

# LA INCORPORACIÓN DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO EN EL NUEVO ORDEN CONSTITUCIONAL. UN ANÁLISIS SOBRE SUS NEXOS CON EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.

*THE INCORPORATION OF THE THEORY OF THE LEGALLY PROTECTED INTEREST IN THE NEW CONSTITUTIONAL ORDER. AN ANALYSIS OF ITS NEXUS WITH THE ABBREVIATED PROCEEDING.*

*Enrique Arteaga Córdoba\**

## **Resumen**

Este trabajo hace un análisis político-criminal del derecho penal como *ultima ratio*, con un enfoque procesal penal en lo atinente al rito penal abreviado; ello se logra gracias a un estudio general sobre la teoría del bien jurídico que se aterriza a la problemática específica de la formación de las leyes. Además, examina los antecedentes de la incorporación del procedimiento abreviado y el acusador privado a la Constitución y a la ley colombianas, a cuyo efecto –y a partir de una óptica utilitarista– hace un análisis comparado de la normativa nacional con las legislaciones española y chilena.

## **Palabras claves**

Ejercicio de la acción penal, acusador privado, procedimiento abreviado, principio de lesividad, teoría del bien jurídico.

## **Abstract**

This article makes a political-criminal analysis of criminal law as *ultima ratio*, with a criminal procedural approach in relation to the abbreviated criminal procedural; this is achieved thanks to a general study on the theory of 'legally protected interest' that is grounded in the specific problematic of the formation of laws. In addition, it examines the antecedents of the incorporation of the abbreviated procedure and the private accuser to the Colombian Constitution and Law, for which purpose - and from a utilitarian perspective - it makes a comparative analysis of the national regulations with the Spanish and Chilean legislations.

---

\* Especialista en Derecho Constitucional, Derecho Penal; Magister en Derecho Penal y Justicia Transicional; candidato a Doctor en Derecho. Docente Universitario en pregrado y posgrado; actual Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito (Valle del Cauca).

## Keywords

Practicing of criminal action, private accuser, abbreviated procedure, harm principle, theory of legally protected interest.

## Introducción

Por primera vez en la historia del constitucionalismo colombiano contemporáneo las construcciones propias de dogmática penal han sido incorporadas en el orden superior, esta vez a través de una de sus instituciones más importantes como lo es la teoría del bien jurídico. Se trata, sin duda, de un nuevo paradigma que trae consigo la desmonopolización del ejercicio de la acción penal en cabeza del Estado, cuando la naturaleza del bien jurídico involucrado en la pretensión punitiva permita a su titular defender directamente su lesión o amenaza de lesión con su intervención en el proceso penal; con tales fines, se considera que la víctima u otra autoridad pueden recibir del legislador la delegación expresa para el adelantamiento del proceso penal correspondiente. En ese contexto, con este trabajo se pretende dar respuesta al siguiente interrogante: ¿cuáles fueron los elementos dogmáticos que llevaron al legislador a correlacionar el principio de lesividad con el procedimiento abreviado?

Por ello, y con el fin de lograr ese propósito, esta incursión académica explora –en primer lugar– los antecedentes de orden político criminal que inspiraron la inclusión del principio de lesividad en la Constitución; así mismo, en segundo lugar, se hace un análisis del posible nexo existente entre el procedimiento abreviado y la teoría del bien jurídico. Igualmente, en tercer lugar, se realiza un estudio en torno a las posibles discusiones que en el orden constitucional se llevaron a cabo por parte del legislador para, finalmente, incluir la teoría del bien jurídico. Así mismo, en cuarto lugar, se aborda la evolución histórica de la teoría del bien jurídico y se hace una breve caracterización de su concepción contemporánea; por último, en quinto lugar, se lleva a cabo un estudio más a fondo de los antecedentes que en el orden legislativo se tuvieron en consideración para abreviar o simplificar el trámite del procedimiento penal frente a algunas conductas delictivas, y se trata de precisar si –en verdad– este cambio permite a las víctimas un fácil acceso a la administración de justicia. Al final, se plasman las conclusiones de esta incursión académica.

## La constitucionalización del principio de lesividad penal. Antecedentes de su incorporación

El Acto Legislativo 06 de 2011 arrimó al artículo 250 de la Constitución Política el parágrafo 2º, cuyo tenor literal es el siguiente:

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

Como se puede observar, desde la perspectiva político criminal la voluntad del constituyente se orientó a desmonopolizar el ejercicio de la acción penal en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, y, para tal efecto, se condicionó el ejercicio de la acción penal por parte de la víctima u otra autoridad cuando la naturaleza del bien jurídico involucrado en la transgresión de la norma penal y su nivel de afectación, simplemente sean de proporciones menores y el consubstancial trámite del proceso no siempre deba ser adelantado por el organismo acusador. Postularlo no ofrece mayores repercusiones en apariencia porque, a primera vista, es factible detectar una serie de comportamientos criminógenos cuyo impacto social no es mayor tal como ocurre con las lesiones personales de menor entidad, el abuso de confianza, el hurto simple o la injuria y la calumnia, por ejemplo. Por lo menos, en esta clase de conductas la concreción tanto del daño como la identificación del titular del bien jurídico son fácilmente aprehensibles.

Lo expresado es consecuente con la dialéctica que inspiraba la obra de Birnbaum, para quien la lesión o puesta en peligro de un bien, o, si se quiere, la consumación o carácter tentado de un comportamiento caracterizado como delito, necesariamente se predicán de una persona (Fernández, 2004, p. 16). De ahí, entonces, que a la luz de la teoría del bien jurídico cuando un tercero afecta el patrimonio de un individuo, su integridad personal o su integridad moral, es el titular del bien jurídico –y nadie más– quien pueda activar el funcionamiento del aparato Estatal; parece claro, entonces, que el nuevo modelo de enjuiciamiento criminal faculta a este –por regla general– para que promocióne actos que redunden en la defensa de sus intereses.

Es igualmente sensato suponer que, a partir de esta premisa de orden constitucional, el legislador opta por incorporar la llamada figura del acusador privado y establece un procedimiento abreviado para la judicialización de aquellos casos en los que no es necesario invertir demasiados recursos públicos para la investigación, judicialización y sanción de una conducta delictiva. En apariencia, la postulada coherencia de este nuevo esquema procedimental radica en que si el bien jurídico por su naturaleza y nivel de afectación, se puede tutelar a través de mecanismos menos onerosos, a tal aspiración se podría llegar sin que la simplificación del proceso tradujera el sacrificio de garantías para el destinatario de la ley penal. Se ve aquí reflejada una elemental ecuación entre la protección del bien jurídico y el uso de mecanismos procesales que lleven a tal fin; asunto que se trata más adelante desde una perspectiva crítica.

La justificación de este nuevo paradigma radica, justo es decirlo, en la imposibilidad que tiene el Estado para dar respuesta a los cientos de miles de casos de criminalidad menor en los que varios años han pasado, sin que se tenga respuesta de su judicialización, o, en contrario sentido, una orden de archivo; como factores causales de esa indeterminación se tienen la falta de recursos e infraestructura tanto humana como logística.

Con razón, destaca la Corporación Excelencia en la Justicia (2010, p. 23) que en otros escenarios democráticos y garantistas como Chile, Estados Unidos, España y Alemania, la figura del acusador privado fue contemplada como una alternativa importante para tratar de diezmar el fenómeno de la congestión judicial, en especial la generada por actos criminales de menor impacto social. Según ello, el ejercicio de la acción penal no es sólo un asunto de Estado, sino que en algunos eventos el propio afectado con la ejecución de la conducta delictiva puede optar por la búsqueda de justicia; por ello, en esa lógica un flaco aporte brindaría el Estado a la administración de justicia, y, en especial, a los derechos de las víctimas, si no obstante ser consciente de la incapacidad para brindar respuesta a sus intereses insistiera en adueñarse absolutamente de sus conflictos.

Dese luego, si se examina el parágrafo 2° que se adicionó en el artículo 250 de la Carta Política, se percibe que el constituyente acuña dos expresiones cuyo análisis es menester abordar en especial porque se toca un tema irresuelto en la dogmática penal, cual es el de la teoría del bien jurídico. En efecto, allí se incorporan las expresiones “naturaleza del bien jurídico” y “menor lesividad de la conducta punible” no sólo como factores a considerarse por parte del legislador para flexibilizar el monopolio de la acción penal en cabeza de la Fiscalía General de la Nación sino, también, como presupuestos para variar el tipo de procedimiento empleado en el enjuiciamiento de la conducta delictiva. A continuación, se hacen algunas reflexiones en derredor de la parte procedimental del texto; el estudio sobre la teoría del bien jurídico se destina para otro apartado.

Si se revisan las correspondientes ponencias presentadas en el Congreso con ocasión del debate sufrido por el proyecto de acto legislativo que dio lugar a esa modificación constitucional, el fundamento que mayor peso tuvo al instante de decidir quebrar el monopolio que ostentaba el Estado en la titularidad de la acción penal fue, precisamente, el importante número de delitos de naturaleza querrelable aún sin resolver que, según cifras de la Corporación Excelencia en la Justicia, robustecían una cifra que llegaba a las 2.129.990 noticias criminales sin resolver en fase de indagación (Corporación Excelencia en la Justicia, 2010, pp. 49 y 256). Con una congestión de esta naturaleza, la percepción de impunidad, y la falta de respuesta a las demandas de la sociedad, era necesario que el Estado colombiano apelara a la adopción de medidas idóneas para contrarrestar esta problemática. En virtud de ello, se sugirió la incorporación de la figura del acusador privado que, de acuerdo a la experiencia internacional, particularmente los casos de Alemania, España, Estados Unidos y Chile, había ofrecido importantes resultados advirtiéndose que ella suponía una estrategia que habilitara a la víctima u otra autoridad, para el adelantamiento de la correspondiente acción penal.

En el caso de Chile, según la citada Exposición de Motivos del Proyecto (Informe, Proyecto de Acto legislativo número 020 de 2011 Senado, 216 de 2011 Cámara), todo apunta a indicar que el éxito de este novísimo criterio habría radicado en que para los delitos menos graves se estableció un procedimiento especial para que la víctima fuera artífice esencial en su proceso penal; a ese tipo de delitos que

requieren querrela de parte, el país austral les denomina “delitos de acción privada” (Código Procesal Penal, 2017). Lo curioso es, que al menos, desde el punto de vista cuantitativo, dentro del procedimiento penal chileno, sólo se conciben como delitos de acción privada: 1) los atentados contra la integridad moral, es decir, la injuria y calumnia; 2) la provocación a duelo y el descrédito público por no haberla aceptado; 3) el matrimonio de menor llevado a cabo sin el consentimiento de las personas autorizadas por la ley; y 4) la injuria liviana no escrita de obra o de palabra (Horvitz & López, 2004, p. 538). Así las cosas, de acuerdo a lo indicado, tan sólo se habla de cuatro tipos de infracciones: dos de ellas, lesivas de la integridad moral; la otra, encaminada a proteger al menor que tempranamente pretende contraer matrimonio; y, por último, una hipótesis de peligro próximo para la vida e integridad personal, a través de los duelos.

Si estas conductas se examinan desde la perspectiva de la afectación al bien jurídico, un hecho evidente es que su impacto social no es de alta trascendencia, por un lado; y, de otro lado, su recurrencia y cuantificación difícilmente pueden provocar congestión en la Administración de Justicia. Es más, en Chile, algunas de estas disposiciones han sido consideradas como anacrónicas y en desuso, por corresponder a escenarios históricos del medievo; por lo menos así ocurre con la incitación al duelo o el descrédito público por no haberlo aceptado. Se trata de disposiciones legales que tienen vigencia jurídica, mas no un impacto real en dicha sociedad porque los duelos desaparecieron hace varios decenios; de ahí que esta norma, junto con la que describe el inadecuado manejo de carruajes, el hurto de plumas, crines o pelo de animales ajenos, y otras, hagan parte de las diez conductas delictivas más absurdas que aún se sancionan penalmente en Chile (Rivas, 2016).

Lo paradójico es que en la ponencia para el primer debate dado al proyecto de Acto Legislativo que incorporó la figura del acusador privado en Colombia, se hubiera predicado que este nuevo modelo de ejercicio de la acción penal fue acogido con buenos resultados en Chile, cuando es del todo claro que a la luz del derecho penal contemporáneo los tipos penales asociados a duelos y matrimonios de menores de edad, por ejemplo, amén de no ser de alta frecuencia estadística, tampoco tienen un interés en materia de protección penal lo suficientemente inteligible. Se quiere con ello predicar que, en consonancia con lo establecido en el artículo 55 del C. de P. Penal chileno, los modelos delictuales susceptibles de judicialización a interés de acción privada o acusador privado, amén de no tener una repercusión estadística tangible en la criminalidad del país vecino, tampoco plasman comportamientos que protegen bienes jurídicos relevantes porque los tutelados son absolutamente difusos y no ofrecen, en realidad, un panorama de lesividad claro.

Incluso, respecto de los matrimonios de menores de edad aflora sensata la búsqueda de otros mecanismos distintos a la criminalización de esa conducta, como podría ocurrir con leyes de naturaleza civil que endurezcan los presupuestos y requisitos para darle validez a la unión matrimonial de la que haga parte quien aún no ha alcanzado su mayoría de edad. No es, pues, el derecho penal el llamado a solucionar la problemática relacionada con el alto índice de menores de edad que han contraído nupcias.

Así mismo, y en lo que concierne al sistema de enjuiciamiento criminal en España, a través de Ley Orgánica 01 de 2015 se introdujeron una serie de reformas al sistema penal, entre las que se destacan la exclusión del Código Penal de aquellas infracciones penales constitutivas de faltas. En el marco de la exposición de motivos de esa normativa (BOE, 2015, p. 27082) se adujo que el nivel de congestión provocado por aquellas infracciones generaba a la postre un uso inadecuado de recursos públicos habida consideración de que conductas delictivas mínimamente lesivas de bienes jurídicos, demandaban a la postre igual inversión de recursos públicos que la criminalidad de alto impacto. De ahí, entonces, que surgiera imperiosa la necesidad de crear un procedimiento que, frente a infracciones penales de menor entidad lesiva, facilitara una respuesta ágil en cabeza del Estado. Bajo esta dialéctica, si el bien jurídico afectado es mínimamente disminuido o afectado el marco de enjuiciamiento que lo protege debe igualmente ser reducido.

Es más, aún con lo expuesto y sólo con el ánimo de salvar cualquier imprecisión, allí se traen a colación de manera literal algunos componentes esenciales del apartado XXXI, en el que se plasman los fundamentos que político criminalmente inspiraron la modificación de la Ley Orgánica 10 de noviembre de 1995:

En la actualidad debe primarse la racionalización del uso del servicio público de Justicia, para reducir la elevada litigiosidad que recae sobre juzgados y tribunales, con medidas dirigidas a favorecer una respuesta judicial eficaz y ágil a los conflictos que puedan plantearse. Al tiempo, el Derecho Penal debe ser reservado para la solución de los conflictos de especial gravedad (BOE, 2015, p. 27082).

En ese contexto, también se afirma en ese texto lo siguiente:

Una buena parte de los operadores jurídicos viene reclamando la supresión de las infracciones penales constitutivas de falta: por la notoria desproporción que existe entre los bienes jurídicos que protegen y la inversión en tiempo y medios que requiere su enjuiciamiento; pero también por la dudosa necesidad de que conductas carentes en muchos casos de gravedad suficiente, deban ser objeto de un reproche penal. En tal sentido se viene pronunciando la Fiscalía General del Estado, que aboga por que las actuales infracciones consideradas como faltas penales queden al margen del Código Penal por su escasa gravedad. Y también el Consejo General del Poder Judicial, que de forma reciente ha propuesto despenalizar ciertos comportamientos tipificados como faltas penales como medida adecuada para reducir los elevados niveles de litigiosidad, que son especialmente altos en el orden jurisdiccional penal (BOE, 2015, p. 27082).

Así, entonces, se observa que tanto en el ordenamiento jurídico penal español como en el colombiano se consideró político criminalmente coherente abreviar el trámite del procedimiento para la investigación, judicialización y sanción de aquellas conductas delictivas que, bien sea por la nimiedad de la pena o el escaso nivel de afectación del bien jurídico, no ameritan en realidad la promoción de un proceso penal agobiante en tiempo y recursos. En España, conforme a lo establecido en el artículo 13-3 del Código Penal, es considerado delito leve, toda infracción que la ley castiga con pena leve; dentro esta gama de delitos se pueden destacar, entre

otros: lesiones personales de escasa gravedad, lesiones por golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, amenazas leves, violación de habitación ajena, hurto en cuantía inferior a 400 euros, distribución de moneda falsa, de menor de 400 euros, homicidio por imprudencia menos grave, denuncia o imputación falsa de un delito leve, Injurias y vejaciones injustas; violencia de género y doméstica (Navas, 2015, Dossier, p. I y ss.).

De esta manera, con una efímera lectura de algunos de los delitos que el legislador español cataloga como leves se advierte, de primera mano, que una importante cantidad de comportamientos típicos fueron seleccionados como candidatos para abreviar el procedimiento. Es más, a diferencia de lo que ocurre en España, en Colombia, hipótesis delictivas como la violencia intrafamiliar y el homicidio culposo, aun así, sea leve la culpa, su judicialización y sanción, no se pueden abreviar a través del rumbo ordinario del proceso. Con todo ello, obsérvese, un punto de encuentro evidente entre estas dos naciones y Chile es la necesidad de acortar el camino del tránsito jurídico procesal, recurriendo para ello a ajustes normativos caracterizados por la simplificación del procedimiento en aquellas hipótesis delictivas donde el bien jurídico y la pena son menores.

Se podría decir, entonces, que la reforma introducida por el constituyente colombiano a la Carta Política por medio del acto legislativo 006 de 2011 esencialmente fue pensada para disminuir los índices de congestión de la justicia penal en aquellas causas que, por su bajo impacto social y el escaso compromiso para el bien jurídico, se pueden tramitar a través de un procedimiento abreviado, bien sea por la Fiscalía General de la Nación, la víctima, u otra autoridad. Ya veremos, entonces, si es lógico suponer que la entidad del bien jurídico o su nivel de afectación condicionen la duración e intensidad del proceso penal. A tales efectos, no debe olvidarse que uno es el escenario de la previsión legislativa y otro el contexto real en el que se desenvuelve la norma.

### **El procedimiento abreviado y el bien jurídico**

La dogmática penal tiene una deuda histórica con el escenario natural en que su rendimiento o ausencia se puede ver reflejado. Muy seguramente ello obedece a que, dentro de su dinámica evolutiva, la solución de sus problemas internos no le ha permitido ocuparse de la conexión y cercanía que desde sus orígenes mismos ha tenido con el procedimiento penal. Se ha subestimado la importancia de éste, cuando es evidente que aún desde la temprana fase de la indagación, el decurso de los actos de investigación tiene como finalidad establecer si los hechos que llegan a conocimiento de la Fiscalía General de la Nación se pueden caracterizar o no como delito. En este sentido, cuando en esas iniciales hipótesis hay un pronóstico favorable para realizar el juicio de tipicidad, lo deseable es que ese comportamiento tenga la virtualidad de lesionar o poner en efectivo peligro el bien jurídico tutelado, es decir, que sea lesivo del interés materia de protección penal. Lo propio ha de suceder con el carácter culpable del comportamiento previamente etiquetado como típico y antijurídico.

Se colige de lo expuesto, entonces, que la dogmática penal y el proceso penal van de la mano porque la sistematicidad de éste y de aquella tienen inexorables puntos de encuentro en los que verdad y justicia confluyen en un solo contexto (Hassemer, 2009, pp. 10-11). Así las cosas, la mengua al bien jurídico se erige en fundamento material de la responsabilidad penal del llamado a juicio, más aún con su colonización por parte del Derecho Constitucional, y, en especial, cuando de manera explícita se aduce que en atención al nivel de lesividad de la conducta de ello depende la competencia para el ejercicio de la acción penal. No es por ello gratuito que en Colombia existan hoy dos clases de procedimientos y que la simplificación de uno de ellos obedezca a que tanto el bien jurídico involucrado como su nivel de afectación, deben necesariamente representar ahorros procesales en la búsqueda de la justicia.

No deja de ser, pues, extraña esta postura del legislador nacional porque si el procedimiento ordinario y el procedimiento abreviado son en esencia procesos constitucionalizados con la aptitud suficiente para garantizar prerrogativas de orden fundamental, esta coyuntura debió haber sido aprovechada para abreviar también el trámite del procedimiento ordinario. De hecho, así se había pensado antes cuando un proyecto de ley reformativo del Código de Procedimiento Penal que se quedó en el camino ofrecía la alternativa de suprimir la audiencia de imputación, dado que se trata en esencia de un acto esencialmente comunicativo. Por estas razones, con válidas objeciones, la doctrina señala como un absurdo la clasificación de los procedimientos, y, en especial, que la misma dependa de la gravedad o nimiedad del delito o delitos sujetos a juicio (Gómez, 2010, pp. 11-12).

En esta perspectiva, el criterio de asociar los conceptos de bien jurídico y de lesividad como presupuestos fundamentales para la abreviación del procedimiento penal es en realidad bastante desafortunado. En efecto, que el bien jurídico afectado sea de mayor entidad que otro; o que los niveles en que resultó menguado o puesto en efectivo peligro, sean de unos estándares mínimos, no necesariamente supone una mengua de la carga que a su haber tiene el Estado para demostrar las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Si en teleología, lo que por mandato Constitucional debe hacer la Fiscalía General de la Nación es investigar una conducta que se caracterice como delito, a la postre el planteamiento teórico-probatorio del ente acusador, debe llevar al Juez el conocimiento más allá de toda duda, no solo de la materialidad de la infracción sino también de la correlativa responsabilidad penal del acusado.

Pareciera, entonces, que el legislador, no solo en Colombia sino también en España y Chile, sin realizar mayores análisis de dogmática procesal, asume como una verdad incuestionable que el bien jurídico tiene la aptitud sustantiva para condicionar la durabilidad e intensidad del proceso penal. El bien jurídico, puede sí en un momento servir de fundamento legitimador de la creación de nuevos tipos penales; de hecho, es un referente para la cantidad política de pena prevista en el modelo delictual, empero bajo ninguna circunstancia está en condiciones de pronosticar en términos cuantitativos, cuál es la medida ideal de prueba que se re-

quiere para acreditar la lesión o efectiva puesta en peligro del interés objeto de protección penal; así, entonces, menos puede condicionar la durabilidad del proceso.

El asunto más bien hace parte del campo de acción epistémico incardinado en el principio acusatorio. Este eje configurador del proceso penal acusatorio caracterizado por la separación de funciones de investigación y juzgamiento lleva a pensar que la carga de la prueba y su distribución, si bien es cierto se encuentra inmersa en el marco del proceso penal, no es un componente cuya consolidación o afianzamiento dependa del proceso penal. Se trata, pues, de una institución ajena a la estructura del proceso penal y que se matricula dentro del principio dispositivo (Miranda, 1997, pp. 78-79), planteamiento que cobra mayor fuerza aún si en consideración se tiene que el juez penal del sistema acusatorio adolece de la facultad para impulsar probatoriamente la teoría del caso de la fiscalía o de la defensa.

En este contexto situacional es perfectamente posible que, en algunas hipótesis de homicidio, el trámite del proceso fluya con proverbial facilidad para el ente acusador que, sobre la base de una acción u omisión simple de matar y un vínculo subjetivo del autor con el hecho, tendrá probada su teoría del caso. Igualmente, puede ocurrir que bajo otros supuestos de hecho homicida, por la complejidad del caso y las dificultades de subsunción normativa, la carga de probar frente a la afectación al bien jurídico sea mayor. En esta variable, la inocencia, amparada por el postulado de la presunción necesariamente debe ser desvirtuada por la acusación (Ferrajoli, 2001, pp. 610-611).

Tendríamos así frente a dos referentes fácticos el mismo bien jurídico lesionado, con la diferencia de que en uno de ellos el trámite del proceso podría ser más ágil y dinámico porque la carga de probar es menor, en tanto que en el otro las dificultades de desvirtuar la presunción de inocencia implicarían un mayor desgaste procesal para la Fiscalía, sin que de ello se pueda inferir que las pretensiones punitivas sean de mayor entidad o que el bien jurídico se afectó con mayor drasticidad.

Desde otra perspectiva, es perfectamente viable que descripciones típicas de delitos susceptibles de conversión a acusación privada y tramitados bajo los cauces de un procedimiento abreviado, se caractericen por tener en su estructura objetiva un número plural de verbos que de manera alternativa permitan construir el juicio de tipicidad. Tal es el caso de la violación de derechos patrimoniales de autor, que por su configuración misma necesariamente demanda el despliegue de un número importante de tareas de investigación que, lógicamente, confluirían en una fase de indagación que se podría extender en el tiempo incluso más que un homicidio, o un delito sexual con menor de edad, porque la carga probatoria para demostrarlo en juicio podría ser mayor. En un supuesto de juicio por afectación de derechos patrimoniales de autor, tal conducta delictiva alberga siete subespecies de tipicidad, pluralidad de ingredientes normativos de carácter extrajurídico y bastantes verbos rectores. Si la acusación incluye varios ingredientes normativos y diversidad de verbos rectores, cada uno de ellos debe ser probado más allá de cualquier escenario de duda. Es, dígame, ni más ni menos que la carga probatoria

asumida por el ente fiscal cuando convoca al destinatario de la ley penal a juicio de responsabilidad criminal.

Con un panorama de esta naturaleza habría mayor desgaste investigativo en la fase de la indagación; las solicitudes probatorias realizadas en la audiencia preparatoria naturalmente serían de una importante cantidad; y, dentro de esta lógica secuencia, la actuación probatoria en el juicio oral podría ser intensa y eventualmente se extendería a lo largo de varias sesiones de juicio oral. Enfrente a esta realidad se advierte, de un lado, que el procedimiento abreviado no tiene la aptitud jurídica de reducir la duración de la fase de indagación; de otro lado, que ningún efecto tiene para minimizar la carga de prueba requerida para demostrar la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Y, en este sentido, lo único que garantiza el nuevo paradigma procesal adoptado es que la audiencia de imputación fue suprimida y que las audiencias de acusación y preparatoria se concentraron en una sola, sin que sea del todo cierto que estos ahorros en el trámite del proceso abrevien el curso causal de una decisión final de culpabilidad o inculpabilidad.

### **El principio de lesividad. El carácter anómico de su incorporación legislativa**

En párrafos precedentes se dijo que la incorporación en la Constitución de la teoría del bien jurídico ameritaba una importante reflexión, en especial para desenrañar las posibles discusiones que en el seno del Congreso se suscitaron en torno a ello. Pues bien, al estudiarse el Informe de ponencia para el segundo debate del proyecto de acto legislativo número 216 de 2011, fue introducido en el texto un párrafo del siguiente tenor:

En los casos de delitos menores, la acción penal podrá ser ejercida por la víctima o por autoridades que cumplan funciones de Policía Judicial, en los términos y condiciones que señale la ley. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma prevalente.

De manera sucinta, en el marco de dicho debate se justificó la introducción del párrafo por el alto nivel de congestión que presentaba la Fiscalía General de la Nación, y, en especial, las sensibles dificultades que se evidenciaban en el tratamiento de conductas delictivas consideradas como de menor entidad. Desde una perspectiva política, tales circunstancias fueron catalogadas como auspiciadoras de impunidad en particular frente a aquellos “delitos de menor lesividad” (Gaceta del Congreso, 394, 2011, p. 33).

Así las cosas, se observa aquí por primera vez una mención explícita al principio de lesividad empero el Congreso no incorpora en el informe de ponencia elementos de contexto que pudieran brindar mayor claridad acerca de lo que, desde el punto de vista Constitucional, pudiera catalogarse como delitos menores, y, añádase, el por qué dicha delincuencia debido a su menor capacidad para afectar bienes jurídicos, puede ser perseguida por un acusador particular. Nada se sabe, pues, de las motivaciones políticas, jurídicas y sociales, que tuvo el legislador para incorporar un nuevo orden de enjuiciamiento criminal en el marco constitucional.

Incluso, si se apela a la más elemental lógica tampoco se conoce por qué se asumió la postura de constitucionalizar el principio de lesividad, más aún si a partir de su incorporación se iban a establecer criterios político-criminales para distribuir competencias en el ejercicio de la acción penal. En este punto, emerge a la vista el carácter irreflexivo y acrítico del constituyente colombiano que, aunque inverosímil parezca, no consignó en la exposición de motivos elementos histórico-sociológicos que abrieran la puerta a la comprensión e inteligibilidad del nuevo paradigma.

Así mismo, es curioso o extraño que la titularidad del ejercicio de la acción penal en aquellas modalidades delictivas pudiera ser delegada a las autoridades con atribuciones de policía judicial; como consecuencia de ello, un servidor de tránsito municipal con atribuciones de policía judicial, o un investigador del cuerpo técnico de investigación de la Fiscalía General de la Nación, podría –con base en esa posible normatividad– de forma autónoma construir hipótesis delictivas en delitos menores y, de manera directa, estarían facultados para sustentarlas ante los jueces de conocimiento. Es más, por mandato de la ley tendrían el deber de elaborar los hechos jurídicamente relevantes de la acusación en un lenguaje claro y comprensible, con lo cual cumplirían un papel ambivalente que en términos prácticos concentraría los roles de la investigación, la acusación y la defensa de ésta en el juicio, en cabeza de un solo servidor público.

Desde luego, el solo hecho de representarse una regulación legal de esta naturaleza demandaría el despliegue de importantes esfuerzos dialécticos, sin posibilidad de arribar a una solución coherente que permitiera una integración plausible de tantos roles en un solo servidor. En todo caso, valga aclarar que los planteamientos anteriores se edifican sobre la base del aludido texto del proyecto de acto legislativo en el que se hablaba de la competencia para delitos menores a la víctima y a servidores públicos con atribuciones de policía judicial; de hecho, este tenor literal alcanzó a ser aprobado en primer y segundo debates en la Cámara de Representantes (Gaceta del Congreso, 394, 2011, p. 35) pero, sin que se conozcan las razones que se tuvieron para efectuar el cambio, como texto para primer debate en el Senado se adoptó el siguiente:

Atendiendo a la naturaleza del bien jurídico y 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.

En fin, en la plenaria del Senado y al no haberse presentado variaciones en el primer debate, se aprobó como contenido definitivo del parágrafo 2º adicionado al artículo 250 de la Constitución Política, el siguiente tenor:

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

Así, entonces, tanto la expresión delitos menores como las facultades de la policía judicial para adelantar la acción penal fueron eliminadas; el pasaje que se acaba de transcribir fue el que, a la postre, se concilió entre las presidencias de Senado y Cámara. Es más, aunque se mencionan algunas discrepancias que existieron “entre los textos aprobados por las respectivas Sesiones Plenarias en la Cámara de Representantes el día 17 de mayo de 2011 y en el Senado de la República el día 14 de junio de 2011, en primera vuelta” (Gaceta del Congreso, 394, 2011, p. 1), las mismas no hacen parte del contenido de la publicación oficial. En todo caso, lo que se puede inferir es que al parecer las diferencias habrían mediado en la configuración externa de los textos mas no en el alcance jurídico de sus contenidos, en especial en punto de un análisis dogmático de lo que se consideraría delito menor; de las particularidades en que un caso puede ostentar mayor o menor lesividad; y, en este mismo sentido, en torno a lo que el bien jurídico significa como concepto, y, más aún, lo que representa la inclusión del bien jurídico en el nuevo ordenamiento constitucional.

Es por demás comprensible, aunque no del todo aceptable, que el legislador dentro del proceso de consolidación del acto legislativo no hubiese llevado al plano de la problematización la noción de lo que histórica y contemporáneamente se podría concebir como bien jurídico. La consideración frente a la omisión y silencio del constituyente radica en que desde sus orígenes el bien jurídico se caracteriza por ser un concepto sumamente nebuloso y de un nivel de abstracción tan amplio e indefinido que, incluso, desde inicios del siglo XIX, los intentos por delimitar e identificar el ámbito de protección del derecho penal se han multiplicado y extendido en el tiempo, sin que aun hoy se pueda predicar en concreto y de manera pacífica qué tutela el derecho penal. Sin embargo, si bien es cierto que un sector mayoritario de la doctrina defiende la postura de que el derecho penal protege bienes jurídicos no deja de ser paradójico que el objeto de protección del derecho punitivo se caracterice, precisamente, por su vaguedad y complejidad. Para entender los alcances del concepto de bien jurídico es prudente, a continuación, hacer un recorrido histórico para mirar cuál ha sido su proceso de configuración.

### **Evolución histórica de la teoría del bien jurídico.**

En 1801, con la reciente promulgación de los derechos del hombre y del ciudadano, por primera vez Feuerbach –fiel seguidor de la doctrina del contrato social– postuló de forma explícita al derecho subjetivo como el objeto de protección penal. Bajo esta concepción política de cuño netamente iluminista, se catalogó al delito como una auténtica transgresión de las prerrogativas y derechos del individuo sin que tales derechos logran decantarse o precisarse. Lo interesante de esta propuesta es que, con una clara influencia del pensamiento Kantiano, en el nuevo orden por fin el delito deja de ser pecado, y, en la medida en que el ejercicio de libertades por parte del individuo afecta los derechos de otro y las condiciones de vida en común, termina por obrar en contra del mismo Estado (Fernández, 2004, pp. 12-13).

Hacia 1834 Birnbaum (2010) argumentaría que el delito no lesiona derechos, sino que lesionaba bienes iusnaturalísticamente ubicados en la esfera del contexto social en un escenario previo a la norma, por lo que resultaba más adecuado hablar de la violación de un bien; se buscaba bajo esta ideología alejar al derecho penal de proyecciones meramente normativas, como ocurre hoy en día, por ejemplo, con Jakobs (Schünemann, 2007, p. 13). Pese al loable intento, ese pensador no logra dar luces conceptuales de lo que se debe entender como “bien jurídico”, asociándolo a un concepto de lesión necesariamente vinculado a una persona o una cosa. Se describe así también como un bien que condensa las condiciones de existencia en sociedad, pero “objetivadas y singularizadas”. No se alcanza a dimensionar de todas formas, cuáles podrían ser esas circunstancias objetivamente aprehensibles en la dinámica de la vida. En fin, el concepto de bien termina llenándose de contenidos altamente indescifrables porque es el Estado a través de una decisión política el que define cuáles serán aquellos bienes u objetos susceptibles de protección penal (Hormazábal, 1992, pp. 30-31). En síntesis, es factible la particularización de los bienes susceptibles de protección penal pero no hay un sustrato ideológico y conceptual que los defina sistémicamente.

Para el año 1872 la expresión bien jurídico adquiere un renovado aire con Karl Binding que, inspirado en la corriente positivista de Comte, reafirma la importancia del concepto empero a partir de los criterios políticos que fija el legislador para diferenciar entre lo que puede o no ser jurídico penalmente valioso en el afianzamiento del contrato social (Fernández, 2004, pp. 18-19).

Bajo esta dialéctica, el delito es fundamentalmente una agresión a las valoraciones realizadas por el legislador que al momento de catalogar como delictivo un comportamiento determinado selecciona cuál será el bien jurídico que es materia de protección penal. Con ello, la simple desobediencia de la norma encarna la transgresión del bien jurídico que previamente ha sido justipreciado por el hacedor de las normas. He aquí la firme impronta del positivismo jurídico que, sin ninguna clase de ambages, puede predicarse, goza de muy buena salud en la medida que no siempre el derecho penal contemporáneo ofrece escenarios de correspondencia entre una conducta catalogada como delictuosa y su influjo negativo o dañino para aquellos bienes que son importantes en el seno social. Suele ocurrir con recurrente frecuencia que se castigan conductas delictivas que en el plano objetivo no representan ningún daño o peligro de daño. Basta, entonces, para la sanción penal la simple contradicción de la acción u omisión con lo que el ordenamiento jurídico ha establecido con antelación.

En contraposición a la visión anterior, pero con un punto de partida propio del positivismo naturalista de Franz Von Liszt, los bienes jurídicos surgen en el seno de la sociedad; emanan del tráfico cotidiano de la vida en comunidad y, a partir de tales circunstancias, ostentan un carácter prejurídico; se entienden, pues, como un producto de la vida y de esa interacción recurrente entre los individuos que rigen los cauces de su existencia dentro de una sociedad organizada en Estado. De ahí que la inviolabilidad del domicilio, el secreto de la correspondencia y la libertad

del individuo, no sean una creación del ordenamiento jurídico. No. Lo que hace la ley es refrendar dicho valor elevándolo a la categoría de “interés jurídicamente protegido” (Liszt, 1927, pp. 6-7).

### **La teoría del bien jurídico en el derecho penal contemporáneo.**

Dentro de esta dinámica evolutiva de manos de Hans Welzel, en el año 1939, el derecho penal y en especial la teoría del bien jurídico recibirían un fuerte influjo axiológico; en este nuevo giro epistémico para el pensador alemán, el derecho penal ciertamente protege valores elementales de la vida en comunidad empero es en realidad el componente ético social el verdadero punto de inspiración del *ius puniendi*. De esta forma, y con un criterio prevalente, el bien jurídico adquiere más valor no por su contenido intrínseco sino por su significación social. En un plano aspiracional lo que se espera de la colectividad es que el comportamiento de sus integrantes se encuentre siempre acorde con los valores de conciencia que sirven de sustento ideológico al Estado y a la sociedad; por ello, se señala: “misión del Derecho Penal es la protección de los bienes jurídicos mediante la protección de los elementales valores de acción ético sociales” (Welzel, 1976, pp. 13-16).

Esta arista filosófica no deja de ofrecer dificultades conceptuales por lo menos en una sociedad plural, en la que el ejercicio de libertades lleva a ver la vida en cosmovisiones abiertamente distintas donde la inversión de valores puede ofrecer diferentes lecturas frente a un mismo comportamiento; más aún donde no hay sistematicidad en torno al ajuste de un acto a los valores ético-sociales. Bajo esta línea ideológica el intento de dar muerte a un individuo que ya falleció, o el uso de violencia contra una persona que no tiene ningún bien económicamente estimable, serían delitos porque prescindiendo del resultado el carácter altamente reprochable de la conducta iría en contra de aquellos paradigmas de buen comportamiento que se han albergado en la sociedad.

De otro lado, ya en el orden contemporáneo, Claus Roxin propende por un concepto de bien jurídico derivado de la Constitución Política; en consonancia con su pensamiento este instrumento dogmático, sólo es constitucionalmente admisible si su configuración y contenido se inspira en los principios axiológicos que gobiernan el orden superior, en especial a partir de la libertad del individuo y su dignidad humana. En estos términos, postula que:

[l]os bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema (Roxin, 1997, p. 56).

En medio de este panorama y pese a que el profesor alemán cataloga como inidóneas las anteriores definiciones de lo que se concibe como bien jurídico, ora porque no se sabe cuál es el ámbito de protección de su contenido ora por la capacidad que tenga para delimitar conductas punibles y contravenciones, su definición desde el punto de vista conceptual deja abierto un importante campo de indagación

que ofrece sensibles dificultades para validarlo empíricamente. Por ello, para desentrañar el alcance de su postura se tendrían que encontrar luces para establecer ¿cuáles son las circunstancias que se le han dado al individuo en el contexto de la sociedad?, ¿qué finalidades son imprescindibles para el libre desarrollo del ciudadano?, ¿qué finalidades son útiles para el funcionamiento del sistema en el que se desenvuelve el individuo? Como es apenas natural, no se tienen las respuestas a todos estos planteamientos, pero lo que sí queda claro es que nunca ha sido una tarea fácil enfrentarse al reto de definir e identificar estructuralmente lo que ha de entenderse por bien jurídico.

Así las cosas, hasta el momento dentro de los rasgos distintivos que en diferentes perspectivas han sido esbozados en materia de bien jurídico se ha predicado que se trata de un derecho subjetivo; empero, también ha sido identificado como un bien y se le ha catalogado como un interés jurídicamente protegido. Pero también se le ha entendido como un valor ético social; y, así mismo, podría comprenderse como una circunstancia o finalidad útil. Esta breve caracterización conceptual es desde luego solo enunciativa porque como es apenas evidente no agota el tema; sin embargo, su contextualización es suficiente para objetivar la complejidad del concepto.

Por eso los detractores de la teoría del bien jurídico, especialmente Jakobs –el defensor más representativo del funcionalismo sistémico para quien el derecho penal defiende es la vigencia del ordenamiento normativo–, no duda en predicar que el bien jurídico es un concepto altamente maleable con la capacidad de transformarse en algo distinto cada vez que alguien pretende aprehenderlo o sujetarlo (Jakobs, 1991, pp. 47-48). En virtud de ello, se dijo en líneas precedentes que la omisión o silencio del constituyente cuando se introdujo el concepto de bien jurídico en la Constitución Nacional era, en alguna medida, comprensible porque en sana lógica no se puede tratar de resolver en el ámbito de lo político el contenido y alcance de un concepto que la dogmática penal no ha podido resolver en más de dos siglos de constantes discusiones y reflexiones.

### **La justificación político-criminal del procedimiento abreviado.**

Desde el surgimiento del debate en torno al modelo de Estado emergen para el orden constituido las dificultades en derredor de una respuesta adecuada a las necesidades de justicia de la comunidad. La percepción de impunidad y la falta de respuesta a la conflictividad en materia penal ha sido un recurrente fenómeno, no sólo en Colombia sino en buena parte del orden mundial. Por estas razones, tanto en los sistemas de enjuiciamiento criminal latinoamericanos como en un importante sector de la Eurozona la oralidad en materia penal, así como también los mecanismos de culminación alterna del proceso, se han afianzado para que en amplia medida el rito integral del proceso penal solo se agote en excepcionales circunstancias. Esta nueva cosmovisión del proceso abre el camino para que, a través de escenarios dialógicos y concesiones recíprocas, fiscalía, defensa y acusado entablen conversaciones en las que se discuten los términos de degradación de la

conducta delictiva o la forma de participación del acusado en la infracción penal. Todo ello teniendo como enfoque teleológico la reducción de la pena a imponer a quien renuncia a su presunción de inocencia.

Es tal la fuerza del sistema acusatorio en el mundo que expertos en el tema, no obstante partir de la hegemonía y predominio que históricamente ha ostentado el sistema continental europeo, ven con preocupación el dramático declive de su rendimiento y el carácter obsolecente que presenta frente a las nuevas formas de criminalidad. En virtud de ello, los legisladores italianos, españoles y alemanes, no ven con malos ojos la adopción del procedimiento penal norteamericano, o, por lo menos, las partes esenciales de este que abren el camino a su culminación anticipada (Schünemann, 2002, p. 290).

Pese a estos esfuerzos en la exposición de motivos del proyecto de ley 48 2015, Senado, que dio vida jurídica a la figura del acusador privado y al procedimiento abreviado, el Ministerio de Justicia diagnosticó que, en un importante número de noticias criminales, en su amplia mayoría de naturaleza querellable y de menor lesividad, su investigación, judicialización y juzgamiento, demandaba igual esfuerzo e inversión de recursos que la mediana y gran criminalidad. Lo más complejo a juicio del delegado del gobierno, era que se trataba de conductas perpetradas con frecuencia en la comunidad y su recurrencia generaba importantes cifras en materia de congestión en el sistema acusatorio, siendo tan evidente ello que –a 2014– la Fiscalía tenía en su haber un total de 273.987 actuaciones activas por delitos querellables (Gaceta del Congreso, 591, 2015).

En ese contexto el proyecto de ley fue diseñado para agilizar y acortar el tiempo de duración de este tipo de procesos que, con la proyección de la reforma, estaba destinado a conductas delictivas que, por su menor lesividad e impacto en la comunidad amén de ser clasificadas como contravenciones penales, se regularían por un procedimiento abreviado que conforme a la novísima cosmovisión constitucional podría ser afrontado por el acusador privado. Aunque esta fue la razón político criminal del nuevo paradigma y tanto en los debates que en Cámara y Senado se habían hecho en torno al proyecto, permanentemente se deliberó sobre la necesidad incorporar en el Código Penal las conductas de orden contravencional; sin embargo, este curso legislativo sufrió un viraje importante porque las contravenciones fueron excluidas de la reforma (Senado de la República, 591, 2015).

Lo desconcertante en medio de todo este proceso es, que en desarrollo de audiencia pública agotada el 27 de octubre de 2016 en la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes, ante el ponente se ratificó la importancia del proyecto, y en especial, la necesidad histórica que había de incorporar en el Código Penal, las contravenciones penales, dado que los esfuerzos para llegar a tal cometido, databan de un poco más de 30 años pues de hecho el derogado Código Penal del 80 contemplaba la división de hechos punibles en delitos y contravenciones (Gaceta del Congreso, 754, 2016; Gaceta del Congreso 834, 2016).

Retomando el tema relacionado con los fundamentos de la reforma, es evidente que hay cambios trascendentales en la duración del proceso penal si se compara el trámite previsto en la Ley 906 de 2004, ordinariamente configurado en su inicio con el desarrollo de la audiencia de imputación. Esta primera fase, es ni más ni menos el acto comunicacional a través del cual la Fiscalía General de la Nación formaliza sus pretensiones punitivas en el marco del proceso penal; a través de la imputación, se establecen los límites sustantivos no sólo de la imputación fáctica, sino que, a su turno, se afina lo que con grado de probabilidad se erigirá en hechos jurídicamente relevantes de la acusación. Es en esencia la atribución de unos hechos al imputado, los cuales deben ser endilgados en un lenguaje claro, inteligible, sencillo (Guerrero, 2010, pp. 57-58), de un nivel de simplicidad tal, que el más humilde los ciudadanos esté en capacidad de entenderlo.

Un segundo momento es el de la audiencia de acusación; para este instante de la liturgia procesal, la Fiscalía General de la Nación ya se ha decidido a llevar el asunto a juicio de responsabilidad criminal, y su nivel de convicción sobre el compromiso penal del acusado en el plano epistemológico ha cobrado mayor vigor. Esta fase del debido proceso permite conocer a la defensa los soportes cognitivos del llamamiento a juicio, dado que es el momento en el cual oficialmente se descubren los elementos materiales probatorios y de evidencia física que sirven de soporte para defender la futura teoría del caso del ente acusador.

En un tercer espacio, la lógica de composición del proceso en Colombia abre el camino para la ambientación real de lo que será el debate público; a éste sólo se puede arribar cuando en la audiencia preparatoria tanto la Fiscalía como la defensa, en ejercicio de su derecho a la prueba, han postulado las correspondientes solicitudes para que sean decretadas por el Juez de conocimiento. En una cuarta fase, el juicio oral se erige en el momento decisivo en que las partes están habilitadas para allegar la prueba ante el juez que decidirá de fondo para emitir un sentido del fallo de culpabilidad o no culpabilidad del acusado. Por último, y en quinto lugar, la lectura de sentencia pone fin al litigio que se trabó ante la administración de justicia.

Esa es, pues, una sucinta radiografía o visión periférica de lo que es el proceso penal consagrado en la Ley 906 de 2004 a partir de la se puede entender el esquema abreviado que, en principio, reduce el curso del proceso penal a sólo dos audiencias: la primera, aquella en la cual se concentran la acusación y la audiencia preparatoria; y, la segunda, en la que se agota la actividad probatoria del juicio oral. La abreviación del proceso, debe aceptarse, puede facilitar su conocimiento por parte de la sociedad; sólo son dos audiencias, y es más fácil para el ciudadano lego en derecho comprender la nueva estructura del proceso penal frente a delitos menores, pero ello no necesariamente puede concebirse como una mejor capacidad de respuesta del Estado frente a la criminalidad. En efecto, con la simplificación del procedimiento no es del todo seguro que el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva de la víctima, se tornen más cercanos porque las etapas que fueron suprimidas, si bien es cierto son trascendentales en la configuración del proceso penal,

no son de aquellas que demanden una inversión de tiempo importante para su agotamiento. La audiencia de imputación, por un lado, es un simple acto de comunicación y tanto las audiencias de acusación y preparatoria, aunque definen los términos y condiciones del juicio oral, no son las que mayor desgaste del aparato estatal provocan.

Con la eliminación de la imputación y la concentración de las audiencias de acusación y preparatoria del juicio oral, la administración de justicia ahorra recursos importantes toda vez que con ello se evita la programación aislada de la fase depurativa del juicio oral; los riesgos de aplazamiento se morigeran en una medida evidente y ello contribuye a un mayor rendimiento de los actos jurisdiccionales. Debe sumarse a lo expuesto, que también fue suprimida la audiencia de lectura de sentencia que dada su dinámica era un acto escritural que nada tenía de oralidad. Sobraba por ende convocar a audiencia pública para un simple acto de lectura.

En términos generales, pues, el diagnóstico sobre la dinámica y operatividad del procedimiento abreviado es favorable si se vislumbra el mismo desde la perspectiva del acortamiento y supresión de algunas de las fases del proceso penal ordinario. Sin embargo, no hay que ser indiferentes con una realidad: la etapa de indagación y la fase probatoria del juicio oral, son en estricto sentido las que mayor inversión de recursos demandan para la administración de justicia. Al respecto recuérdese que, aunque la Ley 1453 de 2011 adicionó un parágrafo al artículo 175 de la Ley 906 de 2004, a través del cual se establecen límites objetivos a la fase de indagación, la experiencia muestra que los plazos de 2, 3 y 5 años allí fijados en la gran mayoría de los casos no alcanzan a ser suficientes para adoptar una decisión de solicitud de imputación o archivo. De hecho, muchas indagaciones se llevan a imputación varios años después de que la noticia criminal ha sido formulada. La explicación es por demás evidente: el número de casos en indagación supera con creces la capacidad de judicialización o archivo de los fiscales.

Por ello, en la audiencia pública que con el fin de realizar observaciones al proyecto se realizó en la Comisión Primera de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Representantes, se explicitó que como el 70% de las audiencias son aplazadas en el sistema acusatorio, con la introducción del procedimiento abreviado se podrán hacer rendir más las actuaciones jurisdiccionales dependiendo desde luego de la conducta delictiva objeto de enjuiciamiento. Para Mauricio Pava Lugo, Conjuez de la Corte que fue invitado a la discusión, no se justifica que el Estado deba invertir los mismos recursos procedimentales en un hurto y en una desaparición forzada (Audiencia Pública, octubre 27, 2016). De todas maneras, el invitado no exhibió soportes epistémicos e ideológicos que justificaran el trato diferenciado entre una y otra conducta delictiva; sin embargo, de acuerdo a tal postura pareciera entenderse que –si el bien jurídico es de menor entidad– el proceso penal debe ser reducido. En todo caso, no se explica el porqué de la propuesta y no se justifica a partir de evidencia empírica alguna la necesidad de simplificar el proceso penal en todos aquellos casos en los cuales el delito perseguido albergue un bien jurídico de menor entidad.

Aunque en el proyecto siempre se expuso que la idea de abreviar el procedimiento era para poder dar una respuesta más ágil a la criminalidad menor, en ninguno de los instantes de formación de la ley se destinó tiempo alguno para debatir tópicos necesarios, como por ejemplo los criterios que se tendrían en consideración para seleccionar los bienes jurídicos susceptibles de protección a través del procedimiento abreviado. Tampoco se supo bajo qué evidencias de orden sociológico o estadístico se habría establecido cuáles fueron las motivaciones político-criminales con base en las cuales se acordó un trato diferenciado para delitos catalogados como de gravedad menor. Es más, cuando se hace el análisis de derecho comparado se constata que en el simplemente se enuncian las experiencias aparentemente favorables de otras latitudes, empero no hay respaldo en estudios serios que, a partir de cifras objetivas u objetivables, muestren el rendimiento del proceso abreviado en los otros países que lo han implantado. Para López (2015, p. 16), la diferenciación entre delito y contravención va incluso en contra de la lógica de la criminalidad, porque los delitos menores se cometen en mayor porcentaje que los de alto impacto, sin embargo a estos últimos se les brinda un mejor escenario de garantías procesales lo que, a la postre, no deja de ser una paradoja. De esta manera, pues, entre más impacto tenga la criminalidad, mejores podrán ser las garantías.

Así las cosas, es fundamental considerar que aun en tratándose de delitos que se judicializan a través del procedimiento abreviado muchos de ellos como, por ejemplo, el hurto calificado, que no es un comportamiento penal de menor entidad, da lugar a la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario. Se trata de una delincuencia que de manera cotidiana afecta al seno de la colectividad, empero al mismo tiempo la reacción del Estado frente a la misma es en la mayoría de los casos altamente coercitiva, porque de manera recurrente se acoge como primer recurso para su judicialización, el pronóstico de peligro para la comunidad que, a su turno, banaliza y lleva a la simpleza el argumento para restringir la libertad. De acuerdo a esta lógica: si la conducta es peligrosa para la sociedad tal peligro se debe conjurar con cárcel, con independencia de la naturaleza o nivel de lesividad del bien jurídico comprometido en el hecho.

Por ello, cabe preguntar: ¿y si, entonces, la reacción del Estado como titular de la acción penal va a ser fuerte por qué no fortalecer las garantías de todos aquellos sujetos que van a recibir el peso de esa violencia legitimada? Es más: ¿cuáles fueron las razones que tuvo el hacedor de las normas para abreviar la judicialización en los casos de hurto calificado, si es evidente que los extremos punitivos de este modelo delictual cuando es cometido con violencia sobre las personas comportan un mínimo de pena de ocho años y un máximo de diez y seis? Las motivaciones de la simplificación del enjuiciamiento de los hurtos con violencia o sobre medios motorizados no fueron reveladas por el Congreso, pero lo que sí es claro para la doctrina especializada es que cuando se producen leyes de manera acrítica e irreflexiva, la violencia estatal instituida por medio del derecho penal adquiere claros matices de arbitrariedad. Y ese abuso del poder se descarga con toda su crueldad

sobre población más vulnerable que con antelación ha sido seleccionada en esa orientación político criminal (Binder, 2012, p. 230).

Desde otra arista puede decirse que nada se sabe tampoco acerca de los elementos de contexto y de los aspectos circunstanciales que llevaron a abreviar los casos de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico; no se conoce, entonces, por qué motivos específicos, el orden económico social pasó a considerarse como un bien jurídico penal de escasa entidad cuando bien se sabe que la pena mínima de prisión puede alcanzar los nueve años. Esta conducta penal no es liviana y ágil en el campo de la indagación; su carga probatoria es en realidad compleja, pues hay componentes de reenvío normativo y en algunas circunstancias la prueba pericial es crucial como sucede en los casos de monopolio rentístico de licores.

De esta manera, si se habla de un escenario de expansión en relación con este tipo de criminalidad, claramente puede indicarse que con la afectación del orden económico social las posibilidades de inyectar recursos al sector salud se ven menguadas de forma dramática. En estas circunstancias, y en consonancia con las consideraciones que en el campo constitucional fueron incorporadas a la Carta Política, tanto el bien jurídico tutelado como la intensidad de su afectación ameritarían un tratamiento en el que la abreviación o simplificación del procedimiento no fuera la mejor alternativa. Debe a ello adicionarse que detrás de estas formas de delincuencia se esconden la mayoría de las veces sofisticadas organizaciones criminales que, en oposición a los ideales del Estado, crean empresas clandestinas paralelas a través de las cuales se ponen en funcionamiento juegos, apuestas y venta de licores.

En fin, no es la entidad del delito o la intensidad de la lesión del bien jurídico afectado lo que en el ámbito político criminal implica un mayor o menor desgaste en el adelantamiento de la indagación; como ya se explicitó, son la carga probatoria inmersa en la tipicidad de la conducta y también la correlativa responsabilidad penal de su autor, las que marcan la pauta para el establecimiento de hipótesis preliminares y el correspondiente despliegue de actos de averiguación. Es, pues, la teoría del caso edificada a partir de la teoría del delito la que necesita ser probada en juicio, con independencia de la naturaleza del bien jurídico lesionado o puesto en efectivo peligro; ello, puede tornar más o menos intensa la actividad probatoria.

## Conclusiones

Para la incorporación de la teoría del bien jurídico en el marco constitucional, no hubo ninguna clase de estudio dogmático de la figura. Además, no se observa que en los procesos de configuración de la Ley 1826 de 2017 se hayan incorporado criterios diferenciadores que justificaran en el ámbito político criminal adelantar a través del procedimiento abreviado cierta clase de delitos.

Además, la integración por parte del constituyente y del legislador de la teoría del bien jurídico, el principio de lesividad y el procedimiento abreviado, no apare-

ce del todo clara. Hay delitos menores que pueden implicar un mayor desgaste en los procesos de investigación y prueba.

En fin, cabe colegir, las fases de indagación y juicio que son en estricto sentido las que mayor inversión de tiempo demandan en el proceso penal no pudieron ser simplificadas mediante las previsiones contenidas en el nuevo procedimiento abreviado.

## Referencias

- Binder, A. (2012). *Análisis Político Criminal. Bases para una Política Criminal minimalista y democrática*. Bogotá: Editorial Astrea-Universidad del Rosario.
- Birnbaum, J. M. F. (2010). *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, trad. y estudio preliminar de J. L. Guzmán-Dalbora. Valparaíso: Edeval.
- Código de Procedimiento Penal Chileno (2017), en Leyes-Cl.com. Recuperado de [http://leyes-cl.com/codigo\\_procesal\\_penal.htm](http://leyes-cl.com/codigo_procesal_penal.htm).
- Congreso de la República (2011). Proyecto de Acto legislativo 216 de 2011 Cámara. Por el cual se reforma el artículo 250 de la Constitución Política. En *Gaceta del Congreso* No. 206, 27 de abril de 2011. Bogotá: Imprenta Nacional. Recuperado de [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel\\_3](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3)
- Congreso de la República (2011). Proyecto de Acto Legislativo 216 de 2011, Cámara. Por el cual se reforma el artículo 250 de la Constitución Política. En *Gaceta del Congreso* No. 226, tres de mayo de 2011. Bogotá: Imprenta Nacional. Recuperado de [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel\\_3](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3)
- Congreso de la República (2011). Informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de Acto Legislativo número 020 de 2011 Senado, 216 de 2011 Cámara, 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. En *Gaceta del Congreso* No. 394, ocho de junio de 2011. Recuperado de [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel\\_3](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3)
- Congreso de la República. (2011). *Informe de Conciliación al proyecto 020 de 2011 Senado, 216 de 2011 Cámara (Primera Vuelta)*. *Gaceta del Congreso* No. 719, 26 de septiembre de 2011. Recuperado de [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar\\_documento?p\\_tipo=02&p\\_numero=73&p\\_consec=30395](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=02&p_numero=73&p_consec=30395).
- Congreso de la República (2015). Proyecto de Ley 48 de 2015 Senado. Por medio del cual se definen las contravenciones penales, se establece un procedimiento especial abreviado para ellas y se regula la figura del acusador privado; Exposición de Motivos. En *Gaceta del Congreso* No. 591, doce de agosto, Bogotá: Imprenta Nacional. Recuperado de [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar\\_documento?p\\_tipo=05&p\\_numero=48&p\\_consec=42452](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=48&p_consec=42452)

- Congreso de la República (2016). Acta de comisión 15 del 20 de septiembre de 2016 Cámara. Comisión primera constitucional permanente acta número 15 de 2016, septiembre 20. En *Gaceta del Congreso* No. 834 de cuatro de octubre de 2016. Recuperado de [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v\\_num=834&v\\_anog=2016](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v_num=834&v_anog=2016)
- Congreso de la República (2016). Informe subcomisión al proyecto de ley 171 de 2015 Cámara, 48 de 2015 Senado. por medio de la cual se definen las contravenciones penales, se establece un procedimiento especial abreviado para ellas y se regula la figura del acusador privado. En *Gaceta del Congreso* No. 754, catorce de noviembre de 2016. Recuperado de [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v\\_num=754&v\\_anog=2016](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v_num=754&v_anog=2016)
- Congreso de la República (2016). Acta de audiencia pública del 27 de octubre de 2016 Cámara. Comisión Primera Constitucional Permanente audiencia pública de 2016, octubre 27. Recuperado de [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar\\_documento?p\\_tipo=1007&p\\_numero=%20&p\\_consec=46738](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=1007&p_numero=%20&p_consec=46738)
- Congreso de la República (2016). Informe de ponencia segundo debate proyecto de ley 171 de 2015 Cámara, 48 de 2015 Senado. Por medio de la cual se establece un procedimiento especial abreviado y se regula la figura del acusador privado. *Gaceta del Congreso* No. 960, dos de noviembre de 2016. Recuperado de [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar\\_documento?p\\_tipo=27&p\\_numero=171&p\\_consec=46425#\\_ftnref1](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=27&p_numero=171&p_consec=46425#_ftnref1)
- Corporación Excelencia en la Justicia (2010). *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia*. Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia y Embajada Británica.
- Fernández, G. D. (2004). *Bien Jurídico y Sistema del Delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*. Buenos Aires-Montevideo: B de F.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y Razón* (trad, P. Andrés Ibáñez). Madrid: Trotta.
- Gómez, J. L. (2010). Dogmática penal y proceso penal, algunas disfuncionalidades relevantes de la actualidad. *Cuadernos de Derecho Penal* (3), 9-36.
- Guerrero, O. J. (2010). *Control de Garantías*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Hassemer, W. (2009). *Verdad y Búsqueda de la verdad en el proceso penal. La medida de la Constitución*. México D. F.: Ubijus.
- Hormazábal, H. (1992). *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*. Santiago de Chile: Jurídica Cono Sur.
- Horvitz, M. I. López, J. (2004). *Derecho Procesal Penal chileno* (T. II). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- Jakobs, G. (1991). *Derecho Penal. Parte General y fundamentos de la teoría de la Imputación* (trad. J. Cuello-Contreras). Madrid: Marcial Pons.
- Ley Orgánica 1 (2015, marzo 30). Por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En *BOE* núm. 77, de 31 de marzo de 2015, pp. 2706-27176, Madrid: Agencia Estatal, Boletín Oficial del Estado. Recuperado de [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439)
- Liszt, F. von (1927). *Tratado de Derecho Penal* (T. II). Madrid: Reus. López-Gastón, R. D.
- López, R. D. (2015). *Reacciones penales innecesarias en un modelo de derecho penal mínimo. Un estudio crítico sobre las disputas científicas en torno al derecho penal sancionador*. Buenos Aires-Montevideo: B de F.
- Miranda, M. (1997). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: José María Bosch Editor.
- Navas, J. A. (2015). La reforma penal y el procedimiento para delitos leves. *Revista la Toga. Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla* No. 191, mayo-diciembre, Dossier, pp. I-XVI. Recuperado de <http://revistalatoga.es/la-reforma-penal-y-el-procedimiento-para-delitos-leves/>
- Rivas, F. (2016, septiembre 16). Las 10 leyes mas absurdas u obsoletas que siguen vigentes en Chile. *Biobiochile.cl*. Recuperado de <http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2016/09/16/10-leyes-absurdas-u-obsoletas-que-siguen-vigentes-en-chile.shtml>
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del delito* (T. I), trad. D. M. Luzón-Peña. Madrid: Civitas.
- Schünemann, B. (2002). *Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal después del Milenio*. Madrid: Tecnos.
- Schünemann, B. (2007). *¡El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos!* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Welzel, H. (1976). *Derecho Penal Alemán* (trad. de J. Bustos-Ramírez y S. Yáñez-Pérez, 2 ed). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.