penal pueda ser ejercida por el acusador privado, implica que su actividad cobija tanto la investigación como la acusación. Lo anterior, se insiste, abre un sinnúmero de posibilidades a las víctimas dentro del proceso penal, pero al mismo tiempo impone una serie de límites y obligaciones de respecto a los derechos fundamentales y a la reserva judicial para su afectación” (Bernal & Montealegre, 2013, p.660).

Priorización de situaciones y casos

Frente a la ineficacia y deficientes resultados en las investigaciones, el Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, Fiscal General de la Nación, expidió la Directiva No. 0001 de fecha 4 de octubre de 2.012, mediante la cual se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de los criterios de priorización de situaciones y casos, para los cual las Direcciones Seccionales realizarán un diagnóstico de los patrones criminales que afectan a la comunidad. Es así que dentro de las razones que justifican esta reforma se señala que deben adoptarse instrumentos de política criminal que permitan racionalizar el orden de atención de las peticiones ciudadanas de justicia para lo cual se deben hacer ocho construcciones, entre las cuales es importante destacar la primera y la séptima:

Primera: “El modelo vigente, fundado en que todas las demandas de justicia deben ser atendidas por la administración de justicia al mismo tiempo y de igual forma, sin tomar en cuenta criterios materiales diferenciales, tales como, entre otros, la calidad y el interés de la víctima, el grado de responsabilidad del investigado, la clase de delito de que se trate, el impacto que la conducta criminal produjo en determinada comunidad y la riqueza probatoria con que se cuente, produce, en la práctica resultados manifiestamente inequitativos en términos de goce efectivo de los derechos sustanciales de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, así como del derecho de los investigados a ser procesados en un plazo razonable, al igual que a satisfacer el derecho a la verdad de la sociedad en su conjunto”.

Séptima: El modelo actual de gestión de la Fiscalía General de la Nación, fundado en la atención de casos individuales, va en contravía de los nuevos paradigmas y tendencias vigentes en la región. (Montealegre, Directiva No. 0001).

Este argumento, conforme a la directiva 001 es contundente para señalar que la adopción de unos criterios de priorización para la atención de casos, no vulnera el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia en condiciones de

igualdad⁵, más aún cuando la priorización busca alcanzar cuatro fines específicos, como son: seguridad ciudadana, conocimiento del contexto de conflicto armado, legitimidad y eficacia en la administración de justicia, así como atender las exigencias de la sociedad⁶

De esta forma se busca investigar las conductas que lleguen al conocimiento de la Fiscalía, no como hechos aislados, sino el actuar de organizaciones delictivas en un contexto determinado, acumular expedientes con el objeto de establecer patrones de conducta, cadenas de mando y máximos responsables y de otra parte, centralizar la labor investigativa hacia la persecución de los delitos que causan mayor impacto en la comunidad

Como puede verse, es evidente que se dará prioridad a este modelo de investigación; sin embargo y tal como lo explicó en forma coloquial Luis Anaya, Gerente General de Alto Colombia, firma dedicada a combatir el ‘robo hormiga’ contra el comercio, “el mensaje enviado con este tipo de reformas puede ser contraproducente. No solo porque desincentiva las denuncia, sino porque los delincuentes perciben que se aumenta el margen para que nunca les caiga el guante de la justicia”. (2013, julio 7). La Fiscalía podrá decidir si investiga o no un delito. *El Tiempo*, P.2.

⁵ En el documento se aclara que la adopción de unos criterios de priorización, antes que desconocer el núcleo esencial derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, constituye un instrumento idóneo para su realización en condiciones de igualdad. En efecto, una atención diferenciada de las peticiones de administración de justicia, soportada sobre la aplicación de criterios razonables como son, entre otros, la calidad de la víctima y del victimario, la gravedad de los hechos, la riqueza probatoria del caso, los patrones regionales de comisión de los delitos, entre otros, antes que constituir un desconocimiento del derecho de acceso a la administración de justicia conduce a garantizarlo

⁶ 1.- Seguridad Ciudadana. La posibilidad de asociar casos, a partir de la identificación de elementos comunes, permite combatir de manera más efectiva la criminalidad organizada. 2.- Conocimiento del contexto de conflicto armado. La construcción de los escenarios delictivos en todas sus dimensiones es necesario para abordar procesos de justicia transicional. 3.- Legitimidad y eficacia en la administración de justicia. La racionalización de los recursos de la Fiscalía General de la Nación permite que se administre justicia con eficacia y transparencia hacia la ciudadanía, lo que a su vez posibilita reducir la impunidad. 4. Atender las exigencias de la sociedad civil. Los representantes de los distintos sectores de la sociedad han planteado la necesidad de estudiar la criminalidad en su contexto, para así desarticular de manera más efectiva a los grupos que vulneran gravemente los derechos humanos y que atentan contra sus defensores y defensoras.

En otras palabras, si tal como se indicó de manera expresa en la sentencia C.504 de 1.993. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: “La legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado” y por tanto esa política conlleva la obligación del Estado de generar herramientas para la prevención, investigación, persecución, control y sanción de la criminalidad de las conductas punibles, no será que la priorización de situaciones y casos, por las circunstancias ya reseñadas generaría un incremento desmedido de los hurtos cometidos en los almacenes de cadena?, ¿Dónde queda la igualdad en la aplicación de la ley?

Conclusiones

Lo que se plantea a partir del conocimiento y experiencia, es que el marco legislativo y práctico para combatir los delitos menores, entre éstos los cometidos en grandes superficies, no ha sido el más acertado, sin que se haya ofrecido una solución eficaz para enfrentarlos, porque aunque se consideran de mínima transcendencia, junto a los demás delitos considerados como bagatelares han inspirado diferentes transformaciones, ya que después de una contextualización de tales reformas, lo que queda claro es que éstas surgen como respuesta a la congestión que generan en la administración de justicia, desconociendo los fines esenciales del Estado, como lo son la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes contemplados en la Constitución Política y el aseguramiento de la vigencia de un orden justo y la protección de la vida, honra y bienes de todas las personas.

Luego de explorar el origen y resultado de las reformas que han tratado los delitos bagatelares, se demuestra que éstas han respondido a políticas coyunturales basadas en la congestión judicial y que no obstante los mecanismos existentes en la Ley 906 de 2.004 para hacer frente a los comportamientos que supuestamente causan menor impacto en la comunidad han sido insuficientes, la solución no es, una reforma

constitucional, por la congestión que estas conductas causan en la administración de justicia, sino reforzar el marco legal e institucional para combatir las mismas.

Es que la congestión en la Fiscalía no puede generar impunidad, puesto que es global, es decir, abarca todas las conductas punibles que investigan las Fiscalías Delegadas ante los Juzgados Penales Municipales, ante los Juzgados Penales del Circuito, ante el Tribunal Superior y Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia. La congestión en la Fiscalía es una consecuencia lógica de la falta de personal para atender los casos que llegan a conocimiento de la Fiscalía, pues de acuerdo a las estadísticas de las Fiscalías Delegadas ante los Juzgados Penales Municipales, Despachos que conocen de los denominados delitos menores, entre éstos los ocurridos en las grandes superficies, cada mes se asigna a un Fiscal de esta naturaleza un promedio de 60 a 70 casos, es decir, anualmente 700 procesos aproximadamente, lo cual supera la capacidad y los medios con que cuenta la entidad para investigar.

La consigna no sería entonces sólo priorizar en la forma que se está planteando, esto es con el ánimo de desvertebrar bandas que delinquen en un determinado sector o región del país, ya que tratándose de delitos cometidos en grandes superficies y tal como lo enseña la experiencia judicial, éstos se cometen por delincuencia común, estudiantes, profesionales, amas de casa, menores de edad, personas adictas al consumo de drogas y/o bebidas embriagantes y muy pocos corresponden a grandes organizaciones, lo cual significa que este modelo de investigación a través de la priorización no aplicaría para los delitos de hurto cometidos al interior de los almacenes de cadena, salvo casos excepcionales..

A pesar de que en la práctica no se pueden investigar al tiempo todas las denuncias que se ponen en conocimiento de la Fiscalía, el mensaje para este tipo de conductas punibles, no puede ser impunidad. Cómo garantizar entonces la conservación del orden jurídico, frente a los hurtos cometidos en las grandes superficies.

La solución, sería continuar con el poder preferente de la Fiscalía, porque acudir a la figura del acusador privado o la priorización de casos y situaciones, no modifica el número de noticias criminales que ingresan a la Fiscalía, y lo viable sería entonces retomar los procedimientos abreviados en los que el órgano de persecución penal cumple la función de acusador, acudir al perdón, la reparación simbólica, trabajo social, multas, multas convertibles en arresto, hasta la privación de la libertad en los casos de reincidentes, para lo cual obviamente se requiere de un mayor número de funcionarios que puedan atender de manera exclusiva estos casos y dar una pronta solución a través de procedimientos breves, facultad que siempre debe conservar el Estado.

Debe tenerse en cuenta aquí el aporte de la Ley 1153 de 2007, declarada inexecutable, en cuanto estableció un procedimiento abreviado que permitía investigar con celeridad el delito menor, que si bien la falencia obedeció a dar al particular posibilidades en el ejercicio de la acción penal, que implicaban en si un grado de conocimiento y preparación propia de un abogado, no menos es cierto que podía sanearse con el ejercicio preferente en cabeza de la Fiscalía General de la Nación como lo previó el Decreto 379 de 2012, en síntesis el camino a una adecuada reforma se encuentra abonado.

Referencias Bibliográficas.

Acto Legislativo 06 de 24 de noviembre de 2011, por el cual se reforma el artículo 250 de la Constitución Política”, en: Diario oficial No. 48.263 de 24 de 2011.

J. & Montealegre E. (2013). El proceso Penal. Fundamentos Constitucionales y Teoría General (Tomo I). Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 250. 4 de julio de 1991. (Colombia).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia. 879 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; septiembre 10 de 2.008).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Expediente 35.946 (MP. María del Rosario González de Lemos; 13 abril 2.011).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Expediente 19.930 (MP. Mauro Solarte Portilla; 21 abril de 2.004).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Expediente 18.609 (MP. Herman Galán Castellanos; 8 agosto 2.005).

Documento interno de la Fiscalía General de la Nación. Directiva No. 0001, octubre 4 de 2.012 .Eduardo Montealegre Lynett.

‘Es mejor acabar con la banda que coger al atracador’. (2013, Julio 7 El Tiempo, P.3.

Forero, Juan Carlos. (2.006) Aproximación al estudio del principio de oportunidad. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez..

Garzón A & Londoño C (2006).Principio de Oportunidad: Ediciones Nueva Jurídica.

Gaviria, Vicente Emilio. (2.008) Víctimas, acción civil y sistema acusatorio. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Gómez López, Jesús Orlando. (2.011). Tratado de Derecho Penal. Antijuricidad y causas de justificación. Tomo IV: Ediciones Doctrina y Ley.

Gómez P, Carlos Arturo. (1.994). El principio de la antijuricidad material. Regulación y aplicación: Ediciones Jurídica Radar.

La Fiscalía podrá decidir si investiga o no un delito. (2013, Julio 7 El Tiempo, P.2

Ley 1153 de 2007. Por la cual se establece el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal. Julio 31 de 2007.Diario Oficial No. 46.706del 31 de julio de 2007.Congreso de la República de Colombia.

Ley 906 de 2.004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Agosto 31 de 2004. Diario Oficial No 45.657. 31 de agosto de 2.004. Congreso de la República de Colombia.

LÓPEZ H (Director Comercial del Centro de Investigaciones del Consumidor. Extraído agosto 14,2013, desde <http://www.Fenalco.com.co>

Mestre Ordóñez, José Fernando (2012). *La discrecionalidad para acusar*. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana: Grupo Editorial Ibáñez.

Nuevo Choque entre la Fiscalía y la Procuraduría. (2013, Julio 11 El Tiempo, P.6.

Priorizar lo importante [Carta al editor]. (2013.Julio 8)El Tiempo, p.18.

Real Academia Española (1984) Diccionario de la Lengua Española (20ª ed. Tomo

D)

Sánchez, S. (2.014). El acusador privado en Colombia, una aproximación desde los principios del derecho penal. Ensayo de grado de la Especialización en Procedimiento Penal Constitucional y Justicia Militar. Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Derecho. Disponible en <http://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/12660>.

Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal. Expediente 11001600002320091007601.

MP. Fernando Alberto Castro Caballero; 15 febrero 2.010

Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal. Expediente 11001600001920130939401.

MP. Alberto Poveda Pérdomo;3 febrero 2.014.

TORO, Oscar. Código Penal (2013). Ley 599 de 2000. Códigos de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004 y Ley 600 de 2000. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

Urrutia Mejía Hernando y Cuesta Hoyos Francisco. Régimen contravencional acusatorio o de las pequeñas causas penales. Teoría y práctica. Bogotá, Grupo editorial Ibáñez.

Vargas Lozano Renato, artículo titulado el ejercicio de la acción penal en Colombia. reflexiones en torno a la reforma al artículo 250 de la Constitución Nacional. Cuadernos de Derecho Penal, ISSN:2007-1743, julio de 2.012.

Velásquez, Fernando. (2010). Manual de Derecho Penal. Parte General. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales