

**DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA A PRIVADA: IMPLEMENTACIÓN DE LA
FIGURA DEL ACUSADOR PRIVADO EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO.**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

MARÍA JOSÉ CORREA ROZO.

**DIRECTOR DE TRABAJO DE GRADO: ANDRÉS FERNANDO RAMÍREZ
MONCAYO**

2018

Resumen: Mediante la ley 1826 del 2017, la cual empezó a regir a mediados del mismo año, se implementó en Colombia el proceso especial abreviado y la figura del acusador privado. Lo anterior, suscita un cambio importante en los principios del proceso penal colombiano, dado que ya no sólo será la Fiscalía General de la Nación quien ejerce la acción penal, sino también las víctimas y las autoridades que la ley faculte para ello. En este trabajo de grado se analizarán los posibles efectos de la figura del acusador privado y algunos ordenamientos jurídicos que inspiraron su implementación en el ordenamiento colombiano.

Palabras clave: proceso especial abreviado, acusador privado, proceso penal, Fiscalía General de la Nación, acción penal.

Abstract: Colombia implemented the especial abbreviated criminal process and the private prosecutor figure, by means of law 1826, enacted in 2017. This fostered a fundamental change, given that victims and authorized entities would now be able to exercise criminal action, a deed formerly restricted to the General Prosecutor. In this thesis, the private prosecutor figure and its potential effects will be analyzed, as well as other legal ordinances that inspired its implementation in Colombia.

Key words: especial abbreviated criminal process, private prosecutor figure, law 1826, victims, General Prosecutor, criminal action.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	5
II. ACCIÓN PENAL PÚBLICA Y MINISTERIO FISCAL EN EUROPA CONTINENTAL	6
a) Europa Continental	6
b) Derecho Anglosajón.....	10
c) Influencia en América Latina, específicamente en Colombia.....	11
d) ¿Quién ejerce la acción penal en Colombia?	13
e) Incapacidad del Estado.....	14
III. PROCESO ESPECIAL ABREVIADO Y ACUSADOR PRIVADO EN COLOMBIA.....	16
a) Proceso Especial Abreviado.	18
b) Acusador Privado.....	22
c) Análisis y Opinión.....	28
IV. SISTEMA PENAL DE CHILE, ESPAÑA Y ESTADOS UNIDOS	33
a) Sistema Penal de Chile.....	34
b) Sistema Penal de España	40
c) Sistema Penal de Estados Unidos	44
d) Diferencias	50
V. CONCLUSIÓN	52
VI. BIBLIOGRAFÍA	54
VII. ANEXOS.....	60

I. INTRODUCCIÓN

En antiguos ordenamientos jurídicos, como el romano, griego y germánico, la acción penal tenía naturaleza privada. Sin embargo, tradicionalmente, el Estado es quien ha ostentado el monopolio de la acción penal. En otras palabras, es el Estado quien ha tenido la potestad para crear delitos y ejecutar las correspondientes sentencias.

El *ius puniendi* ha sido un poder único y exclusivo del Estado. No obstante, en diferentes ordenamientos jurídicos, se ha implementado la figura del acusador privado o particular, eliminando así este monopolio estatal de la persecución penal.

En Colombia, en aras de resolver el problema de congestión de la Fiscalía General de la Nación y de la justicia penal, acorde a la tendencia internacional mencionada anteriormente, se ha implementado la figura del acusador privado mediante la ley 1826 del 2017. El *ius puniendi* dejó de ser una potestad exclusiva del Estado y ahora, tanto las víctimas como aquellas autoridades que permita la ley, están facultadas para ejercer la acción penal.

El acusador privado es una figura nueva en nuestro ordenamiento colombiano. Sin embargo, dado que la ley 1826 empezó a regir a mediados del 2017, sus efectos todavía no son medibles. No obstante, en este trabajo de grado, se hará un breve análisis de esta figura y sus posibles efectos. Asimismo, se analizará la implementación de la acción penal privada en algunos ordenamientos jurídicos que inspiraron la implementación de la misma en

nuestro sistema jurídico. Lo anterior, dado que esta figura suscita de antemano un cambio radical en los principios del proceso penal pues la Fiscalía General de la Nación ya no es la única facultada para ejercer la acción penal.

II. ACCIÓN PENAL PÚBLICA Y MINISTERIO FISCAL EN EUROPA CONTINENTAL

Antes de analizar la figura del acusador privado, se entrará a examinar el por qué ejercer la acción penal ha sido una facultad propia del Estado, es decir, por qué ha tenido una naturaleza pública, y no privada. Ello en aras de analizar lo que implica la implementación de la figura del acusador privado en nuestro ordenamiento jurídico.

a) Europa Continental

En un principio, el delito tenía carácter privado y por ende, la acción penal también tenía naturaleza privada. Por ejemplo los sistemas de la antigua Grecia y Roma, implementaban el modelo acusatorio “original” o “puro” y existía la acusación popular, es decir, la posibilidad de que cualquier ciudadano podía formular una acusación. Ahora bien, los griegos y romanos hicieron una distinción entre los delitos públicos y privados, en donde en caso de que el delito fuese público, cualquier ciudadano podía ejercer la acción penal y acusar, y cuando el delito era considerado privado, sólo lo podía hacer el ofendido.

En igual sentido, el antiguo derecho germánico, tenía dos características fundamentales. Primero, la acción penal se caracterizaba por ser una especie de duelo u oposición entre familias, individuos o grupos. No había intervención de una autoridad pública y dado que

era una acción privada, las partes eran: quien acusaba (el ofendido directo o familiar) y quien se defendía. Asimismo, para que hubiese un proceso penal era necesario demostrar que había un daño y que la presunta víctima designase su adversario. Segundo, se podía llegar a un acuerdo o transacción a través de un acuerdo entre las partes.

Con el paso del tiempo, el carácter público de los delitos se generalizó y contribuyó decididamente a la concentración de los poderes públicos en manos de una sola cabeza: primero en el emperador, luego en el monarca y finalmente en el Estado. Esta concentración de poderes zanjó el camino para que la mayoría de delitos fueran considerados públicos y por ende para que la persecución oficiosa empezara a tener mayor trascendencia.

En este escenario, apareció el proceso inquisitivo cuyos postulados se difundieron por toda Europa Continental. Ahora bien, este modelo privó a los particulares del ejercicio de la acción penal y lo atribuyó a un funcionario público quien ejercía dicha facultad de forma oficiosa (juez instructor).

En el siglo XVIII, bajo las ideas del Iluminismo, se modificó el régimen de la persecución penal. De ahí, surge un modelo de procesamiento mixto ya que se seguían algunos postulados del sistema inquisitivo – la persecución penal era pública dado que los delitos eran una ofensa a la sociedad, y la búsqueda de la verdad histórica era un fin inmediato del procesamiento – y del sistema acusatorio, principalmente la división de funciones entre acusar y juzgar. Todo ello, con el fin de armonizar los intereses del Estado de reprimir el delito y el individual de todos los ciudadanos a resistir el *ius puniendi* estatal.

Además de una modificación al procedimiento penal, hubo un cambio importante en cuanto a la concentración de las funciones políticas. Ahora, dichas funciones de legislar, administrar justicia y gobernar, pasaron a estar en cabeza de distintos órganos estatales que, limitándose recíprocamente, integraron los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Ahora bien, la función de administrar justicia mantuvo en la persecución, acusación y juzgamiento el carácter público.

En 1974, Alemania implementó un cambio en el procedimiento penal al encargar la instrucción al Ministerio Fiscal. Dicho cambio influyó en otros países como Italia y Portugal, quienes también contemplaron la instrucción del proceso penal a cargo del Ministerio Fiscal. Es así como se empezaron a derogar las normas que atribuían dicha facultad al juez instructor. Este cambio se fundamentó principalmente en dos circunstancias: la primera, la instrucción por el juez es una institución netamente inquisitiva y contradictoria con el proceso penal propio de un Estado de Derecho en donde se exige la aplicación del principio acusatorio – el cual se caracteriza principalmente porque se dividen los papeles de acusador, que se le atribuye al Ministerio Fiscal por regla general, y de juez. Lo anterior hace que se limite los amplios poderes investigadores del juez instructor en la etapa de investigación y se acerque al juez a un rol más de árbitro, conforme al modelo ideal anglosajón. Segundo, se ve como una respuesta adecuada del Estado frente a los ciudadanos a los que exige deberes fiscales para evitar la reiteración de actuaciones

procesales ya que las mismas que hacía el fiscal las hacía el juez de instrucción¹. Con ello se logra un aceleramiento del proceso penal y se le da una auténtica importancia a las pruebas dejando los actos de investigación para fundar la apertura del juicio oral.

El sistema acusatorio y la naturaleza privada de la persecución penal obedecen a un contexto donde los delitos penales se consideraban privados dado que eran una ofensa a la víctima u ofendido. Los cambios en las circunstancias políticas y sociales obligó a que hubiese un cambio en el sistema procesal y por ello, cuando el Estado adopta para sí mismo diversas prerrogativas que integran el *ius puniendi*, la pena y la realización del derecho penal en general adquirieron una naturaleza pública que desplazó el interés particular del ofendido o de la víctima.

La administración de la justicia empezó a ser pública y por eso se crearon órganos estatales especializados a los cuales correspondía su realización de modo exclusivo. *“El emperador, monarca o el Estado, asumieron, según la época, el poder/deber de tutelar penalmente los intereses públicos y privados por igual; así quedaron sentadas las bases para afirmar el interés público en la persecución de los delitos”*².

¹ Gómez Colomer, Juan Luis (1997). La instrucción del proceso penal por el ministerio fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado. *Revista Peruana de Derecho Procesal I*, p. 335-358. Recuperado de: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_91.pdf

² Vargas Lozano, Renato. (Julio de 2012). Lozano, R. V. (Julio de 2012). El ejercicio de la acción penal en Colombia. Reflexiones en torno a la reforma al artículo 250 de la Constitución Nacional*. Recuperado de: https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&ei=IEetW7_DM_t5gL5up2ABQ&q=El+ejercicio+de+la+acción+penal+en+Colombia.+Reflexiones+en+torno+a+la+reforma+al+art%C3%ADculo+250+de+la+Constitución+Nacional*.&oq=El+ejercicio+de+l+a+acción+penal+en+Colombia.+Reflexiones+en+torno+a+la+reforma+al+art%C3%ADculo+250+de+la+Constitución+Nacional*.&gs_l=psy-ab.3...3059.9955.0.10305.2.2.0.0.0.0.0..0.0....0...1c.1.64.psy-ab..2.0.0....0.PhE6LkFodMw#

b) Derecho Anglosajón

Para describir cómo se implementó el principio acusatorio en el derecho anglosajón, se tendrá en cuenta dos sistemas jurídicos, el del Reino Unido y el de Estados Unidos.

El proceso penal del Reino Unido tiene como característica la consagración más pura del principio acusatorio. Allí no se crea el juez instructor ni el Ministerio Fiscal, sino que es la misma policía quien investiga y quien en caso de ver elementos suficientes para someter a juicio a una persona, solicita al juez la imputación. La acusación en la práctica, la hace un abogado, la policía o el Director de Persecuciones Públicas, todos en nombre de la corona, sin necesidad de que exista el Ministerio Fiscal³.

Este modelo fue contemplado en la Europa Continental pero con la diferencia de que se desarrolló un órgano competente para desarrollar la instrucción.

Ahora, en Estados Unidos, antes del siglo XVIII, el delito era considerado como una ofensa a la víctima y no a la sociedad y por eso la persecución penal no era una obligación para los organismos públicos sino que era una responsabilidad de los particulares. Al igual que como sucedió en Europa, el movimiento iluminista (siglo XVIII) introdujo la idea de que el delito era una ofensa para la sociedad, más que para el particular, y por ende, influyó en la

³ Gómez Colomer, Juan Luis (1997). La instrucción del proceso penal por el ministerio fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado. *Revista Peruana de Derecho Procesal I*, p. 335-358. Recuperado de: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_91.pdf

modificación al régimen de persecución penal. Hoy en día, en Estados Unidos la acusación está a cargo de una figura pública (*U.S Attorney*), quien acusa en nombre del Estado, y la investigación la dirige el mismo fiscal pero la hace la policía.

c) Influencia en América Latina, específicamente en Colombia

Las ideas anteriormente expuestas llegaron a varios países de Latinoamérica, especialmente por influencia del derecho alemán. De todos ellos, nos vamos a referir específicamente a la influencia que tuvieron estos postulados en Colombia.

Bajo la Constitución de 1886, se expidieron dos códigos penales. El primero, 1936, tenía estirpe positivista y fundamentó la responsabilidad penal sobre el concepto de peligrosidad. El segundo, 1980, construyó la responsabilidad penal sobre el concepto de culpabilidad. Este segundo código, coexistió con el régimen procesal heredado desde 1971 que era una mezcla entre el modelo inquisitivo y el acusatorio y su principal característica era que las funciones de investigación y acusación radicaban en cabeza del juez instructor. En otras palabras, el modelo de la justicia penal era preponderantemente inquisitivo el cual se caracterizaba, a grandes rasgos, en que todas las funciones tanto investigativas, judiciales y de juzgamiento radicaban en cabeza del juez. Es decir, era el juez quien ordenaba la recolección de los elementos materiales probatorios, direccionaba la investigación y luego juzgaba.

Eventualmente, este sistema dejó de funcionar y más adelante, durante las discusiones que se dieron en torno a la creación de una nueva Carta Política, se buscó reformar la administración de justicia para así aplicar los postulados del modelo acusatorio. En igual

sentido, en 1979 el ex presidente Julio Cesar Turbay presentó una reforma constitucional que buscaba crear la Fiscalía General de la Nación, como órgano de investigación y acusación de las conductas delictivas⁴. La fiscalía, sería parte del Ministerio Público, tal como lo indica el artículo Artículo 38, del acto legislativo 01 del 4 de diciembre de 1979: *“El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Fiscal General de la Nación y por los demás funcionarios que la ley determine”*. Pero, por razones de forma, la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable dicha reforma. Así pues, se empezó a explorar la posibilidad de crear una institución que se encargara de la investigación y zanjara la separación entre las funciones de acusar y juzgar.

En la Asamblea Nacional Constituyente, la reforma a la administración de justicia fue un tema importante, no sólo por la congestión e impunidad, sino por el escalonamiento de la violencia que se vivió a lo largo de los años 80. Es así como la Constitución de 1991 creó la Fiscalía General de la Nación como un organismo de la rama judicial que tendría la labor de investigación y captura de los infractores de la ley penal. Asimismo, se le dotó de ciertas facultades judiciales, como por ejemplo la adopción de medidas de aseguramiento para asegurar la comparecencia de los infractores de la ley penal y desarrollar actos complejos de investigación que pueden afectar derechos fundamentales. Todo lo anterior en búsqueda de descongestionar la justicia, disminuir la impunidad, fortalecer la labor de investigación de los hechos que podrían llegar a configurar un delito, la captura de quienes cometen un delito penal y finalmente, separar las funciones de acusar y juzgar. Asimismo, se

⁴ Benavides Vanegas, Farid Samir. (2017). La crisis de la Fiscalía a 25 años de su creación. Recuperado de: <https://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/10392-la-crisis-de-la-fiscal%C3%ADa-a-25-a%C3%B1os-de-su-creaci%C3%B3n.html>

implementó un modelo de procedimiento penal mixto con tendencia acusatoria, desarrollado mediante el Decreto 2700 de 1991 y la ley 600 del 2000.

Sin embargo, en búsqueda de implementar el principio acusatorio en el procedimiento penal, en donde las funciones de acusar y juzgar se radican en cabeza de diferentes entidades, se desarrolló el modelo acusatorio mediante el Acto Legislativo 03 del 2002 y la ley 906 del 2004. Ante ello, se eliminaron las facultades judiciales de la Fiscalía que podían poner en riesgo los derechos fundamentales y que se consideraban excesivas, y ante las actuaciones de la misma, se creó el juez de control de garantías en aras de la protección de derechos fundamentales⁵.

d) ¿Quién ejerce la acción penal en Colombia?

Dice Fernández Carrasquilla que el *ius puniendi* “*es la potestad del Estado para dictar las leyes del derecho penal, imponerlas judicialmente y ejecutar las sentencias correspondientes*”⁶. En otras palabras, es la facultad penal del Estado, en virtud de la cual puede determinar que ciertos actos o conductas son punibles y por ende, en caso de que se cometan, imponer penas o medidas de seguridad. El *ius puniendi* es un poder único y exclusivo del Estado para ejercer la acción penal o persecución penal. Lo anterior tiene como consecuencia que, “*es al Estado a quien corresponde el monopolio de la pena y de la prohibición de conductas, a quien corresponde el monopolio de la restricción de la libertad*”⁷, y no es una facultad de los particulares.

⁵ Fiscalía General de la Nación, Estructura del Proceso Penal Acusatorio, Recuperado de: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp.../EstructuradelProcesoPenalAcusatorio.pdf>

⁶ Carrasquilla, Juan Fernández. (2007). Derecho Penal Fundamental 1. 3ra edición. Bogotá: Editorial Ibañez.

⁷ Posada Arboleda, Néstor Raúl. (2010). Conceptos Generales de la Teoría del Saber Penal. En Varios, *Derecho Penal: Parte General - Fundamentos*. Universidad de Medellín.

El Estado es quien tiene el *ius puniendi*, y quien tiene la titularidad de la acción penal. En Colombia, a partir de la Constitución de 1991, esta función corresponde a la Fiscalía General de la Nación en nombre del Estado, tal y como lo indica el artículo 250 de la Constitución.

Dicho postulado ha sido predominante hasta la expedición del Acto legislativo 06 del 2011, el cual modificó el artículo 250 de la Constitución e indicó en el párrafo segundo del mismo lo siguiente: *“Atendiendo la naturaleza del bien jurídico o la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente”*. Lo anterior se materializó con la expedición de la ley 1826 del 2017, la cual otorgó la facultad de ejercer la acción penal a las víctimas y las autoridades que indica la ley.

e) Incapacidad del Estado

Por norma constitucional, la Fiscalía General de la Nación siempre está obligada a ejercer la acción penal. Dice entonces el artículo 250 de la Constitución que la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento, no pudiendo, en consecuencia, suspender, renunciar, ni interrumpir la persecución penal, salvo en los casos que indique la ley para la aplicación del principio de oportunidad. Lo anterior muestra que el principio de obligatoriedad de la acción penal es la regla general en el

ordenamiento colombiano, y el principio de discrecionalidad de la acción penal es la excepción.

El hecho de que el principio de obligatoriedad sea la regla general tiene como consecuencia que el ente acusador, quien representa al Estado, sea incapaz de ejercer la acción penal eficientemente ante todas las noticias criminales que llegan a su conocimiento. Lo anterior tiene como consecuencia el problema de congestión de la Fiscalía General de la Nación, lo cual se puede evidenciar en las estadísticas que publica la entidad en su página web⁸. Estas muestran, por ejemplo, que para principios del 2017 hubo 114.307 noticias criminales, y para Abril de este año hubo 117.791. Asimismo, las estadísticas publicadas por la entidad muestran que la mayoría de procesos están en etapa de indagación.

En igual sentido, la Corporación Excelencia a la Justicia afirmó en un estudio que hay una tendencia creciente a la acumulación en la etapa de indagación preliminar. También indicó que la mayoría de noticias criminales no obtienen respuesta debido a la falta de infraestructura de la Fiscalía, falencias de personal y la focalización de los esfuerzos en la indagación e investigación de los delitos de menor lesividad⁹.

⁸ Para revisar las gráficas expuestas por la Fiscalía General de la Nación, ver: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticia-criminal/>

⁹ Corporación Excelencia a la Justicia (2010). Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia. Recuperado: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjD7MK9ztHaAhVOtVMKHbRkD2cQFggmMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cej.org.co%2Findex.php%2Fcomponent%2Fdocman%2Fdoc_download%2F417-balance-de-los-cinco-primeros-anos-de-funcionamiento-del-sistema-penal-acusatorio-en-colombia%3FItemid%3D186&usg=AOvVaw1gjMjaHn_c0_jM1-b7W9Ve

La congestión de la Fiscalía General de la Nación es una consecuencia evidente de que el Estado es incapaz de llevar a cabo la acción penal siempre que llegue una noticia criminal a su conocimiento. Es por ello que, mediante la expedición de la ley 1826 del 2017, la cual introdujo las figuras del proceso especial abreviado y el acusador privado, se busca aliviar la carga de esta entidad. No obstante, esta solución tiene falencias, como se analizará más adelante.

III. PROCESO ESPECIAL ABREVIADO Y ACUSADOR PRIVADO EN COLOMBIA

¿Cómo funciona la acción privada o la figura del acusador privado en Colombia?

En el 2017 se expidió la ley 1826, la cual introduce la figura del acusador privado y la consagración del proceso especial abreviado en nuestro ordenamiento. La figura del acusador privado demuestra un cambio radical en las reglas del procedimiento penal en Colombia; ahora la Fiscalía General de la Nación no es la única que tiene la titularidad de la acción penal, también la tienen las autoridades que la ley faculte expresamente para ello y las víctimas en los casos en que indique la ley 1826.

La figura del acusador privado se implementó en Colombia a semejanza de otros países que también la implementaron en sus ordenamientos. Pero, ¿cuál es la razón por la cual en diferentes ordenamientos se ha decidido que la acción penal ya no será un monopolio del Estado? o más específicamente, ¿por qué se ha introducido en diferentes ordenamientos la figura del acusador privado o particular, otorgándole la facultad de ejercer la acción penal?

En España y en Chile, como se verá más adelante, hay un fundamento garantista y constitucional para otorgarle al particular la facultad de ejercer la acción penal. En Estados Unidos, por el contrario, a pesar de la existencia de la figura, la Corte Suprema es reacia a aceptar su práctica y esta ha quedado en desuso. ¿Cuáles son los fundamentos en el ordenamiento colombiano para implementar la figura del acusador privado?

En la exposición de motivos de la ley 1826 del 2017¹⁰ (mirar anexo #1), se dijo que “*el tratamiento de las conductas punibles de menor lesividad para la sociedad colombiana, ha sido un tema recurrente en la discusión política y jurídica respecto del procedimiento penal*”. Por ello, en diferentes ocasiones se ha buscado implementar un sistema que permita procesar de manera eficaz y ágil a quienes “*toman parte en las conductas delictivas de frecuente ocurrencia en la comunidad, que congestionan el sistema judicial de manera notoria*”¹¹, respetando los derechos fundamentales de las partes del proceso.

Se ha buscado implementar un proceso ágil y eficaz para las conductas delictivas que son recurrentes y de menor lesividad para la sociedad que ayude a descongestionar el sistema judicial y alivie la carga de los fiscales. Por ello, se implementó el proceso especial abreviado y la figura del acusador privado.

No sobra mencionar que la institución del acusador privado tiene fundamento constitucional en el párrafo segundo del artículo 250 de la Constitución, introducido por

¹⁰ Referenciado en la Gaceta del Congreso No. 591 del 12 de Agosto del 2015.

¹¹ Según la exposición de motivos de la ley 1826 del 2017, la Fiscalía reportó un total de 273.987 procesos aproximadamente activos al 2015 por delitos querellables. Además, reportó que un 21% de todos los procesos penales se adelantan por delitos querellables.

el Acto Legislativo 006 de 2011, el cual dice: “*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*”.

De acuerdo a la exposición de motivos del Acto Legislativo 006 del 2011¹² (mirar anexo #2), la reforma tenía por objeto reducir la congestión judicial y darle a las víctimas o a las autoridades administrativas que determine la ley, la posibilidad de tener la titularidad de la acción penal. Lo anterior bajo dos argumentos a saber: 1. Una de las razones por la cual la Fiscalía está congestionada es la cantidad de recursos humanos y materiales que debe destinar para delitos de “menor impacto o pequeñas causas penales”. 2. La continua situación de impunidad asociada a lo anterior. Por lo cual, la solución fue privar al ente público acusador del monopolio de la titularidad de la acción penal y permitir que otras entidades o las víctimas tengan esta facultad.

Seguidamente se hará una breve descripción del procedimiento especial abreviado para más adelante analizar la figura objeto de este trabajo de grado: el acusador privado.

a) Proceso Especial Abreviado.

Como se mencionó anteriormente, el procedimiento especial abreviado se introdujo en el ordenamiento colombiano con el fin de implementar un proceso ágil y eficaz para las conductas delictivas que son recurrentes y de menor lesividad para la sociedad Colombiana.

¹² Congreso Nacional de la República de Colombia. (2011). *Gaceta del Congreso Número 206 de 27 de Abril del 2011*. Recuperado el 23 de Abril de 2018, de http://www.cej.org.co/doc_sl/SL_PAL_CAM_216_2011.pdf

Lo anterior, en búsqueda de dar solución al problema de la congestión del sistema judicial penal, o más específicamente, de la congestión de la Fiscalía General de la Nación.

No todas las conductas son objeto del procedimiento especial abreviado. Es así como el artículo 534 del Código de Procedimiento Penal (de ahora en adelante CPP) enumera las conductas sobre las cuales puede aplicar este procedimiento tales como: (i) Las que requieren de querrela para el inicio de la acción penal¹³ y (ii) algunas conductas que a pesar de ostentar la calidad de oficiosos, se incluyeron en esta lista tales como: A. Lesiones personales; B. Hurto calificado y hurto agravado; C. Utilización indebida de información privilegiada en particulares; D. Violación sobre derechos morales de autor; E. Inasistencia alimentaria; F. Falsedad de documento privado; entre otros delitos que son considerados de menor lesividad para la sociedad colombiana. Ahora bien, tal como lo indica este mismo artículo, *“en caso de concurso entre las conductas punibles referidas en los numerales anteriores y aquellas a las que se le aplica el procedimiento ordinario, la actuación se regirá por este último”*.

Este procedimiento se surte en tres etapas y no en cinco, como sucede en el procedimiento penal ordinario. La primera, en la que comunican los cargos, se descubren y solicitan pruebas; y la segunda, en la que se practican las pruebas y se controvierten, y termina con una decisión de fondo ((i) noticia criminal: denuncia o querrela; (ii) traslado de acusación; (iii) audiencia concentrada y, (iv) juicio oral). Ahora bien, tal como se indica en la exposición de motivos de esta ley, además de la disminución de etapas del proceso, una de

¹³ Por ejemplo, injuria y calumnia, abuso de confianza, usurpación de tierras, violación a la libertad religiosa, alzamiento de bienes, defraudación de fluidos, hurto simple cuya cuantía no exceda de 150 SMLMV, parto o aborto preterintencional, omisión de socorro, entre otros.

las características relevantes de este procedimiento es que se suprime el acto de imputación, por lo cual, la comunicación de los cargos se hará, por regla general, mediante el traslado del escrito de acusación.

En el procedimiento especial abreviado, como indican los artículos 534 y siguientes del CPP, la acusación se da con el traslado del escrito de acusación, tras lo cual el indiciado adquiere la condición de parte. Para dar el traslado del escrito de acusación, el fiscal debe citar al indiciado y a la víctima y llevar a cabo las siguientes acciones, dependiendo del caso. Primero, cuando se trate de delitos querellables, después de presentar el escrito de acusación, se debe indagar por el ánimo conciliatorio de las partes; segundo, se hace la entrega del escrito de acusación y tercero, se realiza el descubrimiento probatorio por parte de quien acusa. Asimismo, en el evento en que proceda medida de aseguramiento, inmediatamente se dé el traslado del escrito de acusación, se procederá a lo previsto en los artículos 306 y siguientes del CPP¹⁴.

Una vez se dé el traslado de la acusación, el fiscal encargado del caso tiene cinco (5) días para presentar ante el juez competente el escrito de acusación¹⁵. A partir del traslado, el

¹⁴ Artículo 306 CPP: “*El fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente. Escuchados los argumentos del fiscal, el Ministerio Público, la víctima o su apoderado y la defensa, el juez emitirá su decisión. La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia. La víctima o su apoderado podrán solicitar al juez de control de garantías, la imposición de la medida de aseguramiento, en los eventos en que no sea solicitada por el fiscal. En dicho caso, el juez valorará los motivos que sustentan la no solicitud de la medida por parte del fiscal, para determinar la viabilidad de la imposición.*” Es importante tener en cuenta que, acorde al artículo 548 CPP, el término de las medidas de seguridad en el procedimiento especial abreviado, no podrá exceder de ciento ochenta (180) días.

¹⁵ Artículo 540: “... *el incumplimiento de esta disposición dará lugar a las sanciones disciplinarias, procesales y penales correspondientes*”. En igual sentido, indica el mismo artículo que para la

indiciado tendrá sesenta (60) días para la preparación de su defensa. Seguidamente, el juez de conocimiento citará a las partes para iniciar, dentro de los diez (10) días siguientes, la audiencia concentrada.

En el caso en que el indiciado manifieste su intención de aceptar cargos, podrá acercarse al fiscal del caso antes de la audiencia concentrada. Ante ello, se podrá reducir la pena hasta la mitad. Sin embargo, en el caso de que el indiciado acepte cargos una vez iniciada la audiencia concentrada o durante la misma, la pena se reducirá hasta una tercera o sexta parte (respectivamente). Lo anterior deberá constar en un acta suscrita por la Fiscalía, el indiciado y el defensor, en donde se refleje que la aceptación de cargos fue libre, voluntaria e informada. Seguidamente, esta acta y el escrito de acusación se deberán presentar ante el juez para que verifique la validez de la aceptación de cargos.

En la audiencia concentrada, el juez procederá a: (i) interrogar al indiciado sobre su voluntad de aceptar los cargos formulados¹⁶; (ii) se hará reconocimiento de la calidad de víctima; (iii) dará la palabra a las partes e intervinientes para exponer causales de incompetencia, impedimentos y recusaciones; (iv) dará oportunidad al fiscal para modificar la acusación sin que haya lugar a afectar el núcleo fáctico señalado en el escrito; (v) dará oportunidad a la defensa y a la víctima para que hagan observaciones al procedimiento de descubrimiento probatorio, asimismo para que se presenten observaciones al escrito de acusación y modificaciones; (vi) la defensa descubrirá sus elementos materiales

presentación del escrito de acusación, el fiscal deberá entregar constancia de la comunicación del escrito de acusación, constancia de la realización del descubrimiento probatorio y la declaratoria de persona ausente o contumacia cuando a ello haya lugar.

¹⁶ En el caso de que acepte cargos, el juez procederá a la imposición de pena y dictar sentencia.

probatorios; (vii) se enunciará la totalidad de las pruebas que tanto la fiscalía como la defensa harán valer en la audiencia de juicio oral; (viii) se dará la oportunidad para que las partes manifiesten interés en hacer estipulaciones probatorias y solicitud de nulidades. Una vez el juez se pronuncie sobre las solicitudes probatorias y de nulidades, se correrá traslado a las partes para que interpongan los recursos a los que haya lugar. Terminada la audiencia concentrada, el juez fijará fecha dentro de los treinta (30) días siguientes para iniciar el juicio oral, el cual seguirá las mismas reglas del juicio oral del procedimiento ordinario. Finalizada la audiencia de juicio oral y anunciado el sentido del fallo, el juez contra diez (10) días para proferir sentencia y correr traslado escrito a las partes.

Finalmente, es importante aclarar que no necesariamente este procedimiento va unido a la figura del acusador privado. Es decir, el fiscal puede llevar a cabo el procedimiento especial abreviado y no necesariamente lo tiene que impulsar el acusador privado. El proceso solo lo surte el acusador privado cuando se hace la conversión de la acción penal pública a privada bajo los lineamientos que indica la ley. El proceso llevado por el acusador privado tendrá las particularidades que se verán a continuación.

b) Acusador Privado

Con la ley 1826 del 2017 también se introduce la figura del acusador privado para que haga de las veces de la Fiscalía General de la Nación y ejecute la acción penal en el proceso especial abreviado, para así ayudar a descongestionar el sistema penal aliviando la carga de los fiscales.

Según el artículo 549 CPP, el acusador privado es, por regla general, “*aquella persona que al ser víctima de la conducta punible está facultada legalmente para ejercer la acción penal representada por su abogado*”¹⁷(negrilla no original). Además, tiene que reunir las mismas calidades que el querellante legítimo para ejercer la acción penal. A saber, acorde con el artículo 71 CPP, el querellante legítimo es la víctima de la conducta penal. De igual manera, el acusador privado sólo puede ejercer la acción penal representado por un abogado de confianza, el cual puede ser un estudiante de consultorio jurídico de las universidades debidamente acreditadas (artículo 549 CPP¹⁸).

El acusador privado puede conocer de las conductas punibles previstas en el artículo 534 CPP. Sin embargo, se exceptúa la conversión en los siguientes eventos: (i) conductas contra bienes del Estado; (ii) cuando no se acredite sumariamente la condición de víctima; (iii) cuando no haya identificación o individualización del investigado; (iv) cuando el indiciado sea parte de una organización criminal y el hecho esté directamente relacionado con su pertenencia a esta; (v) cuando el indiciado sea inimputable; (vi) cuando los hechos guarden conexidad o estén en concurso de delitos frente a los que no procesa la conversión de la acción penal; (vii) cuando la conversión implique un riesgo para la seguridad de la víctima; (viii) cuando no haya acuerdo de las víctimas de la conducta punible; (ix) cuando existan razones de política criminal, investigaciones en contexto o interés del Estado que indiquen

¹⁷ También lo pueden ser las autoridades que la ley expresamente faculte para ello y solo con respecto a las conductas específicamente habilitadas.

¹⁸ Artículo 549 CPP, inciso 3: “*En ningún caso se podrá ejercer la acción penal privada sin la representación de un abogado de confianza. Los estudiantes de consultorio jurídico de las universidades debidamente acreditadas podrán fungir como abogados de confianza del acusador privado en los términos de ley*”.

la existencia de un interés colectivo sobre la investigación y; (x) cuando la conducta sea atípica, caso en el cual el fiscal debe proceder al archivo de la investigación¹⁹.

Para que el acusador privado pueda ejercer la acción penal, además de tener las calidades y cumplir con las exigencias que indica la ley, tiene que solicitar la conversión de la acción pública en privada al fiscal titular del caso antes del traslado de la acusación. Dicha solicitud se hará por medio del apoderado de confianza ante el fiscal designado para el caso antes del traslado del escrito de acusación (art. 553 CPP). Recibida la solicitud de conversión, como primera medida, el fiscal del caso debe verificar si se trata de un delito querellable o investigable de oficio. En el primer caso, el fiscal decide sobre la conversión de la acción pública en privada, una vez se haya realizado la audiencia de conciliación sin acuerdo entre las partes. En el segundo caso, la solicitud de conversión de la acción pública en privada procede siempre que no se haya dado el traslado del escrito de acusación²⁰.

Ahora bien, en caso de que haya más de una víctima, tiene que haber consenso entre ellas sobre esta conversión so pena de que la acción corresponda a la Fiscalía. De igual manera, habiéndose iniciado el proceso, si aparece un nuevo afectado, se puede adherir a la acción privada²¹.

¹⁹ Fiscalía General de la Nación (2017), Manual del Nuevo Procedimiento Especial Abreviado y Acusador Privado. Recuperado de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20170408_04.pdf

²⁰ Fiscalía General de la Nación (2017), Manual del Nuevo Procedimiento Especial Abreviado y Acusador Privado. Recuperado de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20170408_04.pdf

²¹ Fiscalía General de la Nación (2017), Manual del Nuevo Procedimiento Especial Abreviado y Acusador Privado. Recuperado de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20170408_04.pdf

El fiscal del caso tiene un (1) mes a partir del recibo de la solicitud de conversión para resolver de fondo sobre ello. Una vez aceptada la conversión, teniendo en cuenta las exigencias del artículo 554 CPP, el fiscal debe: (i) entregar los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida²²; (ii) señalar al peticionario la identidad e individualización del indiciado y, (iii) los hechos que son objeto de la acción privada y su calificación jurídica profesional. En todo caso, el escrito de acusación presentado por el acusador privado debe estar acompañado de la autorización de la conversión del fiscal del caso²³.

Es importante analizar qué puede y qué no puede hacer el acusador privado como titular de la acción penal. Dice el artículo 551 CPP que el acusador privado hará las veces del fiscal y que en lo que no esté previsto en la norma en cuanto a las facultades y deberes del acusador, se aplicará lo dispuesto en el CPP en relación con el fiscal.

Una vez el fiscal acepte la conversión, el acusador privado (por medio del abogado de confianza) empezará a ejecutar las acciones que tendría el fiscal. En otras palabras, *“estará facultado para desarrollar actos de investigación encaminados a la compilación de los*

²² Artículo 559 CPP: *“Una vez ordenada la conversión de la acción pública a privada, el fiscal de conocimiento entregará los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida al apoderado del acusador privado, respetando la cadena de custodia, de este acto se dejará un acta detallada. Realizado el traslado del artículo anterior, la custodia de elementos materiales probatorios, evidencia física y la información legalmente obtenida corresponderá exclusivamente al acusador privado. Es deber del fiscal del caso, guardar una copia de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que haya sido entregada al acusador privado, cuando ello fuere posible. El fiscal podrá utilizar para ello cualquier medio que garantice la fidelidad y autenticidad de la información entregada. Parágrafo: de la misma manera se procederá cuando la Fiscalía ordene la reversión de la acción penal.”*

elementos materiales que constituyen el fundamento del ejercicio de la acción penal”²⁴. Sin embargo, el acusador privado no puede ejecutar directamente los actos complejos de investigación en los que pueden verse afectados derechos fundamentales tales como: interceptación de comunicaciones, inspecciones corporales, registros y allanamientos, vigilancia y seguimiento de personas, vigilancia de cosas, entregas vigiladas, retención de correspondencia y recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones, entre otros. Para ello, excepcionalmente, podrá solicitar al juez de control de garantías la realización de estos actos complejos de investigación. El juez verificará el cumplimiento de los requisitos legales, valorará la urgencia y proporcionalidad del acto investigativo y si considera que es pertinente, le ordenará al fiscal que aprobó la conversión que coordine la realización de estos actos. Es decir, la realización de los actos complejos de investigación siempre estarán en cabeza de la Fiscalía General de la Nación. Ahora bien, una vez terminada la labor, el fiscal irá ante el juez de control de garantías para que se haga el control posterior y pondrá a disposición del acusador privado los elementos materiales probatorios obtenidos. Estos gozarán de reserva, lo cual implica que no pueden ser divulgados ni utilizados para fines diferentes al ejercicio de la acción penal²⁵.

Por otro lado, el acusador privado puede acudir directamente ante el juez de control de garantías para solicitar la imposición de la medida de aseguramiento privativa o no de la

²⁴ Fiscalía General de la Nación (2017), Manual del Nuevo Procedimiento Especial Abreviado y Acusador Privado. Recuperado de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20170408_04.pdf

²⁵ Artículo 557, parágrafo 2 CPP: “***Si el acusador privado es sorprendido en actos de desviación de poder por el ejercicio de los actos de investigación se revertirá inmediatamente el ejercicio de la acción. Así mismo, se compulsarán las copias penales y disciplinarias correspondientes***”(negrilla no original).

libertad (artículo 558 CPP)²⁶. En caso de que el juez considere viables los argumentos presentados por el acusador privado para decretar la detención preventiva, librará orden de captura para que se haga efectiva por parte de la Fiscalía General de la Nación²⁷.

La reversión de la acción privada se puede dar en cualquier momento (de oficio o a petición de parte). La hará el fiscal que aprobó la conversión cuando sobrevenga alguna de las causales descritas en el artículo 554 CPP; por ejemplo, cuando haya razones de política criminal, investigaciones en contexto o interés del Estado que indiquen la existencia de un interés colectivo sobre la investigación. Asimismo, el artículo 560 CPP, indica que además de las causales expuestas en el artículo 554 CPP, el fiscal podrá ordenar la reversión cuando el acusador privado sea sorprendido en actos de desviación del poder por el ejercicio de los actos de investigación o cuando el abogado de confianza se ausente permanentemente.

Con relación al incidente de reparación integral, cuando se trata de una acción penal pública, el mismo se rige por las reglas para el procedimiento ordinario, el cual inicia con la solicitud de apertura del incidente de reparación cuando el juez haya determinado la responsabilidad del acusado y la sentencia esté en firme. Ahora, cuando haya procedido la conversión de acción pública en privada, el acusador privado debe incluir en su escrito de acusación sus pretensiones y las pruebas, además de las pretensiones en materia penal y la solicitud de reparación integral de los perjuicios; al momento de dictar sentencia, si es

²⁶ Para la solicitud de medida de aseguramiento por parte del acusador privado, rigen las mismas normas de un proceso ordinario.

²⁷ Fiscalía General de la Nación (2017), Manual del Nuevo Procedimiento Especial Abreviado y Acusador Privado. Recuperado de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20170408_04.pdf

condenatoria, el juez debe resolver inmediatamente los perjuicios, con base en las pruebas aportadas.²⁸

Como se pudo observar, por más de que el acusador privado no pueda ejercer todas las facultades que principalmente tendría la Fiscalía General de la Nación, tiene amplias facultades de investigación y de actuación. Así las cosas, tal es la importancia de la actuación del acusador privado que el último inciso del artículo 551 del CPP dice: “*el desarrollo de la acción penal por parte del acusador privado implica el ejercicio de función pública transitoria, y estará sometido al mismo régimen disciplinario y de responsabilidad penal que se aplica para los fiscales*” (negrilla no original).

c) Análisis y Opinión

A primera vista, se podría considerar que la figura del acusador privado y el procedimiento especial abreviado son una solución creativa al problema de congestión de la Fiscalía General de la Nación y por ende, de la justicia penal. Primero, porque se busca tener un proceso más expedito para delitos de menor lesividad mediante la concentración del proceso penal en tres audiencias. Segundo, al involucrar a la víctima en el proceso, se puede garantizar de mejor manera su derecho a la verdad, justicia y reparación y, en principio, se podría pensar que sus intereses se verán mejor expuestos. Lo anterior dado que será la misma víctima la que impulse el proceso penal en aras de sus intereses. Tercero, el volumen de cargas de trámites de los fiscales se disminuirá, ya que éstos tendrán menos procesos de delitos de menor lesividad a su cargo.

²⁸ Fiscalía General de la Nación (2017), Manual del Nuevo Procedimiento Especial Abreviado y Acusador Privado. Recuperado de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20170408_04.pdf

Recordemos que el procedimiento especial abreviado puede ser impulsado por un fiscal o por un acusador privado, y en este último caso para los supuestos previstos en la ley 1826. Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, pareciera ser que el procedimiento especial abreviado podría tener más efectos positivos sin la figura del acusador privado. Ello dado que si bien actualmente es un proceso más ágil y expedito para delitos menores, el hecho de que lo impulse el acusador privado podría generar trabas u efectos desfavorables, tal y como se explicará posteriormente.

Ahondando en lo anterior, se podría afirmar que la primera reacción frente a la implementación de la figura del acusador privado es negativa. Ello dado que al darle a la víctima la facultad de ejercer la acción penal puede generar consecuencias adversas; pues la víctima tiene un interés explícito y subjetivo, lo cual puede generar un sesgo dentro del proceso que afectaría los derechos del acusado. En otras palabras, se podría pensar en la posibilidad de que esta facultad otorgada a la víctima sea usada para fines temerarios y vengativos.

Al ser la víctima quien ejerce la acción penal, es posible que no ejecute su función de manera objetiva ya que actuaría a favor de sus intereses vulnerando así el principio de objetividad del procedimiento penal. Ello dado que, tal y como lo indica el artículo 115 CPP, las actuaciones llevadas a cabo por el órgano acusador deben adecuarse a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley, y en el caso de que el acusador sea la víctima, ésta guiará las actuaciones a favor de sus intereses. Así las cosas, no sería suficiente las sanciones penales

y disciplinarias en caso de que haya una desviación de poder por parte del acusador privado. Por ello, se deberían implementar herramientas que garanticen de forma eficaz los derechos de las víctimas y salvaguarden la objetividad del proceso penal. Por ejemplo, se podría ordenar que el juez imponga una fianza al acusador privado, como sucede en el ordenamiento español, para evitar fines temerarios, intimidatorios o vengativos que irían en contravía del propósito principal de la ley 1826.

Por otro lado, se podrían estar afectando los derechos de la víctima ya que se le impone mayores cargas sin proveerle recursos económicos o una guía jurídica adecuada para actuar como acusador privado. Asimismo, no se puede garantizar que todas las víctimas que actúen como acusador privado, tengan los recursos económicos para pagar un abogado de confianza; y la recurrencia a los consultorios jurídicos no siempre es exitosa debido a los requisitos impuestos por los mismos y sus discrecionalidades. Además, ¿los estudiantes de consultorio jurídico están preparados para guiar un proceso penal? ¿los consultorios jurídicos tienen los suficientes recursos para llevar a cabo una investigación?.

Así las cosas, en el afán de descongestionar el sistema judicial penal, la implementación de la figura del acusador privado podría llegar a vulnerar el derecho al debido proceso de las partes. Como dice Luis Alberto Arango Venegas, *“Es apenas evidente que, por lo menos en el contenido normativo, se aparenta simplificar en mayor o menor medida el tortuoso proceso penal, sin embargo, cabe recordar que el recorte de términos tanto para partes, como intervinientes, e incluso para el Juzgador, a la par de la conversión de la acción penal a manos de un acusador privado, el cual adquiere de manera transitoria funciones públicas al llevar a cabo el impulso de la acción punitiva, con la responsabilidad*

disciplinaria y penal correspondiente, quien puede ser cualquier abogado (sin que este requiera algún tipo de cualificación preferente, en materia penal por ejemplo) o incluso un estudiante de Consultorio Jurídico, pueden terminar llevándonos a pagar un alto costo en términos de celeridad, e ciencia y descongestión judicial”²⁹.

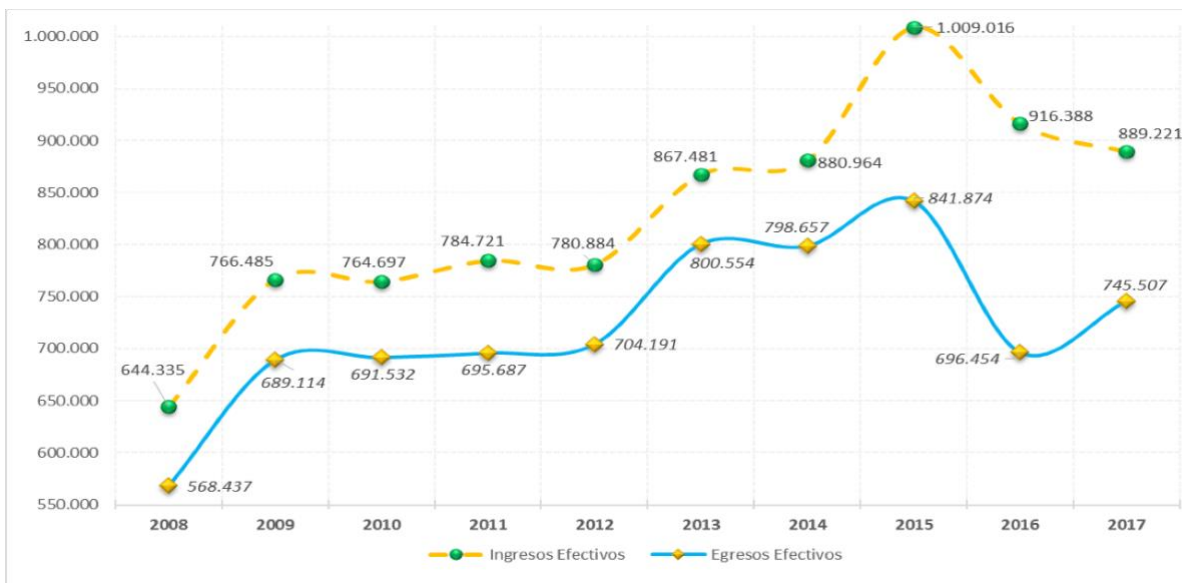
Afirmar que mediante la implementación de la figura del acusador privado la Fiscalía General de la Nación se descongestionará y por ende, también la justicia penal, no es un resultado certero. Si bien la carga de los fiscales con respecto a delitos por conductas de menor lesividad se va a aliviar, ello también podría significar que los jueces penales podrían llegar a tener más procesos a su cargo. En otras palabras, a pesar de que la Fiscalía General de la Nación podría llegar a estar menos congestionada, los despachos judiciales podrían congestionarse aún más. Lo anterior, dado que los jueces penales no sólo tendrían que llevar los procesos surtidos por los fiscales sino también los que surtirían los acusadores privados.

La congestión de los jueces penales es problema evidente. Ello se puede evidenciar en el reporte que debe realizar el Consejo Superior de la Judicatura ante el Congreso de la República con respecto al panorama general de la rama judicial³⁰. En el reporte hecho para el año 2017, se demostró que a pesar de que los despachos aumentaran su productividad en un 31%, el nivel de ingresos efectivos también aumento un 38%. Lo anterior se puede ver

²⁹ Arango Vanegas, Luis Alberto. (2017). El nuevo procedimiento penal abreviado y la figura del acusador privado. Ley 1826 de 2017.CES Derecho, 8(1), 1-2, 2p.

³⁰ Consejo Superior de la Judicatura, Informe al Congreso de la República, Recuperado de: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10240/15989223/Informe+al+congreso+2017.pdf/34fc02b4-4229-480f-8c24-612d1121d7f4>

en la siguiente gráfica publicada en el reporte mencionado, la cual muestra los movimientos de procesos en la especialidad penal:



Mediante la gráfica anterior, se puede evidenciar que el número de casos que tiene un juez penal a su cargo, es considerablemente mayor a el número de casos que logra resolver. Ahora, este problema de congestión de los jueces penales se podría llegar a aumentar a raíz de la implementación de la figura del acusador privado, ya que además de tener que llevar los procesos penales ordinarios, también tendrán que llevar los procesos llevados por dicho acusador.

Bajo el mismo argumento, Néstor Humberto Martínez, en la rendición de cuentas frente a la Corte Suprema de Justicia, informó que la Fiscalía sólo ha recibido 74 solicitudes y que solo ha habido una condena en vigencia de la ley. En igual sentido, el Fiscal General de la

Nación afirmó que: “*hemos fracasado en esa política*”, haciendo referencia a la ley 1826 del 2017³¹.

Ahora bien, es necesario ver cómo la ley se adapta al ordenamiento para así poder analizar más empíricamente sus efectos y si realmente cumplió con su objetivo. Sin embargo, es importante también mirar otras posibilidades que ayuden a descongestionar el sistema penal, sin tener que otorgarle a la víctima la facultad de ejercer la acción penal.

IV. SISTEMA PENAL DE CHILE, ESPAÑA Y ESTADOS UNIDOS

Después de analizar la ley 1826 del 2017 y su entorno en el ordenamiento colombiano, es importante tener en cuenta algunos de los sistemas jurídicos que han tenido influencia en Colombia. En concreto para el propósito de este trabajo es necesario conocer cómo funciona la figura del acusador particular en algunos de los ordenamientos que inspiraron la implementación de la misma en nuestro país. Específicamente, se analizará el ordenamiento chileno, el español y el de Estados Unidos.

En primera instancia, tendremos en cuenta la figura del acusador particular de Chile. Nos daremos cuenta que la razón de ser de la implementación de la misma fue la promoción de los intereses particulares de las víctimas y la defensa de los mismos en contra de arbitrariedades.

³¹ Santofimio, Paola. (2018). Corrupción, extinción y homicidios de líderes sociales, temas claves de la rendición del fiscal. Recuperado de: <https://canal1.com.co/noticias/nacional/corrupcion-extincion-homicidios-lideres-sociales-temas-claves-la-rendicion-del-fiscal/>

En segunda instancia, tendremos en cuenta la figura del acusador privado y acusador particular (específicamente este segundo) de España³². Aquí encontraremos una diferencia con el ordenamiento chileno, dado que la razón de ser de esta figura es el derecho y el deber de los ciudadanos de luchar en contra de la criminalidad.

Finalmente, tendremos en cuenta la figura del acusador privado en Estados Unidos. Dada la diferencia del sistema jurídico de este país con España y Chile³³, la implementación de esta figura es completamente diferente. Es así como veremos que en este ordenamiento jurídico, la Corte Suprema de los Estados Unidos es reacia a la utilización de esa figura, en aras del principio de monopolio de la acción penal, a pesar de que dicha figura no ha sido eliminada de dicho ordenamiento³⁴.

a) Sistema Penal de Chile

El Código de Procedimiento Penal chileno de 1906 instauró dos etapas en el procedimiento penal: el sumario y el plenario. En la primera etapa, se adelantaba la investigación a cargo del juez con competencia penal y por regla general se hacía en secreto. En la segunda etapa, se daba la fase del juicio público a cargo del mismo juez; aquí se daba la acusación, la

³² El acusador privado se refiere a cuando las víctimas ejercen la acción penal. El acusador particular tiene la particularidad de que no necesariamente son las víctimas las que ejercen la acción penal.

³³ A saber, Chile y España tienen un sistema jurídico continental y Estados Unidos, anglosajón.

³⁴ Corporación Excelencia a la Justicia. Acusador privado: resumen de experiencias internacionales. Recuperado de: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0ahUKEwiYno3th6TaAhXOtlkKHYX6ASsQFgg3MAM&url=http%3A%2F%2Fwww.cej.org.co%2Fseguimientoreforma%2Findex.php%2Fdocumentos-de-interes%2Fdoc_download%2F172-el-acusador-privado-en-otros-paises-experiencias-internacionales&usg=AOvVaw0S5b_aweu6CkMf1I4JAhXu

contestación y la práctica de pruebas. La sentencia dictada por el juez era susceptible de apelación, casación en la forma y eventualmente casación en el fondo.

El proceso penal era susceptible de iniciarse mediante la requisición del Ministerio Público, el cual, en ese entonces estaba representado por los promotores fiscales y era un órgano autorizado para recibir denuncias y obligado a efectuarlas por los hechos sobre los cuales tomaba conocimiento. Los promotores fiscales podían pedir al juez que practicase todas las diligencias necesarias para esclarecer los hechos y por lo general, se podría enterar de la investigación. Una vez culminada la etapa sumaria, el Ministerio Público emitía un dictamen, y no siendo posible practicar nuevas diligencias, debía deducir la acusación fiscal.

Sin embargo, mediante el Decreto con Fuerza de Ley 426 de 1927³⁵, se consideró que los promotores fiscales no eran indispensables, por lo que los consideró “vacantes” en la primera instancia y las funciones del Ministerio Público pasaron a ser del juez penal. Finalmente, el juez tenía la función de investigar, acusar y sentenciar.

Con el Código de Procedimiento Penal del 2000, se modifica el sistema penal con la finalidad de ajustarse a las exigencias del debido proceso que imponía el derecho internacional. El nuevo sistema penal pasó a ser acusatorio y las funciones de investigar, acusar y juzgar se radicaron en diferentes entidades públicas. La función de investigación paso a estar en cabeza del Ministerio Público, órgano independiente del poder ejecutivo y

³⁵Artículo 1: “Declárense vacantes, por no ser indispensables, los cargos de Promotores Fiscales que se consultan en el Capítulo III, ítem 792, a 886 inclusive, del Presupuesto de Justicia en vigencia”.

del poder judicial. Además, se declaró que el fiscal del Ministerio Público es el encargado de dirigir exclusivamente la investigación, impartiendo las órdenes a los policías y disponiendo de las demás medidas pertinentes. Es así como desaparece la figura del juez instructor.

De igual manera, este nuevo código creó dos figuras nuevas a saber: el juez de garantía y el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. El primero, actuando como el Tribunal Unipersonal y de Derecho, tiene la función de velar por el respeto de los derechos garantizados a las personas que están siendo investigadas, entre otras funciones. El segundo, es un tribunal colegiado y de derecho que conoce del juicio oral que se presente frente a él. Estas dos figuras muestran un cambio sustancial en el procedimiento penal chileno, dado que durante las dos etapas (la sumaria y la del juicio oral), intervienen diferentes tribunales.

Por otro lado, en este código se introdujeron un importante conjunto de normas destinadas a hacerse cargo de las víctimas en el proceso penal. De hecho, uno de los motivos principales de la reforma fue el reconocimiento y protección de los derechos de las víctimas y la promoción de sus intereses. Durante el momento del debate de la reforma, los principales cuestionamientos que se debatían en relación con la víctima, estaban vinculadas con: su participación como acusador adhesivo, y el reconocimiento de la reparación como una forma apropiada de resolución de algunos conflictos penales, entre otros temas.

Siguiendo la línea del antiguo Código de Procedimiento Penal, se reconoció a las víctimas, en los delitos de acción pública, la posibilidad de constituirse como acusador particular en la adhesión o ampliación de la acusación del fiscal. De igual manera, se le reconoce la

facultad al querellante para acusar aún en contra de la posición del fiscal, con previa autorización del juez, mediante el “forzamiento de la acusación”³⁶. Sin embargo, así no se diga expresamente en la ley, se puede llegar a interpretar que esta posibilidad está condicionada a que el Ministerio Público hubiere presentado la acusación frente al juez mediante la formalización de la investigación³⁷.

Específicamente, el artículo 53 del Código de Procedimiento Penal indica: “*La acción penal es pública o privada. La acción penal pública para la persecución de todo delito que no esté sometido a regla especial deberá ser ejercida de oficio por el ministerio público. Podrá ser ejercida, además, por las personas que determine la ley, con arreglo a las disposiciones de este Código. Se concede siempre acción penal pública para la persecución de los delitos cometidos contra menores de edad. La acción penal privada sólo podrá ser ejercida por la víctima. Excepcionalmente, la persecución de algunos delitos de acción penal pública requiere la denuncia previa de la víctima*” (negritas no original). Bajo el mismo tenor, dice el artículo 55 del Código de Procedimiento Penal chileno: “*delitos de acción privada. No podrán ser ejercidas por otra persona que la*

³⁶ En referencia a los cambios que se dieron en el nuevo Código de Procedimiento Penal, Elisa Noemí Araus Salazar y Alan Orlando Carvajal Jiménez dicen: “*Una de estas instituciones es el forzamiento de la acusación, establecido en el artículo 258 del Código Procesal Penal, que esgrime al querellante como el sujeto procesal encargado de sostener la acción penal y, en la mayoría de los casos, conducir la pretensión de la víctima a lo largo del procedimiento, otorgándole la posibilidad de formular la acusación y sostenerla desde ahí en adelante, cuando el fiscal a cargo de la investigación decidiera no acusar, y terminar la causa por la vía del sobreseimiento o, a través, de la decisión de no perseverar*”.

³⁷ Araus Salazar, Elisa Noemí., Carvajal Jiménez, Alan Orlando. (2015). La víctima y el forzamiento de la acusación: un problema constitucional en el proceso penal. Universidad de Chile facultad de derecho departamento de derecho público. Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/136849/La-v%C3%ADctima-y-el-forzamiento-de-la-acusaci3n.pdf?sequence=1>

víctima, las acciones que nacen de los siguientes delitos: a) La calumnia y la injuria; b) La falta descrita en el número 11 del artículo 496 del Código Penal; c) La provocación a duelo y el denuesto o descrédito público por no haberlo aceptado, y d) El matrimonio del menor llevado a efecto sin el consentimiento de las personas designadas por la ley y celebrado de acuerdo con el funcionario llamado a autorizarlo” (negrilla no original).

Teniendo en cuenta las normas expuestas anteriormente, se puede ver que a pesar de que se permita la acción privada por parte de la víctima, por regla general, el monopolio de la acción penal sigue siendo del Ministerio Público. Ahora bien, la doctrina chilena ha reconocido tres clases de querellantes, según el tipo de participación que se le faculta dentro del proceso penal: querellante conjunto adhesivo, el conjunto autónomo y el privado³⁸.

El primero, es aquel ofendido que puede participar en el procedimiento por delito de acción penal pública como colaborador y control externo del Ministerio Público. Según señala Horvitz y López³⁹, la ley penal legitima su intervención como un colaborador del acusador público, siendo su participación accesoria a la oficial. Ello implica que si el fiscal no acusa o no interpone recursos dentro del proceso, este tipo de querellante no podrá hacer nada al respecto. De igual manera, como control externo, puede ejercer mecanismos de control judicial cuando la actuación del fiscal comprometa la legalidad.

³⁸ Araus Salazar, Elisa Noemí., Carvajal Jiménez, Alan Orlando. (2015). La víctima y el forzamiento de la acusación: un problema constitucional en el proceso penal. Universidad de Chile facultad de derecho departamento de derecho público. Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/136849/La-v%C3%ADctima-y-el-forzamiento-de-la-acusaci3n.pdf?sequence=1>

³⁹ Horvitz, M. I., & López, J. (2006). *Derecho Procesal Chileno* (Vol. Tomo I). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

El segundo, *“tiene atribuciones semejantes a las del ministerio público y las ejerce de modo paralelo y autónomo”*⁴⁰. Ello implica que este tipo de querellante puede acusar a pesar de que el Ministerio Público no lo haga. Tiene plena autonomía formal y material, es decir, puede ejercer la acción penal por sí solo. Es así como la doctrina chilena ha dicho que este tipo de querellante convierte la acción penal pública en privada, lo cual hace que nazcan discusiones ya que se considera que ello *“contraviene el mandato de la ley que le entrega la persecución penal al Estado”*⁴¹.

El tercero, es acusador exclusivo y excluyente en los delitos penales privados. Ello implica una completa privatización de la persecución penal. Sin embargo, este tipo de querellantes tienen una acción limitada dado que tienen esta facultad de llevar la acción penal cuando el interés privado prevalece sobre el interés público al castigo. Dice Horvitz y López, *“se plantea en aquellos casos en que el componente del interés privado prevalece sobre el interés público al castigo, lo que permite la autonomía de la voluntad y el poder de decisión del ofendido jueguen un papel preponderante en el inicio, desarrollo y desenlace del procedimiento. Es consustancial a la acción penal privada la posibilidad de renuncia o desistimiento de la querrela, la conciliación pone término al procedimiento y la inactividad*

⁴⁰ Araus Salazar, Elisa Noemí., Carvajal Jiménez, Alan Orlando. (2015). La víctima y el forzamiento de la acusación: un problema constitucional en el proceso penal. Universidad de Chile facultad de derecho departamento de derecho público. Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/136849/La-v%C3%ADctima-y-el-forzamiento-de-la-acusaci3n.pdf?sequence=1>

⁴¹ Araus Salazar, Elisa Noemí., Carvajal Jiménez, Alan Orlando. (2015). La víctima y el forzamiento de la acusación: un problema constitucional en el proceso penal. Universidad de Chile facultad de derecho departamento de derecho público. Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/136849/La-v%C3%ADctima-y-el-forzamiento-de-la-acusaci3n.pdf?sequence=1>

del querellante, demostrativa de escaso interés en la persecución, determina generalmente el abandono de la acción y el sobreseimiento definitivo de la causa”⁴².

Vemos aquí que en el sistema penal chileno existe una figura semejante al acusador privado en Colombia pero con algunas particularidades como se expone a continuación. La facultad de las víctimas de participar en el proceso penal en Chile tiene como finalidad promover los intereses de las mismas. En igual sentido, la participación de las mismas en el proceso penal chileno depende de los cargos hacia el imputado, es decir, si se trata de una acción penal pública o privada. Es por ello que cuando se trata de una acción penal pública, el querellante o la víctima sólo puede participar en el proceso como un colaborador del fiscal; de lo contrario, cuando se trata de una acción penal privada, el querellante tiene autonomía en el proceso penal o ejerce atribuciones semejantes a las del Ministerio Público de modo paralelo y autónomo. De igual manera, no sobra resaltar que el Ministerio Público sigue conservando el monopolio de la acción penal para todos los delitos, salvo en aquellos en los que el legislador permita el ejercicio de la acción penal a otras entidades o a la víctima.

b) Sistema Penal de España

Las funciones del Ministerio Fiscal en España están descritas en el artículo 124 de la Constitución, pero no hay un conceso con respecto a la definición de esta entidad, tal y como lo afirma Luis María Díez – Picazo⁴³. La Carta Política de España indica que el

⁴² Horvitz, M. I., & López, J. (2006). *Derecho Procesal Chileno* (Vol. Tomo I). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

⁴³ “Pues bien, en la garantía institucional del Ministerio Fiscal el problema estriba en que, a pesar de que el art. 124 de la Constitución contiene una larga serie de previsiones, éstas se prestan a interpretaciones diversas, en sustancia porque coexisten imágenes distintas de la institución. En otras palabras, ni siquiera entre los juristas, por no hablar de la clase política o del público en

Ministerio Fiscal “*tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social*”.

Particularmente, el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal indica que los funcionarios del Ministerio Fiscal deben ejercitar todas las acciones penales que consideren procedentes, “*haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada*”. Esta norma invoca el principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal en España dado que cuando se tengan indicios racionales de la comisión de un delito, se debe ejercitar dicha acción.

Ahora bien, a pesar de que el Ministerio Fiscal esté obligado a ejercer la acción penal cuando haya noticia criminal, esta entidad “*no ha ostentado jamás el monopolio sobre la acción penal*”⁴⁴. En efecto, dice el artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴⁵ que la acción penal es pública y que todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla teniendo en cuenta la ley. Los únicos que no pueden ejercer la acción penal son aquellas personas que están privadas de la plenitud de sus derechos civiles, quienes hayan sido condenados dos veces por denuncia o querrela y los miembros de la judicatura⁴⁶.

general, cabe hallar un consenso mínimo acerca del significado del Ministerio Fiscal” (Diéz-Picazo, 2000).

⁴⁴ Diéz-Picazo, Luís María. (2000). El Poder de Acusar: Ministerio Fiscal y Constitucionalismo. Barcelona, España: Ariel S.A.

⁴⁵ Artículo 101: “*La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la ley*”.

⁴⁶ Diéz-Picazo, Luís María. (2000). El Poder de Acusar: Ministerio Fiscal y Constitucionalismo. Barcelona, España: Ariel S.A.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos ver que en España hay dos tipos de acusadores: el acusador público (Ministerio Fiscal) y el acusador particular. Esta segunda figura tiene dos clasificaciones a saber: el acusador privado, que se refiere a cuando solo el ofendido puede perseguir o iniciar la acción penal (artículo 104, Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴⁷); y el acusador particular, el cual no necesariamente tiene que ser la víctima del delito o tener algún interés particular. Este último representa una genuina acción popular, dado que, en aras del interés general, la acción penal queda encomendada a todos y cada uno de los ciudadanos.

De igual manera, a través de la jurisprudencia constitucional, la acción popular en materia penal se ha desarrollado en cuatro aspectos, tal y como lo afirma Luís María Díez-Picazo:

- La titularidad de la acción penal también corresponde a personas jurídicas. Los extranjeros también pueden ejercer la acción penal siempre y cuando sean víctimas del delito.
- El juez puede exigir una fianza al particular que ejerce la acción penal para evitar querrelas temerarias o intimidatorias, siempre que sea proporcional y no sea un obstáculo para ejercer la acción penal.

⁴⁷ Artículo 104: *Las acciones penales que nacen de los delitos de estupro, calumnia e injuria tampoco podrán ser ejercitadas por otras personas ni en manera distinta que las prescritas en los respectivos artículos del Código Penal. Las faltas consistentes en el anuncio por medio de la imprenta de hechos falsos o relativos a la vida privada, con el que se perjudique u ofenda a particulares, y en injurias leves sólo podrán ser perseguidas por los ofendidos o por sus legítimos representantes.*

- “La facultad de los ciudadanos de ejercer la acción popular en materia penal forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”⁴⁸. De igual manera, se ha dicho que entre el interés legítimo, se halla el interés común en la represión de la criminalidad. De lo anterior, surge una importante consecuencia: la acción popular en España es susceptible de protección a través del recurso de amparo.
- La acción popular desprende dos consecuencias. Primero, es un derecho de iniciar el proceso penal y no es un derecho de obtener condena de otro ni “*cabe interponer recurso de amparo en contra de una sentencia absolutoria*”⁴⁹. Segundo, los acusadores particulares no tienen (ni siquiera cuando son víctimas) el derecho de determinar cómo debe actuar el acusador público.

Hemos podido observar que en los sistemas penales de Chile y España, la figura del acusador particular tiene una razón de ser diferente a como se concibe en el ordenamiento colombiano. En Colombia, como se analizó anteriormente, la figura del acusador particular se implementó como una solución al problema de la congestión de la Fiscalía General de la Nación; mientras que en los ordenamientos inicialmente mencionados, hay una razón tanto garantista como constitucional. Sin embargo, debemos señalar que tanto en Chile como en España, la figura del acusador particular o privado es cuestionada. Bien dice Luis María Díez – Picazo, en referencia a la figura implementada en España, “*ciertamente la existencia de acción popular en materia penal choca con la idea, inherente al propio*

⁴⁸ Díez-Picazo, Luís María. (2000). El Poder de Acusar: Ministerio Fiscal y Constitucionalismo. Barcelona, España: Ariel S.A.

⁴⁹ Díez-Picazo, Luís María. (2000). El Poder de Acusar: Ministerio Fiscal y Constitucionalismo. Barcelona, España: Ariel S.A.

Estado moderno, de que la represión de los delitos debe ser una función pública”⁵⁰. En igual sentido, Elisa Noemí Araus Salazar y Alan Orlando Carvajal Jiménez, en referencia a la figura del querellante conjunto autónomo implementada en Chile, dicen que la doctrina chilena ha considerado que este tipo de querellante convierte la acción penal pública en privada, lo cual hace que nazcan discusiones ya que se considera que ello “*contraviene el mandato de la ley que le entrega la persecución penal al Estado*”⁵¹. También, con referencia al querellante privado en Chile, los mismos autores dicen que la actuación de este tipo de querellantes implica una completa privatización de la persecución penal.

A continuación veremos cómo funciona la acción penal privada en Estados Unidos.

c) Sistema Penal de Estados Unidos

Se podría afirmar que el Ministerio Fiscal de Estados Unidos tiene dos tipos de fiscales: el Attorney General y los U.S Attorneys, El primero, es parte del gabinete presidencial “*cuya misión fundamental es asesorar jurídicamente al Presidente y a los jefes de los departamentos, así como defender a la federación ante el Tribunal Supremo*”⁵². Además, es nombrado por el Presidente con la ratificación del senado. Los segundos, además de defender la federación en asuntos civiles, tienen a su cargo ejercer la acción penal; cada U.S District Court tiene su U.S Attorney correspondiente. Estos, por regla general, son

⁵⁰ Diéz-Picazo, Luís María. (2000). El Poder de Acusar: Ministerio Fiscal y Constitucionalismo. Barcelona, España: Ariel S.A.

⁵¹ Araus Salazar, Elisa Noemí., Carvajal Jiménez, Alan Orlando. (2015). La víctima y el forzamiento de la acusación: un problema constitucional en el proceso penal. Universidad de Chile facultad de derecho departamento de derecho público. Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/136849/La-v%C3%ADctima-y-el-forzamiento-de-la-acusaci3n.pdf?sequence=1>

⁵² “*Las atribuciones procesales del Attorney General estatal quedan circunscritas a los asuntos civiles y carece, en consecuencia, de un poder de dirección sobre el ejercicio de la acción penal por parte de aquellos*” (Diéz-Picazo, 2000).

electos popularmente. Sin embargo, la figura de los U.S Attorneys se considera como parte de la clase política dado que normalmente son afines al partido del Presidente.

El ejercicio de la acción penal en Estados Unidos se entiende como una función pública en donde rige el principio de discrecionalidad de la misma. Ahora, a pesar de que *“el principio de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal no ha hallado jamás un fundamento expreso en texto constitucional o legal alguno, sino que es herencia directa de la tradición jurídica inglesa”*, dicha discrecionalidad es reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y tiene su fundamento en que la acción penal es concebida como un atributo propio de la función ejecutiva⁵³⁵⁴ y no de la rama judicial.

Ahondando en lo anterior, no existe deber alguno de ejercer la acción penal por parte del U.S Attorney cada vez que haya una noticia criminal, sino que queda a la libre apreciación del funcionario si ejerce o no la acción penal y qué cargos imputa. ¿Por qué rige el principio de discrecionalidad? Porque con respecto a la acción penal hay muchos interrogantes y diferentes respuestas jurídicamente correctas, cuya solución es darle al fiscal encargado un margen de libertad de apreciación.

⁵³ *“En un primer momento se afirmó de manera consuetudinaria, si bien fue tempranamente consagrado por la jurisprudencia. Así, por ejemplo, ya en la sentencia Commonwealth V. Wheeler (1806) el Tribunal Supremo de Massachusetts declaró que no es jurídicamente posible ordenar al fiscal que ejerza la acción penal. A nivel federal, esta doctrina ha venido siendo confirmada por el Tribunal Supremo a partir de la sentencia sobre los llamados Confiscation Cases (1968).”* (Diéz-Picazo, 2000).

⁵⁴ *“Ambos principios, monopolio y discrecionalidad, encuentran su fundamento constitucional último en el hecho de que la acción penal es concebida como un atributo propio de la función ejecutiva. La llamada Take-Care Clause (art. II, sección 3 de la Constitución) establece que el presidente cuidará de que las leyes se ejecuten adecuadamente; y es pacíficamente admitido que el principal instrumento para hacer ejecutar las leyes radica en la facultad de proceder contra quienes la vulneran”* (Diéz-Picazo, 2000).

Sin embargo, es importante tener en cuenta que el principio de discrecionalidad no es lo mismo que el principio de oportunidad⁵⁵. La discrecionalidad tiene dos puntos importantes a tener en cuenta. El primero, tiene un punto de vista técnico, en donde se busca una valoración de hechos e interpretación normativa para saber si se está en condiciones para ejercer la acción y el modo adecuado. El segundo punto de vista es uno político, en donde hay criterios extra jurídicos para llevar o no la acción penal de acuerdo a los objetivos políticos y la conveniencia⁵⁶. De igual manera, se debe tener en cuenta que para llevar la acción penal o para dictar alguna orden, tienen que haber pruebas suficientes que apoyen una determinación de causa probable.

Como se dijo anteriormente, en Estados Unidos la acción penal es una función pública de naturaleza administrativa. Es decir, es un instrumento constitucionalmente inherente al poder ejecutivo. Sin embargo, tiene un régimen jurídico propio, dado que son los fiscales o *prosecutors* (estatales o federales) quienes tienen la titularidad de la acción penal.

Ahora bien, a pesar de que se ha dicho que bajo ningún motivo la acción penal quedará en manos de los particulares, la figura del acusador privado fue usada en algunos estados en

⁵⁵ Dice Luís María Díez – Picazo: “es ambiguo referirse a la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal como principio de oportunidad, porque esta expresión oculta la existencia de márgenes de inevitable discrecionalidad técnica, ajenos a la oportunidad en sentido propio; y, así, se puede terminar por atribuir a esos márgenes de discrecionalidad técnica idéntico juicio de valor que a la discrecionalidad política. En otras palabras, la falta de diferenciación conduce a efectuar una valoración conjunta de la discrecionalidad técnica y de la discrecionalidad política” (Díez-Picazo, 2000).

⁵⁶ Díez-Picazo, Luís María. (2000). El Poder de Acusar: Ministerio Fiscal y Constitucionalismo. Barcelona, España: Ariel S.A.

siglos pasados⁵⁷. Sin embargo, dicha figura ha quedado en desuso, volviéndose una excepción⁵⁸. “*Su procedencia se ha limitado a aquellos casos en los que resulta imposible para el fiscal adelantar el procedimiento, bien sea por su destitución, su ausencia física del condado o distrito, o su imposibilidad de adelantar sus deberes. En este tipo de casos se debe solicitar la autorización al juez para iniciar la actuación privada*”⁵⁹.

No obstante, es interesante tener en cuenta que en el caso No. 08- 6261 del 24 de Mayo del 2010 (Robertson vs. United States ex rel. Wykenna Watson, 2010), en donde la Corte Suprema de Estados Unidos fue absolutamente reacia al uso de la figura del acusador privado. Para entender el por qué es necesario hacer una breve mención a éste.

En 1999 el señor John Robertson cometió el delito de *assaultment* a la señora Watson. A causa de ello, la señora Watson inició una acción civil con el fin de poner una orden de restricción y, por otro lado, se inició una acción penal que culminó con una condena de tres años en contra del acusado. Antes de la condena, el señor Robertson violó la orden de restricción y por ello, luego de haber sido condenado por tres años por el delito *aggravated assault*, la señora Watson inició otro proceso penal. Nuevamente, el señor Robertson fue condenado, pero esta vez apeló la decisión diciendo que la persecución penal tenía que ser

⁵⁷ Wesley Irven Jones, Appellant, v. Jerry E. Richards, Sheriff of Burke County, N.C (1985); Blyew v. United States (1871); Leeke v. Timmerman (1981).

⁵⁸ Todavía no se ha declarado su improcedencia.

⁵⁹ Corporación Excelencia a la Justicia. Acusador privado: resumen de experiencias internacionales. Recuperado de: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0ahUKEwiYno3th6TaAhXOtlkKHXYX6ASsQFgg3MAM&url=http%3A%2F%2Fwww.cej.org.co%2Fseguimientoreforma%2Findex.php%2Fdocumentos-de-interes%2Fdoc_download%2F172-el-acusador-privado-en-otros-paises-experiencias-internacionales&usg=AOvVaw0S5b_aweu6CkMf1I4JAhXu

entre el acusado y los Estados Unidos y no de otra manera. Sin embargo, la Corte de Apelaciones negó la petición de Robertson por dos razones: 1) *“the criminal contempt prosecution in this case was conducted as a private action brought in the name and interest of Ms. Watson, not as a public action brought in the name and interest of the United States or any other governmental entity”*; 2) *“because the criminal contempt prosecution was brought as an exercise of private power, that prosecution did not implicate a plea agreement that bound only the government”* (negrilla no original)⁶⁰.

No obstante, La Corte Suprema de Estados Unidos indicó en el fallo mencionado que la protección de derechos contenidos en el Bill of Rights aplican en el proceso penal cuando es el Estado quien lleva la titularidad de la acción penal. Es decir, se protege al acusado de un delito penal de la violación de sus derechos por parte del Estado cuando es el Estado quien surte el proceso penal. Pero esa protección no aplica cuando sea un *“individual invasión of individual rights”*⁶¹. Por lo tanto, *“if the safeguards of the Bill of Rights are to be available in “all criminal prosecutions,” then any such prosecution must be considered to be one on behalf of the government—otherwise the constitutional limits do not apply”*⁶².

En conclusión, a pesar de que la Corte de Apelaciones haya argumentado que sí se podía llevar a cabo la acción penal por la señora Watson primero, porque se trataba de un interés privado y no público, y segundo, porque no había ningún acuerdo que adhiriera al gobierno

⁶⁰ (Robertson vs. United States ex rel. Wykenna Watson, 2010).

⁶¹ *These core principles are embodied in the Constitution. The protections our Bill of Rights affords those facing criminal prosecution apply to “any person,” “any criminal case,” and “all criminal prosecutions.” Amdts. 5, 6 (emphasis added). But those protections apply only against the government; “[i]ndividual invasion of individual rights” is not covered.* (Robertson vs. United States ex rel. Wykenna Watson, 2010).

⁶² (Robertson vs. United States ex rel. Wykenna Watson, 2010).

dentro del proceso; la Corte Suprema argumenta que el propósito de un juicio penal no es la protección de derechos privados sino proteger el interés del público y salvaguardar los derechos del acusado⁶³. Además, indica que el sistema penal se basa en la persecución que hace el Estado contra un particular que comete un delito y no en la persecución de un ciudadano contra otro⁶⁴. Por lo tanto, es reacia al uso de la figura del acusador privado a pesar que la misma no haya sido eliminada completamente del ordenamiento.

Entonces, como se ha podido observar, el sistema penal en Estados Unidos tiene dos fundamentos o principios. El primero, la acción penal es un monopolio. Es decir, sólo el fiscal de cada circunscripción es competente para llevar la acción penal y es una acusación pública. El segundo, la acción penal es discrecional. No hay deber de ejercer la acción penal cada vez que se esté presente ante una noticia criminal, sino que queda a la libre apreciación del fiscal si ejerce o no dicha acción, y en caso de que sí, qué cargos imputa al acusado teniendo en cuenta las valoraciones técnicas y consideraciones políticas o de oportunidad (la actuación se adecua a los valores y exigencias de la comunidad a la que sirve). La persecución penal es un instrumento de la función ejecutiva y no se ve a la sanción penal como una última ratio del ordenamiento frente a las vulneraciones más graves a la legalidad.

⁶³ *But as we have explained, “[t]he purpose of a criminal court is not to provide a forum for the ascertain- ment of private rights. Rather it is to vindicate the public interest in the enforcement of the criminal law while at the same time safeguarding the rights of the individual defendant.”* (Robertson vs. United States ex rel. Wykenna Watson, 2010).

⁶⁴ *Our entire criminal justice system is premised on the notion that a criminal prosecution pits the government against the governed, not one private citizen against another. The ruling below is a startling repudiation of that basic understanding.* (Robertson vs. United States ex rel. Wykenna Watson, 2010).

Lo anterior muestra una gran diferencia con el sistema chileno, español y colombiano, dado que en Estados Unidos la figura del acusador particular o privado en el ámbito penal ha quedado en desuso en aras de mantenerse en la posición tradicional de que la acción penal es un instrumento del Estado.

d) Diferencias

La importancia de haber descrito a grandes rasgos cómo funciona la figura del acusador privado o particular en España, Chile y Estados Unidos, radica en que estos ordenamientos inspiraron la implementación de esta figura en Colombia.

Dice la exposición de motivos de la ley 1826 del 2017 que países vecinos como Chile, México, Venezuela, etc., contemplan la posibilidad de otorgar la titularidad de la acción penal en las conductas punibles de menor lesividad a autoridades diferentes a la autoridad encargada de la acusación⁶⁵. En igual sentido, en la exposición de motivos del Acto Legislativo 06 del 2011⁶⁶, se dijo: *“En este sentido, tomando como referencia otras legislaciones que han implantado el sistema acusatorio, debe señalarse que la solución que han adoptado países garantistas como Estados Unidos, Alemania o Chile ha sido desmonopolizar el ejercicio de la acción penal (...). Disposiciones similares se contemplan en la Ley de Enjuiciamiento Penal Español y en el Código Orgánico Procesal Penal de la República de Venezuela, legislaciones en las cuales también se contempla la figura del*

⁶⁵ Referenciado en la Gaceta del Congreso No. 591 del 12 de Agosto del 2015.

⁶⁶ Congreso Nacional de la República de Colombia. (2011). *Gaceta del Congreso Número 206 de 27 de Abril del 2011*. Recuperado el 23 de Abril de 2018, de http://www.cej.org.co/doc_sl/SL_PAL_CAM_216_2011.pdf

acusador particular”. Específicamente indica: “*Por lo anterior, es claro que existen modelos en los cuales la fiscalía no tiene el monopolio de la acción penal, los cuales han sido adoptados en otros países de tradición democrática que han implementado el sistema acusatorio como su modelo de juzgamiento penal y pueden llegar a adoptarse en Colombia con los matices evidentes que exige nuestra tradición jurídica*”.

Sin embargo, como se puede ver, la razón de implementar el acusador privado o particular en los ordenamientos jurídicos, como el español y el chileno, es diferente a la implementación del acusador particular en Colombia. Como se mencionó anteriormente, en España y en Chile hay una razón garantista y constitucional y en Colombia, es una solución al problema de congestión de la Fiscalía General de la Nación. Esta diferencia ya pone de manifiesto que el desarrollo de esta figura es diferente en Colombia, por lo tanto, no tiene sentido pensar que va a tener el mismo resultado que en las otras legislaciones. Es decir, dado que son ordenamientos jurídicos con contextos diferentes, no se puede cerciorar que el desarrollo de las mismas y su resultado será el mismo; así lo dice la exposición de motivos del Acto Legislativo 06 del 2011 al afirmar que los modelos implementados en otros ordenamientos se podrían implementar en Colombia “*con los matices evidentes que exige nuestra tradición jurídica*”.

Por otro lado, en Estados Unidos la figura del acusador privado ha quedado en desuso como se señaló anteriormente, por lo tanto, tampoco tiene sentido decir que por el hecho de que supuestamente funcione en este ordenamiento, también iría a funcionar en Colombia. En otras palabras, no se puede justificar la implementación de la figura del acusador privado

diciendo que en Estados Unidos también se implementa, cuando ya vimos que la Corte Suprema de los Estados Unidos es completamente reacia a la utilización de la misma.

V. CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo de grado se pudo evidenciar que por la incapacidad del Estado de ejercer la acción penal de manera célere y eficiente, el sistema penal está congestionado.

Ante esta crisis, y en el afán de buscar una solución adecuada al problema mencionado, se decidió eliminar el monopolio de la persecución penal en manos del Estado colombiano, representado por la Fiscalía General de la Nación, al darle a las víctimas y a las autoridades que permita la ley, la facultad de ejercer la acción penal.

A pesar de que la implementación de la figura del acusador privado parezca ser una solución creativa al problema de la congestión, se pudo ver las siguientes falencias que conlleva:

1. Al darle a la víctima la facultad de ejercer la acción penal, se podrían afectar los derechos del acusado dado que la víctima, en aras de hacer prevalecer sus intereses, podría no ejecutar su función de acusador de manera objetiva.
2. Se podrían afectar los derechos e intereses de la víctima ya que, al asumir el rol que originalmente tendría la Fiscalía General de la Nación, se le impondría mayores cargas sin proveerle recursos económicos o una guía jurídica adecuada. Lo anterior, dado que la mayoría de la población colombiana no tiene los recursos económicos suficientes para cubrir estos gastos.

3. A pesar que en principio la carga de casos por delitos de menor lesividad en manos de la Fiscalía General de la Nación se va a aliviar, ello no garantiza que los jueces penales se descongestionen; todo lo contrario, es posible que se congestionen más.

Así las cosas, teniendo en cuenta que es posible que la ley 1826 del 2017 no cumpla con su finalidad, se debería empezar a buscar otras soluciones viables. Dichas soluciones no necesariamente van unidas a la creación o implementación de nuevas figuras jurídicas pues bien es cierto que el ordenamiento jurídico colombiano provee las suficientes herramientas para resolver esta crisis de congestión.

Dentro de las opciones que se pueden ver viables para la resolver la crisis de congestión se podría, por ejemplo, llegar a pensar en la posibilidad de darle mayor discrecionalidad a la Fiscalía General de la Nación a la hora de ejercer la acción penal, siguiendo el ejemplo del sistema penal de Estados Unidos. Ahora, se podría pensar que al darle a la Fiscalía mayor discrecionalidad, se generaría un ambiente de inseguridad jurídica dado que la decisión de ejercer la acción penal podría ser una decisión arbitraria. Sin embargo, la discrecionalidad es diferente a la arbitrariedad, dado que la misma implica una decisión tomada bajo criterios políticos y económicos atendibles racionalmente. Además, en el ordenamiento colombiano, ya existen manifestaciones del poder de disposición de la pretensión penal por parte de la Fiscalía General de la Nación como lo son los preacuerdos y el principio de oportunidad.

En conclusión, la figura del acusador privado no parece ser una solución viable para el problema de congestión de la justicia, por lo tanto, es importante seguir buscando soluciones que sí pueden llegar a ser efectivas, como la mencionada en el párrafo anterior.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Leyes y Sentencias.

Acto Legislativo 01 de 1979.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Ley 1826 del 12 de Enero del 2017.

Ley 1312 del 2009 (ley que reforma lo relacionado con el principio de oportunidad).

Exposición de motivos de la expedición de la ley 1826 del 2017. Gaceta No. 591 del 2015.

Exposición de motivos del Acto Legislativo 006 del 2011. Gaceta del Congreso Número 206 de 27 de Abril del 2011.

Código Penal Colombiano (ley 599 del 2000).

Código de Procedimiento Penal Colombiano (ley 600 del 2000 y ley 906 del 2004).

Constitución de la Gran Colombia de 1821.

Constitución de la República de Colombia de 1830.

Constitución de la República de la Nueva Granada de 1853.

Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863.

Constitución de la República de Colombia de 1886.

Caso No. 08- 6261 del 24 de Mayo del 2010 (Roberson vs. United States ex rel. Wykenna Watson).

Ley de Enjuiciamiento Criminal de España.

Constitución de España.

Código de Procedimiento Penal de Chile.

Corte Constitucional. Sala Plena. MP: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Julio 11 de 2007. Sentencia C-516 de 2007.

Corte Constitucional. Sala Plena. MP: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Junio 30 de 2005. Sentencia C-673 de 2005.

Corte Constitucional. Sala Plena. MP: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Septiembre 26 de 2005. Sentencia C-979 de 2005.

Corte Constitucional. Sala Plena. MP: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Febrero 14 de 2007. Sentencia C-095 de 2007.

Corte Constitucional. Sala Plena. MP: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Enero 27 de 1994. Sentencia C-024 de 1994.

Corte Constitucional. Sala Plena. MP: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Octubre 4 de 1993. Sentencia C-417 de 1993.

Corte Constitucional. Sala Plena. MP: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Septiembre 9 de 1998. Sentencia C-481 de 1998.

Corte Constitucional. Sala Plena. MP: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Julio 5 de 2001. Sentencia C-710 de 2001.

Corte Constitucional. Sala Plena. MP: Antonio Barrera Carbonell. Agosto 5 de 1996. Sentencia C-341 de 1996.

Corte Constitucional. Sala Plena. MP: Jaime Araujo Rentería. Febrero 11 de 2003. Sentencia C – 098 de 2003.

Corte Constitucional. Sala Plena. MP: Manuel Jose Cepeda Espinosa. Junio 20 de 2001. Sentencia C – 646 del 2001

Doctrina, artículos y otros.

- Armenta Deu, Teresa (1995). Principio Acusatorio y Derecho Penal. Editor J.M. Bosch.
- Arango Vanegas, Luis Alberto. (2017). El nuevo procedimiento penal abreviado y la figura del acusador privado. Ley 1826 de 2017. CES Derecho, 8(1), 1-2, 2p.
- Araus Salazar, Elisa Noemí., Carvajal Jiménez, Alan Orlando. (2015). La víctima y el forzamiento de la acusación: un problema constitucional en el proceso penal. Universidad de Chile facultad de derecho departamento de derecho público. Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/136849/La-v%C3%ADctima-y-el-forzamiento-de-la-acusaci%C3%B3n.pdf?sequence=1>
- Benavides Vanegas, Farid Samir. (2017). La crisis de la Fiscalía a 25 años de su creación. Recuperado de: <https://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/10392-la-crisis-de-la-fiscal%C3%ADa-a-25-a%C3%B1os-de-su-creaci%C3%B3n.html>
- Bernal Acevedo, Gloria Lucía. Las reformas procesales penales en Colombia. Revista IUSTA. Recuperado de: <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/viewFile/2987/2854>
- Bedoya Sierra, Luis Fernando. (2010). Principio de oportunidad bases conceptuales para su aplicación. Recuperado de: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/PrincipiodeOportunidad.pdf>
- Bustos Ramírez, Juan. (2005). Introducción al derecho penal (Vol. 3ra edición). Bogotá: Editorial Temis.
- Carnevali Rodríguez, Raúl., Castillo Val, Ignacio. (2011). El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente. Ius et Praxis (07172877), 17(2), p77-118. 42p.
- Carrasquilla, Juan Fernández. (2007). Derecho Penal Fundamental 1. 3ra edición. Bogotá: Editorial Ibañez.
- Calvete Merchán, Ricardo (2017). Análisis paso a paso del nuevo proceso penal especial abreviado y el acusador privado. Recuperado de [Ámbito Jurídico: https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/penal/analisis-paso-paso-del-nuevo-proceso-penal-especial-abreviado-y-el-acusador](https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/penal/analisis-paso-paso-del-nuevo-proceso-penal-especial-abreviado-y-el-acusador)
- Consejo Superior de la Judicatura, Informe al Congreso de la República, Recuperado de: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10240/15989223/Informe+al+congreso+2017.pdf/34fc02b4-4229-480f-8c24-612d1121d7f4>
- Congreso de la República, Exposición de Motivos Ley 1826 de 2017, Gaceta 591 del 2015, Recuperado de: http://servoaspr.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.pdf?v_numero=591&v_anog=2015

Congreso de la República de Colombia. (2011). Exposición de motivos del Proyecto Acto Legislativo por el cual se reforma el artículo 250 de la Constitución Nacional. Gaceta del Congreso Número 206 de 27 de Abril del 2011. Recuperado de: http://www.cej.org.co/doc_sl/SL_PAL_CAM_216_2011.pdf

Congreso Nacional de Chile, Decreto con fuerza de ley 426 de 1927. Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=199018>

Consejo Superior de Política Criminal. Consejo Superior de Política Criminal. Recuperado de: <http://www.politicacriminal.gov.co/Instancias/Consejo-Superior-de-Pol%C3%ADtica-Criminal/Funciones>

Corporación Excelencia a la Justicia (2010). Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia. Recuperado: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjD7MK9ztHaAhVOtVMKHbRkD2cQFggmMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cej.org.co%2Findex.php%2Fcomponent%2Fdocman%2Fdoc_download%2F417-balance-de-los-cinco-primeros-anos-de-funcionamiento-del-sistema-penal-acusatorio-en-colombia%3FItemid%3D186&usg=AOvVaw1gjMjaHn_c0_jM1-b7W9Ve

Corporación Excelencia a la Justicia. Acusador privado: resumen de experiencias internacionales. Recuperado de: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0ahUKEwiYno3th6TaAhXOtlkKHXY6ASsQFgg3MAM&url=http%3A%2F%2Fwww.cej.org.co%2Fseguimientoreforma%2Findex.php%2Fdocumentos-de-interes%2Fdoc_download%2F172-el-acusador-privado-en-otros-paises-experiencias-internacionales&usg=AOvVaw0S5b_aweu6CkMf1I4JAhXu

Corte Suprema de Estados Unidos. Robertson vs. United States ex rel. Wykenna Watson, 08-6261 (Corte Suprema 24 de Mayo de 2010).

Gómez Colomer, Juan Luis (1997). La instrucción del proceso penal por el ministerio fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado. *Revista Peruana de Derecho Procesal* I, p. 335-358. Recuperado de: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_91.pdf

Diéz-Picazo, Luís María. (2000). El Poder de Acusar: Ministerio Fiscal y Constitucionalismo. Barcelona, España: Ariel S.A.

Del Castillo, Jesús Bernal. (2011). Derecho penal comparado la definición del delito en los sistemas anglosajón y continental. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, España.

De Zubiría Samper, Andres. (2012). La historia de la Rama Judicial en Colombia. Obtenido de:

http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulos_garantista6/08_Historia_de_la_rama_judicial.pdf

Facultad de Jurisprudencia Revista Jurídica. (2010). Importancia de la Acción Penal Pública en el Derecho Procesal Penal. Recuperado de: <http://www.revistajuridicaonline.com/2010/10/importancia-de-la-accion-penal-publica-en-el-derecho-procesal-penal/>

Fiscalía General de la Nación, Estructura del Proceso Penal Acusatorio, Recuperado de: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp.../EstructuradelProcesoPenalAcusatorio.pdf>

Fiscalía General de la Nación (2017), Manual del Nuevo Procedimiento Especial Abreviado y Acusador Privado. Recuperado de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20170408_04.pdf

Fiscalía General de la Nación. (2010). Principio de Oportunidad: bases conceptuales para su utilización. Recuperado de: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/PrincipiodeOportunidad.pdf>

Fiscalía General de la Nación (2018). Fiscalía General de la Nación. Recuperado de: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/la-entidad/quienes-somos/>

Gaitan Ramirez, Miguel. Principio de Oportunidad en el Proceso Penal. Recuperado de: <http://www.colombialelegalcorp.com/principio-oportunidad-proceso-penal/>

Horvitz, María. Inés., López, Julián. (2006). Derecho Procesal Chileno (Vol. Tomo I). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Horvitz, María. Inés (2003). Estatus de la Víctima en el Proceso Penal: comentario a dos fallos de la corte suprema. Revista de Estudios de la Justicia (3). 133-143

Ibañez, Jorge Enrique (2006). Las Funciones Públicas y la Estructura del Estado para Cumplirlas. Bogotá: Justicia y Desarrollo Sostenible. 275 y ss.

Langon, Miguel. (2014). Excepciones a la Obligatoriedad de la Acción Penal (La Consagración del Principio de Oportunidad). Revista de Derecho (15105172), 14(27), p207-211. 5p.

Loyola, Enrique Letelier. (2013). Estatuto de las libertades en el proceso penal chileno a trece años de vigencia del sistema acusatorio. Opinión Jurídica: 12(24), p151-168. 18p.

López Quiroga, Jacobo. (2012). Tratado de derecho procesal penal (Quinta edición ed.). Navarra, España: Thomson Reuters Editorial Aranzadi.

- Malagón Pinzón, Miguel. (2017). El constitucionalismo del siglo XIX y la Procuraduría General de la Nación. *Revista de Derecho Público*(38), p2-27. 26p.
- Mera Góngora, Manuel Eduardo. (2004). El Principio de Oportunidad en el Código de Procedimiento Penal de Colombia. Recuperado de Nurnberger Menschenrechtszentrum:
<http://www.menschenrechte.org/lang/es/regionen/oportunidad-procedimiento-penal-colombia>
- Mestre, Jose Fernando. (2008). La disponibilidad discrecional de la pretensión en el sistema de persecución penal colombiano. *Revista Universitas*, 57(116), 202-221.
- Ministerio de Justicia. Política criminal del estado colombiano. Recuperado de:
[http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/politica%20criminal%20\(1\).pdf?ver=2017-03-09-180338-790](http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/politica%20criminal%20(1).pdf?ver=2017-03-09-180338-790)
- Montero Aroca, Juan (1997). Principios del Proceso Penal: una Explicación Basada en la Razón. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Reyes Alvarado, Yesid. (29 de Mayo de 2008), El Principio de Oportunidad. EL ESPECTADOR. Recuperado el 23 de Abril de 2018:
<https://www.elespectador.com/node/16690>
- Riego, Cristián. (2014). La expansión de las facultades de la víctima en la Reforma Procesal Penal y con posterioridad a ella. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, 9(18), p668-690. 23p.
- Roxin, C. (1997). Derecho Penal: Parte General (Vol. Tomo 1). Madrid, España: Ed. Civitas, S.A.
- Santofimio, Paola. (2018). Corrupción, extinción y homicidios de líderes sociales, temas claves de la rendición del fiscal. Recuperado de:
<https://canal1.com.co/noticias/nacional/corrupcion-extincion-homicidios-lideres-sociales-temas-claves-la-rendicion-del-fiscal/>
- Serrano, Over., García, David. (2008). Evolución del sistema penal acusatorio en el marco del derecho germano, anglosajón y colombiano. Recuperado de:
https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwi_3fH5hNzdAhVBvFMKHcaKCX0QFjAAegQICBAC&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F5167623.pdf&usg=AOvVaw0gZkaVECT6rp_BQG6BJL6N
- Media García, Daniel., Peña Saffón, Sylvana., Ramírez Salazar, César. (2016). Propuestas y Opiniones en torno de un Principio de Oportunidad para Colombia. *Derecho Penal Y Criminología: Volumen 37* (103), 109-143.

Procuraduría General de la Nación. La creación del Ministerio Público en 1830. Recuperado de: https://www.procuraduria.gov.co/portal/infoinst_historia_1830.page

Posada Arboleda, Néstor Raúl. (2010). Conceptos Generales de la Teoría del Saber Penal. En Varios, Derecho Penal: Parte General - Fundamentos. Universidad de Medellín.

Quinche Ramírez, Manuel Fernando. (2012). Derecho Constitucional Colombiano: de la carta de 1991 y sus reformas. Bogotá: Temis.

Sáchica, Luis Carlos. (1996). Nuevo Constitucionalismo Colombiano. Bogotá: Temis.

Vargas Lozano, Renato. (Julio de 2012). Lozano, R. V. (Julio de 2012). El ejercicio de la acción penal en Colombia. Reflexiones en torno a la reforma al artículo 250 de la Constitución Nacional*. Recuperado de: https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&ei=IEetW7_-DM_t5gL5up2ABQ&q=El+ejercicio+de+la+acción+penal+en+Colombia.+Reflexiones+en+torno+a+la+reforma+al+art%C3%ADculo+250+de+la+Constitución+Nacional*+&oq=El+ejercicio+de+la+acción+penal+en+Colombia.+Reflexiones+en+torno+a+la+reforma+al+art%C3%ADculo+250+de+la+Constitución+Nacional*+&gs_l=psy-ab.3...3059.9955.0.10305.2.2.0.0.0.0.0.0...0...1c.1.64.psy-ab..2.0.0...0.PhE6LkFodMw#

Vargas Lozano, Renato. (2012). El Ejercicio de la Acción Penal en Colombia. Reflexiones en Torno a la Reforma del art. 250 de la Constitución Nacional. Recuperado de Revistas Universidad Sergio Arboleda: revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/.../345/

Zuluaga García, Sandra. La posición del sindicato frente a la Fiscalía General de la nación. La victimización a través del proceso penal. Recuperado de: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2044.pdf>

ANEXOS

ANEXO 1

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS - LEY 1826 DEL 2017

(2017 E. d.)El tratamiento de las conductas punibles de menor lesividad para la sociedad colombiana, ha sido un tema recurrente en la discusión política y jurídica respecto del procedimiento penal. Muestra de ello son los más recientes intentos para consolidar un modelo procesal penal que permita un tratamiento ágil y eficaz para la investigación y

juzgamiento de estas conductas, entre los cuales destaca el reciente Proyecto de ley número 224 de 2015 Cámara, así como antes, los Proyectos de ley números 047 de 2012, 209 de 2012 y, claro, la Ley 1153 de 2007.

En general, las iniciativas tienen en común la filosofía de buscar un sistema que, garantizando el respeto a los derechos fundamentales de las partes involucradas, permita procesar de manera ágil y expedita a quienes toman parte en conductas delictivas de frecuente ocurrencia en la comunidad, que congestionan el sistema judicial de manera notoria.

La justificación empírica del intento recurrente de descongestionar el sistema judicial a través de la creación de un proceso especial compuesto por mecanismos ágiles y desprovistos de mayores ritualidades, que permita ofrecer un trato diferenciado para conductas de menor lesividad, es a todas luces evidente. Según datos aportados por la Fiscalía General de la Nación^{[1][1]}, hay un total de 273.987 procesos activos a 2015 por delitos querellables según inventario. Cabe notar que solamente el año pasado (2014) ingresaron 234.765 noticias criminales por vía de querrela. Comparativamente, los datos muestran que un 21% de todos los procesos penales que actualmente se encuentran activos se adelantan por delitos querellables.

Frente a esta realidad, este proyecto busca descongestionar el sistema judicial a partir de la consagración de un procedimiento especial abreviado para aquellas conductas punibles de menor lesividad para la sociedad colombiana. Estas últimas conductas pueden ser delitos o contravenciones penales, categoría que se incorpora ahora a la parte especial del Código Penal colombiano, como desarrollo del artículo 19 de esa codificación; para ambas hipótesis, las contravenciones penales y algunos delitos que pese a generar un gran impacto

en la sociedad suponen individualmente un grado reducido de afectación al bien jurídico, se diseña un procedimiento abreviado que haga más ágil su juzgamiento.

Por ello, este proyecto consta de tres ejes fundamentales: i) la caracterización de las conductas contravencionales en un nuevo Libro Tercero de la parte especial del Código Penal; ii) la estructuración de un proceso bipartito para la investigación y juzgamiento de las mismas, y iii) la consagración de un sistema de conversión de la acción penal que permita radicar en cabeza de un particular las facultades de investigación y acusación penal cuando se trate de contravenciones penales.

i) Conductas contravencionales

Ha de quedar claro, ante todo, que este proyecto de ley busca establecer cuáles conductas punibles son contravenciones penales, en desarrollo de lo dispuesto por el legislador hace más de una década con ocasión del artículo 19 del Código Penal. Por esta razón, nada de lo previsto en este proyecto de ley adiciona, suprime o modifica lo dispuesto por disposiciones que regulan otros ámbitos del ordenamiento jurídico, como sucede, por ejemplo, con el Código Nacional de Policía (Decreto número 1355 de 1970), en el que se establece una serie de conductas contravencionales que, dada su reducida lesividad social, no ameritan la intervención del derecho penal ni requieren de un tratamiento tan severo como el que este conlleva. En este sentido, el presente proyecto tiene su ámbito de aplicación exclusivamente en el ordenamiento penal, y las conductas contravencionales a las que se refiere se encuentran en la parte especial del Código Penal (Ley 599 de 2000).

Con la entrada en vigencia del sistema jurídico penal dispuesto por la Ley 599 de 2000, las conductas punibles se contemplaron a partir de dos categorías: delitos y contravenciones (art. 19). Sin embargo, en la parte especial del Código no se describieron comportamientos

calificados como contravenciones penales, por lo que esa diferenciación ha sido, hasta el momento, solo una posibilidad teórica en nuestro ordenamiento jurídico. En este proyecto de ley se desarrolla en la parte especial del Código Penal la categoría de ¿contravenciones penales¿ que ya existe en la parte general. Esto se hace a través de la creación de un Libro Tercero titulado ¿De las contravenciones penales¿ en el que se agrupan conductas que presentan un reducido grado de ataque al bien jurídico.

Como criterio para determinar cuáles conductas presentan una menor lesividad, se tomó como base la figura de la querrela que hoy existe en el Código de Procedimiento Penal. A través de ella, se puede apreciar con total claridad aquel grupo de conductas que el legislador ha considerado como de menor lesividad social y, en consecuencia, ha impuesto tal requisito especial para el inicio de la acción penal .

Así las cosas, dentro del Libro Tercero han quedado aquellas conductas que hoy son consideradas como delitos, pero respecto de las cuales se exige la presentación de querrela para el inicio de la acción penal. Por esa razón, todas las conductas descritas por el artículo 74 de la Ley 906 de 2004 han dejado de estar en el Libro Segundo ¿De los delitos en particular¿ para pasar a conformar el Libro Tercero ¿De las contravenciones¿ del Código Penal, Ley 599 de 2000.

Como respuesta a este cambio, la presente propuesta modifica los artículos 71, 72, 73, 74 y 76 de la Ley 906 de 2004 con respecto a la figura de la querrela, con el fin de referirse a ¿conductas punibles¿ y no solo a los delitos, que son apenas una de sus formas.

En efecto, en la modificación pretendida al artículo 74 de la Ley 906 de 2004, se define claramente el grupo de conductas que, atendiendo a la naturaleza del bien jurídico y menor lesividad de la conducta punible, requieren de la presentación de una querrela para el inicio

de la acción penal. Estas conductas se refieren a aquellas descritas por el nuevo Libro Tercero del Código Penal, las cuales integran la categoría de contravenciones.

Así las cosas, este modelo toma como baremo de gravedad para distinguir entre conductas punibles de mayor lesividad (delitos), y conductas punibles de menor lesividad (contravenciones), uno que ha probado ser muy útil para esta tarea y que ha venido aplicándose desde hace cerca de una década.

Consciente de que la figura de la querrela presupone el reconocimiento de un grupo de conductas punibles que, dada su menor lesividad para la sociedad, justifican que el interés del Estado de impulsar un proceso penal en su contra se supedita al propio interés de la víctima en hacerlo, este proyecto busca reflejar esa realidad en el Código Penal mediante la tipificación de las contravenciones como una categoría autónoma de la parte especial. Una vez delineada claramente la categoría de ¿contravenciones penales¿ en la parte sustantiva, cobra sentido as ignársele a las conductas ahí agrupadas un procedimiento penal especial que, en relación con el ordinario, supone una mayor agilidad y eficiencia en el tratamiento de conductas de menor lesividad y, sin desconocer las garantías y derechos fundamentales de las partes, desemboca en un descongestionamiento del sistema judicial.

II) Procedimiento especial abreviado

Este proyecto de ley crea un procedimiento especial abreviado para las conductas contravencionales en materia penal y para el delito de hurto de celulares que se basa en dos audiencias principales: una en la que se comunican los cargos, se descubren y solicitan pruebas y otra en la cual se practican, se adelanta el contradictorio y culmina con una decisión de fondo.

Como características más relevantes de este procedimiento especial para las contravenciones se encuentran las siguientes:

Se suprime el acto de imputación. En cambio, la comunicación de los cargos se hará, como regla general, a través del traslado del escrito de acusación y se leerán en la audiencia concentrada. Excepcionalmente, se podrán comunicar los cargos anticipadamente cuando medie solicitud de medida de aseguramiento.

Precisamente, si se trata de una audiencia preliminar de solicitud de imposición de medida de aseguramiento, deberá citarse al investigado y en la misma audiencia se le comunicarán previamente los hechos y los cargos por los cuales está siendo investigado. Así mismo, se realizará el debate jurídico propio sobre la imposición de la medida. En el procedimiento abreviado no se introducen limitaciones en las solicitudes de medida de aseguramiento ni en los actos de investigación a cargo de la Fiscalía. Sin embargo, respecto del acusador privado, se introducen cambios importantes en lo que atañe a las facultades de investigación con el fin de materializar el principio de igualdad de armas y garantizar el respeto por los derechos de las partes. En esencia, la acusación privada tendrá las mismas facultades en la investigación que la defensa y se limita la posibilidad de adelantar actos investigativos que afecten derechos fundamentales.

En el modelo propuesto, quien adelante la acusación podrá preparar la investigación hasta el momento en el que decida acusar. A partir de entonces, deberá citar al procesado junto con su defensor a su despacho para hacerle entrega del escrito de acusación y correrle traslado de los elementos materiales probatorios y de la evidencia física que soportan la acusación.

Desde ese momento, el procesado cuenta con sesenta (60) días para preparar su defensa. Una vez transcurrido ese lapso, el fiscal del caso podrá radicar el escrito de acusación ante

el juez de conocimiento con constancia de que se corrió traslado de la acusación, junto con los elementos materiales probatorios y evidencia física respectivos, así como que se respetó el término para la defensa.

Concluida esta etapa, el procedimiento especial abreviado contempla una audiencia concentrada para la formalización de la acusación y la evacuación de las solicitudes probatorias. En el marco de la audiencia concentrada se instará a que las partes concilien, se dará la posibilidad de que el procesado se allane a los cargos, se verificará que el descubrimiento del ente acusador haya sido completo y se solicitará la práctica de pruebas para el juicio oral. Con esto se busca integrar las actividades propias de las audiencias de acusación y preparatoria, manteniendo el mismo nivel de respeto por las garantías procesales penales del procedimiento ordinario.

Concluida la audiencia concentrada, el juez fijará la fecha para la audiencia de juicio oral en la cual se seguirá lo dispuesto por el procedimiento ordinario, a excepción de lo dispuesto por el artículo 447 respecto de la audiencia de lectura del fallo la cual desaparece y, en su reemplazo, se comunicará por escrito la providencia.

iii) Acusador privado

Así como la asignación de un tratamiento procesal diferenciado surge como el desarrollo natural de la caracterización de algunas conductas delictivas como contravenciones, la posibilidad de optar por una acusación privada es una de las instituciones que mayor provecho permiten sacar de los nuevos cambios procesales introducidos en el modelo abreviado. La consagración de un procedimiento abreviado y la posibilidad de conversión de la acción penal de pública a privada se encuentran íntimamente vinculadas en el intento

por establecer un diseño procesal que permita un tratamiento más eficiente para las conductas punibles de menor lesividad.

Ello explica por qué países vecinos como Perú, Venezuela, Guatemala, Argentina (Chubut), Costa Rica, Ecuador, Chile y México contemplan la posibilidad de otorgar la titularidad de la acción penal en conductas punibles de menor lesividad a autoridades distintas a la Fiscalía (o la entidad pública encargada ordinariamente de la acusación)[2][2]. Estos ordenamientos tienen en común, no solo que contemplan mecanismos simplificados que permiten un tratamiento diferenciado para las conductas punibles atendiendo a su grado de lesividad social, sino también que todos ofrecen la posibilidad de convertir la acción penal de pública a privada dentro del marco del procedimiento especial previsto para aquellas conductas que son consideradas de menor lesividad o impacto social.

Siguiendo esta tendencia, este proyecto de ley establece la posibilidad de convertir la acción penal de pública a privada y con ello dar su titularidad a un acusador privado que interviene mediante apoderado en el proceso penal.

Hoy ello es posible gracias a la aprobación del Acto Legislativo número 06 de 2011, por medio del cual se modificó el parágrafo 2° del artículo 250 de la Constitución, con el fin de permitir la posibilidad de que, atendiendo a la naturaleza del bien jurídico y menor lesividad de la conducta punible, el legislador asigne el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas de la Fiscalía General de la Nación.

Gracias a este Acto Legislativo, el vicio de inconstitucionalidad atribuido por la Corte Constitucional en Sentencia C-879 de 2008 a la Ley 1153 de 2007 no le es aplicable a esta iniciativa. En aquel entonces la Corte consideró que la ley en cuestión trataba de causas

penales y que dado que el ejercicio de la acción penal no podía serle usurpado a la Fiscalía, asignar su titularidad en cabeza de un particular violaba los preceptos de la Constitución.

Hoy, sin embargo, el parágrafo 2° del artículo 250 de la Carta Magna dispone que: *¿Atendiendo a 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¿.*

Una vez habilitada la desmonopolización de la acción penal mediante el Acto Legislativo número 06 de 2011, el Ministerio de Justicia y del Derecho, a través de la Resolución número 0111 del 20 de febrero de 2012, creó la Comisión Asesora para la Desmonopolización de la Acción Penal como una instancia de expertos para estudiar los cambios normativos y las dificultades de implementar y desarrollar la figura del acusador privado.

Este proyecto recoge muchas de sus observaciones y sugerencias para proponer un sistema en el cual se respete el poder preferente de la Fiscalía General de la Nación pero se garantice una posibilidad real a la víctima de acudir directamente a la justicia para obtener una solución pronta y una participación inmediata.

Indudablemente, la posibilidad de asignar la titularidad de la acción penal a una entidad distinta a la Fiscalía General de la Nación ha sido prevista por la Constitución únicamente para las conductas menos lesivas. Por esta razón, este proyecto toma como ámbito de aplicación de la conversión de la acción penal las contravenciones penales que, en su naturaleza, responden perfectamente a lo autorizado por la Norma Superior.

Así las cosas, una primera característica fundamental de la figura del acusador privado es que solamente opera para las contravenciones penales, en ningún caso para los delitos. Ello es importante destacarlo, porque, tal y como se prevé en el proyecto, en caso de existir concurso de conductas punibles entre delitos y contravenciones penales, es inviable la conversión de la acción penal. Lo mismo puede decirse cuando hay concurso de víctimas: debe existir pleno acuerdo entre ellas para que proceda la conversión. Con ello, se pretende garantizar al máximo el derecho de las víctimas de acudir al Estado para que investigue, juzgue y sancione las conductas de connotación penal.

Estas son solo algunas de las circunstancias que, en ningún caso, permiten la conversión de la acción penal. Otras tienen que ver con la identificación del sujeto activo, su pertenencia a organizaciones criminales, cuando exista riesgo para la víctima, etc. Esto es una manifestación del poder preferente otorgado por la Constitución a la Fiscalía General de la Nación en el marco de la conversión de la acción penal.

Otra de las manifestaciones principales del respeto por este poder preferente es la renuencia a que la conversión pueda operar de forma automática y la consecuente exigencia de que el ejercicio de la acción penal siempre empiece en cabeza de la Fiscalía y sea ante esta autoridad que la víctima pueda solicitar la conversión. Es importante destacar, a propósito de este punto, que bajo ningún punto de vista el Estado está renunciando a la carga que le corresponde respecto de la investigación de las conductas que puedan revestir las características de una conducta punible ni, en consecuencia, pone en una situación desventajosa a la víctima o afecta sus derechos a la verdad, justicia y reparación. Es de notar que únicamente se contempla la conversión de la acción penal como una posibilidad para la víctima que así lo desee. Desde ninguna óptica se trata de una imposición; de ahí la

clara exigencia de acuerdo mutuo entre los querellantes legítimos como requisito indispensable para ordenar la conversión.

Así las cosas, este proyecto entiende que el titular inicial y preferente de la acción penal sigue siendo la Fiscalía General de la Nación, aunque esta pueda ordenar su conversión y en consecuencia asignarla a alguno de los agentes descritos por el artículo 71 de la Ley 906 de 2004. Es decir, a los querellantes legítimos.

Así como la querrela es el baremo de gravedad a la hora de caracterizar a las contravenciones penales en contraste con los delitos, la figura del querellante legítimo es el modelo para determinar cuándo se puede ser acusador privado. Únicamente quien cumpla con las condiciones exigidas para ser querellante legítimo podrá ejercer la acción penal de forma privada, que como regla general se refiere al sujeto pasivo de la conducta punible. Excepcionalmente, tal y como lo contempla el artículo 71, algunas autoridades pueden hacer de querellante legítimo y, en consecuencia, de acusador privado.

Ahora bien, una vez convertida la acción penal por parte de la Fiscalía y asignada en cabeza de uno de los agentes legitimados para ejercerla, el acusador privado cuenta, en esencia, con los mismos deberes y facultades que la Fiscalía General de la Nación. Sin embargo, este es uno de los aspectos en que se ha tenido la mayor prudencia pues no puede obviarse el hecho de que hay actos de investigación complejos que vulneran gravemente derechos fundamentales y que bajo ningún punto de vista pueden ser facultativos de un particular en el modelo de Estado que nos rige.

Por esta razón, una de las limitaciones más notorias a la capacidad investigativa del acusador privado tiene que ver con su sujeción a las disposiciones que rigen las facultades de la defensa en la investigación. De manera muy puntual destaca la prohibición expresa

que este proyecto impone al acusador privado de realizar actos complejos de investigación que afecten gravemente derechos fundamentales (interceptaciones de comunicaciones, inspecciones corporales, registros y allanamientos, entradas vigiladas, diligencias de agente encubierto, etc.).

Finalmente, en relación con las reglas que rigen el proceso del cual hará parte el acusador privado, es de notar que, inevitablemente, ha de regirse por el proceso especial abreviado diseñado para las contravenciones penales.

Señor Secretario,

ANEXO 2

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 006 DEL 2011

“Por el cual se reforma el artículo 250 de la Constitución Política”

La implementación del sistema acusatorio en Colombia con ejercicio exclusivo de la acción penal por parte de la Fiscalía General de la Nación ha generado en algunos delitos, especialmente en los de menor impacto o pequeñas causas penales, un alto grado de congestión en la etapa de indagación preliminar y por ende no ha permitido que estas causas lleguen al conocimiento de los jueces, ni de control de garantías ni de conocimiento.

En este sentido, la Corporación Excelencia en la Justicia elaboró un estudio en el cual demuestra una tendencia creciente y preocupante de acumulaciones en la etapa de indagación preliminar, existiendo durante los primeros años de implementación del SPA (sistema penal acusatorio) un total de 2'129.990 noticias criminales, muchas de las cuales

no han tenido respuesta alguna por parte de la Fiscalía General de la Nación debido a la falta de infraestructura, las falencias de personal y la focalización de los esfuerzos institucionales en la indagación e investigación de delitos de mayor lesividad⁶⁷.

Muy similares conclusiones fueron señaladas por el estudio “Una mirada a la impunidad en el sistema penal acusatorio”, producto de una investigación realizada por el Ministerio del Interior y de Justicia en Convenio con la Unión Europea, en el que se usó también al SPOA como fuente de información, esta vez, con corte a mayo de 2008, el cual concluyó la

⁶⁷ Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio, Corporación Excelencia en la Justicia / Embajada Británica, Bogotá, 2010, p. 25: “Los ingresos a los fiscales radicados: Tendencia creciente de las acumulaciones. Durante los primeros años de implementación del SPA, los fiscales radicados recibieron un total de 2 129.990 noticias criminales, de las cuales 690.223 correspondieron a la fase 1, 855.189 a la fase 2, 421.367 a la fase 3, y 163.211 a la fase 4. En las fases 1 y 2, los ingresos siguieron una tendencia creciente, suspendida en 2008, cuando estuvo en vigencia la ley 1153 de 2007 o ley de pequeñas causas. Así, para la fase 1, los ingresos incrementaron en 2006 en un 27% con respecto al 2005 y aumentaron en otro 25% en el 2007. Para 2008, hubo un decrecimiento del 30% y, finalmente, en 2009, se presentó de nuevo un incremento del 46% con respecto al año anterior.

En lo respecta a la fase 2, en el año 2007 se presentó un incremento del 128% con respecto a los ingresos recibidos en 2006. Luego, en 2008, decrecieron en un 43% y en 2009, volvieron a aumentar en un 451%, cifra que resulta exorbitante, pues supera en más de tres veces a los ingresos de la fase 1 (en donde se encuentra Bogotá) en este mismo año y que además equivale a un 24,4% de las noticias criminales que ha recibido el SPA durante toda su vigencia. Como se verá en otros apartes de este documento, la fase 2 presenta en más de un tema comportamientos particulares con respecto a las demás, lo cual podría explicarse porque a ella pertenecen dos de las capitales con mayores tasas de criminalidad en el país, como lo son Medellín y Cali.

Para las fases 3 y 4 la tendencia ha sido también creciente: respecto a la fase 3, su segundo año de implementación (2008) mostró un incremento del 14%, mientras que en el 2009 este aumento fue del 53%. Para la fase 4, el incremento en 2009 fue del 87%. Cabe anotar que en estas fases no se puede observar el impacto que tuvo la ley 1153. Esto, debido a que en la fase 3 dicha ley entró a regir en el segundo año de implementación del SPA en la región, que es el momento en el que el sistema comienza a evidenciar su demanda “normal” para la fase, toda vez que el primer año se concentra en buena parte en el tratamiento de delitos en flagrancia. En lo que respecta a la fase 4, la entrada en vigencia del SPA coincidió con la de la ley de pequeñas causas, lo cual impide contar con un parámetro de comparación para evaluar la incidencia de esta última.

situación dramática de impunidad que estaba generando el sistema acusatorio en algunos delitos⁶⁸.

Por otro lado, en el Informe 2010 del World Justice Project, elaborado con base en encuestas de percepción a expertos y ciudadanos, Colombia ocupó el puesto 31 entre los 35 países evaluados a nivel mundial, respecto de la eficiencia de la justicia penal.

Cientos de miles de procesos se encuentran actualmente en etapa de indagación sin que la Fiscalía General de la Nación cuente con la infraestructura suficiente para tomar una decisión de fondo sobre su archivo o sobre la necesidad de realizar una formulación de imputación que impulse el proceso, lo cual en la actualidad genera una profunda incertidumbre en las víctimas y que en muy poco tiempo producirá la inminente prescripción de muchos de los delitos denunciados, creando una situación insostenible de impunidad y una crisis muy grave de la justicia penal en Colombia.

Esta grave situación ha aumentado la impunidad en Colombia y puede fomentar la existencia de formas de justicia privada agravando la situación de violencia en nuestro país.

Por lo anterior, es evidente que deben adoptarse medidas urgentes para reducir la congestión judicial y evitar el colapso del sistema en la indagación de ciertos delitos, las cuales pueden tomar como modelo las legislaciones de otros países que han buscado alternativas a esta problemática.

⁶⁸ BARRETO, Luis Hernando y RIVERA, Sneider, Una mirada a la Impunidad en el marco del Sistema Penal Acusatorio en Colombia. Bogotá: Ministerio del Interior y Justicia Unión Europea, 2009.

En este sentido, tomando como referencia otras legislaciones que han implantado el sistema acusatorio, debe señalarse que la solución que han adoptado países garantistas como Estados Unidos, Alemania o Chile ha sido desmonopolizar el ejercicio de la acción penal de organismos como la Fiscalía General de la Nación, permitiendo que otras entidades o las propias víctimas ejerzan la acción penal mediante figuras como la del acusador particular.

En Alemania, la figura del acusador particular está contemplada frente a los delitos menores⁶⁹ y tiene las mismas facultades de las demás partes en el proceso entre otras la de interrogar y presentar recursos⁷⁰.

En Chile, la figura del acusador particular se consagra también en el Código de Procedimiento Penal con la denominación de la acción penal privada, la cual podrá ser ejercida por las víctimas⁷¹.

⁶⁹ Art. 395 del Código Procesal Penal Alemán: “[Competencia para la adhesión como acusador privado] (1) Se puede adherir a la acción pública interpuesta como acusador privado todo aquel que haya sido ofendido (...)”.

⁷⁰ Art. 397 del Código Procesal Penal Alemán: “[Derechos del acusador privado] (1) Después de la adhesión verificada, el acusador privado está autorizado para estar presente en la vista oral, incluso también si debe ser interrogado como testigo. Por lo demás, son válidos por analogía los §§ 378 y 385, apartados 1.º hasta 3.º Al acusador privado también le compete la facultad para recusar a un juez (§§ 24, 31), o a peritos (§ 74), el derecho a preguntar (§ 240, apartado 1.º), el derecho a objetar ordenaciones del presidente del tribunal (§ 238, apartado 1.º) y preguntas (§ 242), el derecho a peticionar pruebas (§ 244, apartados 2.º hasta 6.º), así como el derecho a entregar aclaraciones (§§ 257, 258). (2) Si la persecución es restringida según § 154a, entonces esto no afecta el derecho de adherirse a la acción pública interpuesta como acusador privado. Si el acusador privado es autorizado para el proceso, entonces se suprime una restricción según § 154a, apartados 1.º ó 2.º, en tanto que ésta afecte la demanda accesoria”.

⁷¹ Art. 53 del Código Procesal Penal de Chile: “Clasificación de la acción penal. La acción penal es pública o privada. La acción penal pública para la persecución de todo delito que no esté sometido a regla especial deberá ser ejercida de oficio por el ministerio público. Podrá ser ejercida, además, por las personas que determine la ley, con arreglo a las disposiciones de este Código. Se concede siempre acción penal pública para la persecución de los delitos cometidos contra menores de edad.

Por su parte, en los Estados Unidos el sistema de acusación particular se denomina Private Prosecutions y es reconocido en numerosos Estados y ha sido avalado en múltiples jurisprudencias⁷².

Disposiciones similares se contemplan en la Ley de Enjuiciamiento Penal Español y en el Código Orgánico Procesal Penal de la República de Venezuela⁷³, legislaciones en las cuales también se contempla la figura el acusador particular.

Por lo anterior, es claro que existen modelos en los cuales la Fiscalía no tiene el monopolio de la acción penal, los cuales han sido adoptados en otros países de tradición democrática que han implantado el sistema acusatorio como su modelo de juzgamiento penal y pueden llegar a adoptarse en Colombia con los matices evidentes que exige nuestra tradición jurídica.

En este sentido, tal como sucede en Alemania o Chile, la Fiscalía seguirá conservando el monopolio de la acción penal para todos los delitos, salvo aquellos en los que el legislador permita el ejercicio de la acción penal a otras entidades o a la víctima.

Es necesario aprovechar el interés que pueden tener las víctimas en el ejercicio de la acción penal y la infraestructura y personal capacitado que puedan tener otras entidades estatales,

La acción penal privada sólo podrá ser ejercida por la víctima. Excepcionalmente, la persecución de algunos delitos de acción penal pública requiere la denuncia previa de la víctima”.

⁷² Ver: Wesley Irven Jones, Appellant, v. Jerry E. Richards, Sheriff of Burke County, N.C.; Rufus L. Edmisten, Attorney General, State of North Carolina, Appellees, Smith v. Krieger, Blyew v. United States, Leeke v. Timmerman.

⁷³ Art. 25 del Código Orgánico Procesal Penal de la República de Venezuela.

por lo cual podrían asumir la indagación e investigación de ciertos delitos y el ejercicio de la acción penal, aligerando la carga que en estos momentos tiene la Fiscalía General de la Nación y que por sus limitaciones de recursos está conduciendo a la indefinición de las investigaciones penales.

En el pasado se intentó adoptar una medida similar con la promulgación de la Ley 1153 de 2007, la cual pretendía trasladarle el ejercicio de la acción penal a la Policía Nacional sobre ciertos delitos menores, norma que fue declarada inconstitucional en la sentencia C – 879 de 2008, porque la Corte Constitucional consideró que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 250 de la Constitución Política, el monopolio del ejercicio de la acción penal corresponde a la Fiscalía General de la Nación. Por lo anterior, es necesario modificar el artículo 250 de la Constitución Política para permitir que se establezcan medidas para otorgar a las víctimas y a otras entidades el ejercicio de la acción penal.

Por otro lado, el Proyecto de Ley (152 de 2010 Cámara – 23 de 2009 Senado) que pretendía simplemente modificar el procedimiento aplicable a los delitos menores tampoco resulta ser una solución viable, pues el verdadero problema de estos procesos se encuentra en la etapa de indagación y esta situación solamente tiene dos soluciones: el fortalecimiento de la Fiscalía General de la Nación, lo cual no es posible por los altos recursos que ello implica y porque la misma se debe dedicar a la investigación de los delitos más graves; o permitir la posibilidad de que las víctimas y otras entidades ejerzan la acción penal, situación completamente viable jurídicamente, una vez se apruebe el presente acto legislativo.

En conclusión, el presente acto legislativo tiene por objeto reducir la congestión judicial y darle una respuesta efectiva a las víctimas permitiendo la posibilidad de que la acción penal

también sea ejercida por la víctima o por las autoridades administrativas en los casos y condiciones que determine la ley, con lo cual el legislador podrá, al desarrollar en el futuro este artículo constitucional, establecer los casos y las condiciones en que la acción penal pueda ser ejercida por autoridades administrativas o por la propia víctima, en reemplazo del ejercicio de la acción penal que actualmente ejerce, de manera exclusiva y monopolizada, la Fiscalía General de la Nación, lo que como ya se advirtió generará descongestión, mayores niveles de acceso a la justicia y reducción de la impunidad.

CARLOS ARTURO CORREA MOJICA

H. Representante a la Cámara

CAMILO ANDRES ABRIL JAIMES

H. Representante a la Cámara

GUSTAVO HERNAN PUENTES DÍAZ

H. Representante a la Cámara

MIGUEL GOMEZ MARTINEZ

H. Representante a la Cámara

CARLOS GERMAN NAVAS TALERO

H. Representante a la Cámara

RUBEN DARIO RODRÍGUEZ
GÓNGORA

H. Representante a la Cámara

GERMÁN VARÓN COTRINO

H. Representante a la Cámara

HERNANDO ALFONSO PRADA GIL

H. Representante a la Cámara

JUAN CARLOS SALAZAR URIBE

H. Representante a la Cámara

JORGE ENRIQUE ROZO RODRÍGUEZ

H. Representante a la Cámara

