

**LÍMITES A LA DISPOSICIÓN DE LA ACCIÓN PENAL DE LA VÍCTIMA COMO ACUSADOR PRIVADO  
PARA EL LOGRO DE LOS FINES DE VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIÓN**



**AUTOR**

SILVIA FARIDE CHAVEZ PEÑA

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

**MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL PENAL**

Director:

**CARLOS ANDRÉS GUZMÁN DÍAZ**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL PENAL**

**BOGOTÁ, 22 JULIO 2020**

# **LÍMITES A LA DISPOSICIÓN DE LA ACCIÓN PENAL DE LA VÍCTIMA COMO ACUSADOR PRIVADO PARA EL LOGRO DE LOS FINES DE VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIÓN**

## **Índice**

1. Introducción
2. Metodología
3. Acción penal
  - a. Concepto de acción penal
  - b. Regulación constitucional de la acción penal en Colombia
  - c. La finalidad de la acción penal en Colombia desde la perspectiva de la Víctima.
  - d. Presupuestos necesarios para la satisfacción de tal finalidad.
4. Facultades del acusador privado al interior del proceso penal abreviado bajo el marco de la Ley 1826 de 2017
  - a. Estructura del proceso penal abreviado creado por la Ley 1826 de 2017
  - b. ¿Se privatiza la acción penal con la Ley 1826 de 2017?
  - c. Facultades del acusador privado otorgadas por la Ley 1826 de 2017
5. El alcance de las facultades otorgadas al acusador privado al interior del proceso penal abreviado frente a las finalidades de la acción penal
  - a. Breve enunciación de las facultades de la víctima y sus derechos
  - b. Las facultades del acusador privado frente a la finalidad del proceso penal en la percepción de la víctima
  - c. El alcance del acusador privado frente a las formas de terminación anticipadas del proceso penal
6. Conclusiones
7. Bibliografía.

## 1. Introducción

El proceso penal, concebido como estructura epistemológica en función de la obtención de una consecuencia jurídica, así como un escenario para la reivindicación de las normas penales negadas, ha atravesado a lo largo de la historia vertiginosos cambios. Estos lo han moldeado paulatinamente, modificando sus características a fin de servir al pensamiento del contexto temporal en el que es concebido.

Como muestra de lo que se acaba de afirmar son los cambios que el proceso penal ha tenido desde las sagradas ordalías, hasta el iluminismo del proceso penal con Beccaria y la consagración de la resocialización como una de las funciones principales de la pena. Además, el proceso penal ha sido concebido desde antaño en torno al procesado, quien ha sido el protagonista del ejercicio de la acción penal. No obstante, en tiempos más recientes ha surgido una nueva tendencia cuyo origen es la criminología, como área conexas a las ciencias penales. En ella, como uno de los temas relevantes, ha aparecido un interés en la reivindicación de los derechos de quienes han sufrido las consecuencias de un actuar con relevancia penal: las víctimas

Como continuación de los derechos que de tiempo atrás se han venido reconociendo a la víctima, no solo desde la Constitución y la ley, sino en mayor medida desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en especial con la entrada en vigencia del llamado sistema acusatorio, la Ley 1826 de 2017, abrió ahora el espacio para que ésta intervenga de una manera aún más activa en el proceso penal, facultándola para que sea ella quien procure sacar adelante la pretensión punitiva dentro del proceso penal, que no es otra que lograr la sanción de quien ha realizado alguna conducta punible.

Para permitir aquella mayor intervención de la víctima, hubo de efectuarse una modificación en la Constitución Política, con el propósito de asignarle, conforme lo

establece el parágrafo 2º del artículo 250, la facultad a ella o a otras autoridades de ejercer la acción penal.

Tal amplitud en las facultades, derivadas del reconocimiento de los derechos de las víctimas, amplía entonces nuevamente el marco procesal penal colombiano, para dar paso a un proceso abreviado, íntimamente ligado al sistema actual con tendencia acusatoria, pero a su vez con particulares características hasta el momento no contempladas por el ordenamiento jurídico. Estas particularidades exigen realizar un análisis crítico, mediante el cual se emita un concepto sobre la eficacia de las disposiciones que consagran ésta institución, al confrontarla con las finalidades de verdad, justicia y reparación; aspectos estos inherentes a la víctima, dada su condición y participación en el proceso penal.

En tal sentido, la presente investigación pretende responder el siguiente problema jurídico: **¿Cuál es el alcance de la acción penal cuando es adelantada por la víctima en virtud de su condición de acusador privado en el marco de la ley 1826, frente a los fines constitucionales de verdad, justicia y reparación?**

Estimo desde ya, como hipótesis esperada, que la acción penal, bajo la figura del acusador privado, adelantada por la víctima, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 1826 del año 2017, en efecto, tiene límites frente al alcance de los fines constitucionales de verdad justicia y reparación.

Sugiero, como parte fundamental de la hipótesis que, tales límites se constituyen (i) Si bien con la introducción de la figura del acusador privado el legislador pretende descongestionar a la Fiscalía, la congestión de la administración de justicia permanece, lo que de igual manera impide la realización de una justicia pronta y efectiva; (ii) no existe una cesión absoluta de la titularidad de la acción penal al acusador privado, pues sigue su dependencia de la potestad de la Fiscalía General de la Nación, lo que entorpece el accionar ágil, dinámico y eficaz del acusador privado y (iii) la regulación del acusador privado en la mencionada ley, limitó los

actos de investigación que puede realizar por su cuenta el acusador privado, cercenando con ello su autonomía al momento de dirigir la investigación penal.

Así, debido a que con la presente investigación se pretende identificar las posibles limitantes que trae consigo la institución del acusador privado reglamentado por la Ley 1826 de 2017, frente a la consecución de los fines de verdad, justicia y reparación; esta investigación logra justificarse en tres componentes o ámbitos de impacto.

El primero de ellos: un impacto jurídico en mayor medida frente al ejercicio de jueces, fiscales, abogados y víctimas, quienes logrando entrever las diversas dificultades que puede traer consigo, en el ejercicio práctico, la aplicación del acusador privado, podrán identificar con mayor claridad las determinaciones a seguir, en pro de la consecución de los fines para los que fue instituida la acción penal.

En segundo lugar: un impacto social el cual se verá reflejado en la contribución a aquel sector de la sociedad directamente afectado por las debilidades prácticas con las que fue concebida, desde su génesis, la figura del acusador privado, aportándole una mayor fuente de información a la víctima, quien deberá ponderar debidamente las fortalezas y debilidades de esta institución antes de adoptarla.

Por último, un gran impacto académico, no solo porque servirá como fuente de información para los estudiantes de las diferentes áreas del derecho, sino también porque, como se verá, debido a la relativa novedad de la figura jurídica estudiada, es escasa la literatura que sobre ella se ha proferido, en tal sentido, esta investigación pretende consolidarse como una investigación novedosa que marque un derrotero investigativo.

De esta manera, la investigación se desarrollará en tres etapas; la primera de ellas consistirá en establecer cuál es el contenido de los fines perseguidos con la acción penal frente a la víctima en Colombia; la segunda se ocupará de determinar las facultades con las que cuenta el acusador privado en el proceso penal abreviado, la tercera, confrontar las facultades con las que cuenta el acusador privado con los fines perseguidos con la acción penal frente a la víctima en Colombia; y por último, se esgrimirán las conclusiones resultantes frente al planteamiento inicial.

## **2. Metodología empleada**

La presente investigación es descriptiva, cualitativa y de carácter dogmático, por dos razones principales; la primera de ellas: cumple una función sistematizadora, toda vez que presenta una selección de interpretaciones propias de la doctrina; integra tales interpretaciones con un análisis propiamente normativo y jurisprudencial, concretamente con la regulación establecida en Colombia para el acusador privado, contenida en el cuerpo legislativo de la Ley 1826 del año 2017; se describe así mismo, la relación existente entre el desarrollo doctrinal existente sobre los fines de la acción penal y la normatividad estudiada, identificándose los problemas en lo que respecta a la finalidad desde la óptica de los derechos de las víctimas. (Courtis, 2013 p.131).

Por otro lado, la investigación identifica como problema la figura del acusador privado en Colombia, especialmente porque las facultades brindadas por el legislador parecen incongruentes con los postulados de verdad, justicia y reparación, como se demostrará; cumpliendo así con la función de *lege data* y *lege ferenda*. (Charles, 2007)

Debido a lo anterior y toda vez que la orientación metodológica será de orden teórico, el método a utilizar será el teórico - deductivo, pues se enrutará la investigación de lo general a lo particular, sin dejar a un lado que para el logro de lo propuesto se hace necesario examinar las contradicciones, deficiencias y

omisiones, tanto de las normas, como en el sistema procesal abreviado, lo cual hace necesario, de igual manera, usar la hermenéutica como herramienta interpretativa.

Por último, dado que se trata de una investigación básica en el área del derecho, las fuentes primarias a consultar serán la Constitución, las leyes, los instrumentos internacionales, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia y, como fuentes secundarias, se consultarán la doctrina y los textos especializados.

### **3. La finalidad de la acción penal en Colombia**

#### **a. Concepto de acción penal**

Previo a abordar el concepto de la acción penal, por su propia naturaleza, se hace necesario precisar el concepto de proceso acción, de manera genérica, como institución básica de todo procedimiento de corte dispositivo en Colombia. De esta manera, el profesor Eduardo J. Couture (1976), en uno de sus múltiples ejercicios académicos estableció que, bajo su consideración la acción podía ser vista bajo tres ópticas, en particular:

- Primera, como un sinónimo del derecho: es decir, puede sustituirse lingüísticamente por el término acción en expresiones comunes como cuando se afirma que *el actor carece de acción*, lo que quiere decir, que el actor carece o adolece de un derecho efectivo que pueda ser tutelado bajo el mecanismo judicial pretendido
- Segunda, como sinónimo de pretensión; teniendo en cuenta que este es un uso más común de la expresión, cuando se utilizan expresiones como acción *fundada* o *infundada*; queriéndose señalar con ello que la pretensión asomada por la parte actora tiene o no fundamento alguno, ya sea de índole jurídica o probatoria.

- Tercera, se entiende por acción, la facultad de provocar una actividad en el aparato judicial, es decir, también se utiliza el vocablo acción para describir la facultad que se tiene para acudir, en propio nombre o bajo la representación de un profesional del derecho, ante el órgano jurisdiccional en busca del amparo de sus derechos.

Por otro lado, el maestro Fontecilla ha sostenido que al momento de avocar el estudio al fenómeno de la acción es común encontrar una bipartición dogmática creada por los estudiosos del derecho civil; la primera parte, influida por el derecho romano, considera que el concepto de acción conlleva tanto lo pretendido por el accionante como el acto de concurrencia ante la administración de justicia para elevar tal pretensión; resumiendo su conceptualización en un derecho subjetivo o derecho para reclamar en juicio – ante la administración de justicia – lo pretendido (Fontecilla, 1978).

La segunda de las partes mencionadas, o la segunda corriente dogmática asumida por los estudiosos del derecho civil, es aquella que liderada Giuseppe Chiovenda (1989), quien tuvo un comportamiento reaccionario frente a la anterior postura, proponiendo como su conceptualización, simple y llanamente el poder que tiene una persona para solicitar la aplicación de la ley ante la administración de justicia.

No obstante, es a partir de la llegada del maestro italiano Carnelutti, que se zanja en la teoría general del proceso la dificultad que existía para distinguir entre el derecho que se pretende hacer valer en el juicio ante la jurisdicción, del derecho mediante el cual se hace valer el primero; entendiendo este como derecho subjetivo procesal, y aquel como derecho subjetivo sustancial, de esta manera, señaló el maestro italiano que es tan grande la distancia conceptual existente entre la concepción del derecho subjetivo procesal y el derecho subjetivo material; que de hecho podría presentarse, indubitablemente, un escenario en que uno pudiera existir

sin el otro; de esta manera, explica su posición con una situación práctica y ejemplificadora, señalando que una persona, tiene el derecho (subjetivo procesal) a obtener una sentencia de un juez acerca de su pretensión; no obstante, no por ello tiene el derecho (subjetivo sustancial) a que esta prospere, puesto que puede declarársele infundada.

En el mismo sentido, afirma que la distinción que puede observarse frente a las dos tipologías de derechos puede verse referida, no solamente a su contenido, sino también al sujeto *pasivo* de ellos; entendiendo que el primero, el derecho subjetivo procesal tiene por contenido la evidente prelación del interés de la composición del conflicto (*litis*), y por sujeto pasivo al juez, magistrado, tribunal, corte o jurado; mientras que, por otro lado, el derecho subjetivo sustancial o material, tiene como contenido identificado la prevalencia del interés del sujeto sobre el conflicto, en particular, sobre el derecho subjetivo procesal, y su sujeto pasivo, por un orden de estricta lógica, se encuentra en la otra parte; a quien le es exigible el derecho, o en otras palabras, para quien el derecho se convierte en una obligación o un deber. (Carnelutti, 2018)

Así mismo, acerca de la distinción terminológica que suele realizarse entre acciones al interior de las diferentes especialidades del derecho, el profesor Zavala Baquero (2004) precisó que no existe una acción penal diversa de la acción civil; toda vez que, por contradictorio que parezca, ambas tienen la misma finalidad y la misma estructura; solamente, debe señalarse que lo que varía entre de estas dos formas o especialidades de acción es la materia o el motivo del cual debe tratar; es decir, la naturaleza del objeto perseguido, que como se vio anteriormente con Carnelutti, no es lo mismo que el objeto mediante el cual se persigue.

Consecuentemente, precisa el profesor ecuatoriano que, si la violación del derecho sustantivo es de carácter civil, entonces es lógico que la acción ejercida tenga un

carácter civil y si el derecho sustantivo tiene un carácter tributario, pues la acción ejercida será de carácter tributario; no obstante, estos son los aspectos que presenta la acción en función o debido a la naturaleza sustancial de la norma violada, más no significa que la acción tenga esa cualidad *per sé*.

En su momento, el profesor Benjamín Irigorri Díez, exmagistrado de la Honorable Corte Suprema de Justicia, precisó respecto al tema que:

*La acción penal se diferencia de las acciones de derecho privado en que no se requiere demanda o manifestación de la pretensión; basta la denuncia, el conocimiento público del delito, el personal del instructor, para que entre en actividad. Su ejercicio es motu proprio, lo cual le concede una nota distintiva respecto de otras acciones. Dentro de este orden de ideas, toda acción es pública, pues emana del poder del Estado y se ejerce con el lleno de determinados requisitos. (Iragorri, 1974)*

Chávez Peña, ha sostenido que el concepto de acción penal, a pesar de lo contradictorio, tiene su génesis en la doctrina civilista, nutriéndose de la misma naturaleza de la acción civil, con la salvedad que, por regla general, la titularidad no es privada, es decir, no la detenta una persona particular, sino que por el contrario, radica en el Estado a través de instituciones como la Fiscalía (Chavez, 2013).

Así mismo, el profesor ecuatoriano, Edmundo Durán, ha señalado que se vuelve una tarea realmente compleja a nivel conceptual, trasladar el significado de la acción, del proceso civil al proceso penal; toda vez que, antes, debe tenerse presente que el proceso civil tiene su génesis y su desarrollo alrededor de una acción de tipo real o hipotética de derechos, en la cual existe una relación recíproca e igualitaria entre el demandante y el demandado, mientras:

*en el proceso penal no tiene sentido hablar de derechos y obligaciones recíprocas entre dos partes. El código penal no regula relaciones personales entre dos o más sujetos, sino que contiene mandamientos y prohibiciones sancionados con una pena en caso de incumplimiento. Ni siquiera puede decirse que exista una relación directa entre la víctima y el autor del delito; lo que hay es una relación entre el Estado y el imputado. No hay una relación privada entre dos, sino una relación pública entre toda la sociedad de un lado y el inculpaado del otro. Cuando se pone en movimiento la jurisdicción penal no se reclama el reconocimiento de un derecho sustantivo sino un pronunciamiento judicial de culpabilidad o de inocencia. (Durán, 1992)*

Por otro lado, otras concepciones de la acción penal como las del profesor Vincenzo Manzini, señalan que, en todo momento, la comisión de una conducta punible da lugar a una pretensión punitiva, la cual se hace valer, en principio a través de la acción penal; considerándola desde dos perspectivas; la primera de ellas subjetiva y la segunda objetiva.

En la concepción subjetiva, se entiende como un poder de quien cumple la labor de acusar de realizar las actuaciones necesarias para obtener del juez un pronunciamiento judicial; ahora, de manera objetiva, la acción penal se constituye como el medio o la herramienta con la cual el órgano persecuidor, impedido a imponer directamente una pena, acude a la administración de justicia a fin de dejar en manos de un juez, tal consideración.

Así, precisa el profesor que

*La acción penal tiene siempre por objeto una pretensión punitiva del Estado, derivada de un delito, concreta e hipotéticamente realizable. El juez*

*conociendo o desconociendo el fundamento de la legitimidad de la pretensión, pronuncia una decisión que agota completamente todo lo que a la realizabilidad de esa misma pretensión se refiere, cuando existan las condiciones de procedibilidad. En el derecho procesal penal no existen acciones penales de mera declaración de certeza (Manzini, 1948).*

Como puede observarse, son múltiples las posiciones doctrinales que actualmente se encuentran orbitando en concepto de acción al interior del proceso penal. Sin embargo, dable es concluir que la mayoría de ellas concuerdan en los aspectos fundamentales.

#### **b. Regulación constitucional de la acción penal en Colombia**

La legislación Colombiana, acogiendo el concepto que de la definición de la acción penal se ha venido consolidando en la doctrina (Bernal, 2013) (Ferrajoli, 1995), dispone en el artículo 250 de la Constitución Política que es una obligación que recae en cabeza del Estado, representado por la Fiscalía General de la Nación, quien está obligada a perseguir, investigar y acusar a quien realiza o contribuye a la realización de una conducta típica, antijurídica y culpable, es decir tiene carácter obligatorio y solo admite las excepciones que constitucionalmente se establecen, como la aplicación del principio de oportunidad, figura que, entre otras cosas, sacrifica las finalidades perseguidas por la acción penal, en pro del desarrollo de la política criminal. (Vargas, 2012).

Ahora, debe precisarse, frente al concepto doctrinal de acción penal, que tradicionalmente se ha definido como “un acto jurídico solemne a través del cual se busca la decisión sobre la existencia de un hecho consagrado en la ley como punible y la responsabilidad de su autor” (Espitia, 2003). Es decir, la acción penal constituye el mecanismo que inicia el proceso penal; aclarando que, la misma no se constituye, ni se ve realizada, en el otorgamiento o concesión de las pretensiones punitivas que

la acompañen, sino por el contrario, se manifiesta a través del derecho al acceso a la administración de justicia, como componente esencial del debido proceso judicial.

En tal sentido, en Colombia, de manera tradicional, la acción penal había sido detentada por la Fiscalía General de la Nación, institución que, en virtud del artículo 250 de la Constitución Política colombiana, tenía no la facultad, sino la obligación “adelantar el ejercicio de la acción penal” en contra de las personas de las cuales se pudiera inferir razonablemente su participación en una conducta que tenga las características de delito.

De esta manera, el profesor y magistrado Nelson Saray Botero ha precisado:

*En el canon 250 de la Constitución Política se adjudicó la Fiscalía General de la Nación el ejercicio privativo de la acción penal y se le asignó la obligación de investigar los hechos que revistan las características de punibles, siempre y cuando cuente con la concurrencia de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, que le permita inferir razonablemente la participación del indicado en ellos.*  
(Saray, 2016)

Por otro lado, debe precisarse, que la acción penal, si bien es la facultad de iniciar el aparato jurídico-penal en contra de una persona, siempre se encuentra acompañada de una pretensión punitiva, toda vez que, por su esencia, es ésta la naturaleza y fines del derecho penal; y aunque la víctima, debido a su condición se encuentra, por regla general en búsqueda de otras finalidades, lo cierto es que la teleología de la acción penal, es precisamente la imposición de una pena.

No obstante, lo anterior no quiere decir que la acción penal no tenga ciertas finalidades que van directamente relacionadas con la existencia de la víctima en el proceso penal, pero para determinarlas se hace necesario analizar detenidamente cuál es la condición de la víctima al interior del proceso penal, su naturaleza y facultades (Bermúdez, 2017).

Ahora, la necesidad de modificar aspectos sustanciales en materia de derechos humanos y estructurales en cuanto a la organización del Estado, dieron lugar a la conformación de una Asamblea Nacional Constituyente de cuyo seno nació la Constitución de 1991, con novedosos cambios en la Rama Judicial, entre ellos y a manera de ejemplo la creación de la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura y la Fiscalía General de la Nación, esta última facultada conforme al artículo 250 para investigar los delitos y acusar a los posibles infractores.

Para dar paso a las reformas que en materia de justicia penal se realizaron en la nueva Constitución, el Presidente de la República expidió en Decreto-Ley 2700 de 1991 en el que se dispuso – bajo en el Libro I, Título I, Capítulo II - la acción civil dentro del proceso penal y con ello la posibilidad que de manera individual o colectiva, se procurara el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y colectivos causados por la conducta punible.

Años después y ante las múltiples falencias que se advirtieron en el funcionamiento de dicho sistema procesal, entre ellas las relativas a las facultades jurisdiccionales otorgadas a la Fiscalía General de la Nación, que afectaban principios generales del derecho procesal y con ello afectaciones graves a los derechos fundamentales, al debido proceso y el derecho de defensa, el Congreso de la República modificó la Constitución Política a través al acto legislativo número 03 del 19 de diciembre de 2002, con el propósito de implementar en Colombia un nuevo sistema procesal con mayor tendencia acusatoria que da lugar entonces a la Ley 906 de 2004.

Conforme a aquella modificación estructural, la víctima pasó a tener un gran protagonismo en el sistema penal, por lo que, para efectos del trabajo que se desarrolla, se hace imperativo descender al análisis de su comportamiento en el proceso penal y el desarrollo que tendrá al interior de este, claro está, con el acompañamiento de la Fiscalía General de la Nación, concebido de esta forma a fin de no afectar en gran medida la concepción adversarial del proceso penal.

Se contempló entonces la posibilidad de que la víctima y el perjudicado participaran activamente en el proceso penal, razón que llevó a ubicarla como un interviniente dentro del proceso. Sin embargo, las facultades a ella otorgadas limitaban en sentir de muchos su verdadera razón de ser, es decir, la búsqueda de la verdad, justicia y reparación, lo que ha llevado a que sea la Corte Constitucional a través de múltiples sentencias la que ha dado lugar a ampliar sus facultades al punto de considerarse hoy un interviniente especial concepto que inexiste en la teoría del proceso.

Nuevas consideraciones de política criminal, entre ellas la congestión judicial y el fracaso del sistema acusatorio para conjurarla, dieron paso a una reforma Constitucional que se concretó con la expedición del acto legislativo número 06 de 2011, que reformó los artículos 235 numeral 4º, 250 y 251 numeral 1º de la Constitución Política e incluyó la posibilidad de que el legislador le asignara el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación.

Surge como consecuencia de ello la Ley 1826 de 12 de enero de 2017. En ella se faculta a la víctima para activar la acción penal en determinados delitos, a través de un procedimiento menos complejo que el estructurado por la Ley 906 de 2004, pero profundamente ligado a la misma, lo que lleva a preguntarnos si en verdad existe un adecuado marco para que la víctima pueda cumplir con la facultad otorgada o

los límites que allí se imponen imposibilita realizar los cometidos que se buscaron con dicha reforma constitucional, entre ellos dotarla de mayores herramientas para el logro de sus fines de verdad, justicia y reparación.

**c. La finalidad de la acción penal en Colombia desde la perspectiva de la Víctima.**

Para comprender de una manera más diáfana el alcance de la presente investigación, se hace necesario precisar cuál es el rol que tiene la víctima, no solamente en el proceso penal, sino más aun, qué finalidad tiene la acción penal de cara a los derechos de las víctimas; por lo anterior, es pertinente señalar que en el ordenamiento procesal penal colombiano se hace mención de la víctima desde la ley 94 de 1938.

En otrora, la actividad de la víctima se limitaba a actuar como querellante en el proceso, es decir, simplemente la de poner la respectiva denuncia sin que se le facultara para intervenir de alguna otra manera, salvo el desistimiento, pero con el consentimiento del denunciado. Similar situación se observa en los Decretos Ley 1345 de 1970, 409 de 1971, 050 de 1987, 2700 de 1991 y las Leyes 81 de 1993, 600 de 2000 y 906 de 2004.

Lo anterior no quiere decir que la víctima no pudiera actuar de manera activa dentro del proceso en aras de procurar el resarcimiento de los perjuicios causados con la conducta punible, sino que para ello debía entonces constituirse a través de apoderado en parte civil como se dispuso hasta la Ley 600 de 2000 (Gaviria, 2011).

No obstante, no fue hasta la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 que fue delimitado su concepto y alcance, en donde se precisó, bajo el artículo 132, que

*Se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o*

*colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto.*

*La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con este.*

Con la expedición del acto legislativo 06 de 2011, se reformaron los artículos 235 numeral 4º, 250 y 251 numeral 1º de la Constitución Política y se incluyó la posibilidad de que el legislador le asignara el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación.

Se señaló en su momento en la exposición de motivos que la reforma tenía 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...lo que como ya se advirtió generará descongestión, mayores niveles de acceso a la justicia y reducción de la impunidad”*<sup>1</sup>.(Subrayas fuera de texto)

Dicha reforma constitucional permitió la expedición de la Ley 1826 de 12 de enero de 2017, que establece la figura del acusador privado y fija un procedimiento penal abreviado, creando una figura novedosa en el ordenamiento procesal penal colombiano de la que nos ocuparemos en el presente trabajo, de manera específica en cuanto hace al otorgamiento o no de la facultad de disposición penal cuando de mecanismos de terminación anticipada del proceso se trata.

Ahora, descendiendo a las concepciones doctrinales, se tendrá en cuenta lo dicho en torno a los derechos de las víctimas al interior del proceso penal colombiano, en donde, desde ya, se señala que son varias las instituciones jurídicas que con ellos

---

<sup>1</sup>.- Gaceta del Congreso número 206 de 27 de abril de 2011.

se relacionan; dentro de las cuales encontramos el ámbito del principio acusatorio, que precisamente, en palabras del profesor Urbano, comprende:

*(...) el despliegue institucional necesario para atender los derechos de las víctimas, ya que éstas deberán sortear la oposición de la defensa y que sobre ellas deberán extender su rol funcional tanto los jueces de control de garantías como los jueces penales de conocimiento (Urbano, 2015)*

Por lo tanto, tal como se precisó anteriormente, el derecho penal aparte de cuidar los derechos fundamentales del procesado “cuida de los intereses de ese otro importante protagonista de la actuación que es el ofendido o sus herederos” (Saray, 2016).

De esta manera, el profesor Poveda, ha señalado que aquella concepción del proceso penal en la que solamente existía un papel protagónico para el imputado quien debía defenderse a ultranza de la Fiscalía para evitar la imposición de una pena quedó en el pasado, toda vez que hoy en día ha cobrado también una importancia, para nada despreciable, el rol de la víctima, quien se encuentra

*(...) presente en la actuación tanto para buscar una satisfacción material como para exigir responsabilidades, porque sus derechos son actuales y vigentes en busca de justicia, de donde se sigue que resulta imperativo para los administradores de justicia tomarlas en serio dentro de los procesos judiciales (Poveda, 2014)*

Ahora, precisamente, la honorable Corte Constitucional, en la sentencia C-228 del año 2002, ha señalado que la víctima, dentro de los múltiples derechos que tiene al interior del proceso penal, tiene unos derechos especiales, que se constituyen en la finalidad del actuar de la víctima al interior del proceso penal. Estos son: verdad, justicia y reparación; y a ellos, precisamente, va anclada la finalidad de la acción penal, desde la perspectiva de la víctima (Corte Constitucional, 2002)

En tal sentido, definió el profesor Nelson Saray, a partir de las diferentes fuentes internacionales y nacionales del derecho que el derecho a la verdad ha sido reconocido de manera nacional e internacional bajo dos dimensiones, una de ellas individual, conocida como el derecho a saber; y otra colectiva, conocida como el derecho inalienable a la verdad y el deber de recordar; precisando que “los estados deben garantizar el derecho a saber para lo cual pueden tomar medidas judiciales y no judiciales como la creación de comisiones de la verdad” (Saray, 2016).

Por otro lado, frente al derecho a la justicia, como componente integral de la víctima en el proceso penal, señaló que es una garantía que impone al estado la obligación de investigar, juzgar y condenar, bajo penas adecuadas, a los responsables de las conductas delictivas y evitar la impunidad. Señala a su vez, que esta obligación implica cuatro elementos:

- La creación o adecuación de mecanismos judiciales idóneos para llegar al descubrimiento de los hechos punibles y la respectiva condena del o de los responsables.
- La obligación de investigar cada uno de los temas relacionados con las graves violaciones de los derechos humanos
- Que el Estado garantice a las víctimas un acceso a un aparato judicial eficaz y efectivo, sin dilaciones que lleguen a impedir la realización de la justicia. (Subrayas fuera del texto).
- El deber del Estado de respetar cada una de las garantías del debido proceso, sin incurrir en arbitrariedades o parcializaciones.

Por último, frente al componente de la reparación, se ha precisado que éste hace parte o se deriva de un enunciado o principio general del derecho según el cual, el responsable de un daño debe repararlo o compensarlo; de esta manera se entiende que el derecho a la reparación de la víctima no es un componente exclusivo de un sistema penal, sino que se deriva como una consecuencia lógica al haber incurrido en una de las fuentes tradicionales de la generación de obligaciones (Hinestrosa, 2015)

Por tal razón, puede concluirse que la víctima, concebida como un agente especial al interior del proceso penal, no solamente busca una finalidad punitiva – querer prevaleciente de la Fiscalía General de la Nación – sino que además de ello, su actuar se encuentra guiado teleológicamente a la consecución de los componentes de verdad, justicia y reparación, con los aspectos y subcomponentes que ya se vio anteriormente; es por ello que, como se verá, el proceso penal debe estar compuesto de ciertos elementos mínimos que sirvan como presupuesto para brindar la potencialidad de obtener tales finalidades.

#### **d. Presupuestos necesarios para la satisfacción de tal finalidad.**

Ahora, vista la dirección hacia la cual apunta el proceso penal, desde la óptica de la víctima surge un cuestionamiento clave para la continuidad del presente ejercicio académico: ¿Qué se requiere para que los anteriores fines tengan la potencialidad de ser conseguidos?

Antes de continuar es necesario realizar una salvedad frente al uso del término “potencialidad” (Nino, 1983); toda vez que tratándose este escenario de una investigación jurídica, mal podría cuestionarse sobre qué se requiere para que tales finalidades se consigan, debido a que factores como las cualidades intelectivas, morales, emocionales y hasta económicas de cada una de las partes deberían ser analizadas, y esto correspondería a una esfera de investigación diferente a la

delimitada de manera inicial; por ende, como se trata de analizar el marco normativo en virtud de precisar cuál es la regulación requerida, para que, en condiciones ideales el resultado perseguido sea obtenido, se hablará de potencialidad (García, 1994).

Hecha la anterior salvedad, entonces resulta forzoso concluir que los presupuestos necesarios para el potencial cumplimiento de la finalidad de la acción penal desde la perspectiva de las víctimas se encuentran dados en un escenario ideal en la reglamentación jurídica del proceso penal que permita ver realizados cada una de las finalidades anteriormente descritas.

De esta manera entonces, frente al componente verdad, se hace necesario contar con un sistema jurídico – normativo que garantice los principios de investigación objetiva, plena e integral, que permitan la contradicción probatoria bajo un marco de producción reglamentada y valoración libre de los elementos de convicción allegados por las partes; así como un escenario legislativo que garantice el acceso de los diversos actores del proceso penal, dándole las herramientas necesarias tanto a la Fiscalía, la víctima y la defensa para que aporten al proceso la mayor cantidad de conocimiento pertinente posible; posibilitando bajo el entendido de un sistema penal acusatorio, una libertad en las investigaciones lideradas por cada una de las partes, en las que el sistema judicial, y más aún, la configuración legislativa no se convierta en una limitante, más allá de la que implica el estricto respeto a los derechos fundamentales de los asociados.

Por otro lado, en cuanto al componente, o la finalidad “justicia”; tendrá como presupuestos legislativos necesarios para su potencial realización, la garantía del acceso directo a la justicia, principalmente, en el caso penal, por parte de las víctimas quienes, junto a la sociedad en general, tienen la mayor legitimidad en reclamar al Estado la materialización del derecho sustancial en una sentencia

condenatoria frente a quienes vulneraron el o los bienes jurídicamente tutelados que tenían bajo su custodia; así mismo se requiere, con mayor razón, un sistema judicial eficaz, que se encuentre consagrado, legislativamente, para evitar las dilaciones injustificadas, así como las congestiones que puedan presentarse en los diferentes escenarios procesales, que suelen conducir a figuras como vencimiento de términos y la desconcentración procesal, las cuales, sin lugar a duda, afectan gravemente a quien acude ante la justicia para buscar una eficaz resolución de sus conflictos.

Por último, en cuanto a la reparación, es necesario tener en cuenta que como esta ocurre como consecuencia natural y jurídica de la comisión de una conducta punible, previo accionar de la víctima, solo requiere de un escenario ideal para su reclamación por vías civiles, ya sea al interior del proceso penal o por fuera de él; atendiendo a criterios de celeridad y concentración; sin dejar de lado, evidentemente, que como requisito *sine qua non* para la ocurrencia de la reparación se requiere, al menos dentro del trámite ordinario de la justicia penal – se excluye la JEP- de una sentencia condenatoria al interior de un juicio público, con intermediación y con el cumplimiento de todas las garantías procesales, en el que se le haya vencido en juicio a la parte acusada.

#### **4. Facultades del acusador privado al interior del proceso penal abreviado bajo el marco de la Ley 1826 de 2017**

Una vez vistos los insumos o presupuestos necesarios para la potencial obtención de los fines del proceso penal desde la perspectiva de la víctima, se hace necesario entrar a realizar una descripción del procedimiento penal que se regula en la Ley 1826 de 2017; por lo que en el presente capítulo se buscará primero, describir cual es la estructura procesal que el legislador determinó para el procedimiento penal abreviado en Colombia, y su comparación con el proceso penal – ordinario – regido por la Ley 906 de 2004; segundo, realizar una breve disertación sobre si realmente

con la entrada en vigencia de la Ley 1826 se está privatizando la acción penal; y por último, se describirán las facultades con las que cuenta el acusador privado a partir de la mencionada Ley.

**a. Estructura del proceso penal abreviado creado por la Ley 1826 de 2017**

A fin de realizar la descripción más acorde a la realidad jurídica posible sobre cómo se encuentra estructurado el procedimiento penal abreviado bajo el marco de la Ley 1826 de 2017, se tomarán como referentes, tanto la regulación establecida en el articulado de la mencionada normatividad como las disposiciones y manuales que sobre ésta han presentado los diferentes sectores de la doctrina e inclusive la Fiscalía General de la Nación en el ejercicio de sus facultades.

De esta manera, se muestra como necesario, en un primer momento, recordar la estructura que, de ordinario, posee el proceso penal con tendencia acusatoria, originalmente reglamentado por la Ley 906 de 2004 para contrastarla con el procedimiento abreviado y destacar sus diferencias.

Así, el proceso penal reglamentado originalmente por la Ley 906 de 2004, al cual nos referiremos en lo sucesivo como ordinario goza de dos grandes etapas: la investigación y el juicio; la primera de ella dividida a la vez en las denominadas etapas de investigación previa o preliminar, y la investigación propiamente dicha, que empieza con el acto de comunicación de cargos, en la llamada de formulación de la imputación, en donde el fiscal comunica al indiciado, los hechos jurídicamente relevantes por los cuales va a ser investigado y su adecuación en algunos de los tipos penales.

Con posterioridad y una vez concluida la investigación nace la etapa del juicio, dividida por el legislador en tres audiencias, denominadas acusación, preparatoria y juicio oral. La primera de ellas, se ha venido considerado tanto por la doctrina colombiana como por la jurisprudencia como un acto complejo, el cual resulta de la suma – hipotética – de la presentación del escrito de acusación y la realización de la audiencia, en la cual se le dará lectura y se seguirán con los pasos previamente estipulados; en el mencionado escrito, el fiscal deberá precisar la individualización concreta del acusado, la relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, relación de los bienes y recursos afectados bajo la figura del comiso, el descubrimiento de los medios de conocimiento que pretenderá hacer valer en juicio o que resultaron como producto de la investigación, entre otros datos.

Posteriormente, en la audiencia de la formulación de la acusación, las partes tendrán la oportunidad de solicitar o hacer ver al juez de conocimiento solicitudes de incompetencia, nulidad, recusaciones e impedimentos; así como las aclaraciones que sean necesarias al escrito de acusación previamente presentado, y trasladado; posteriormente, según lo establece el artículo 340 del Código de Procedimiento Penal, el juez reconocerá la calidad de víctima a quien le corresponda y a su representación legal en caso de que la hubiera.

Una vez realizada a cabalidad la audiencia de acusación, es decir cumplido jurídicamente el acto a través del cual el ente acusador establece las circunstancias fácticas y jurídicas sobre las cuales soportará su teoría del caso, se seguirá el trámite pertinente con la realización de la audiencia preparatoria, que abre una segunda oportunidad para que el acusado asuma su responsabilidad accediendo a un beneficio de disminución punitiva. El Defensor deberá realizar el descubrimiento probatorio correspondiente; acto seguido, la Fiscalía enunciará los medios de conocimiento que ha obtenido a lo largo de su investigación, igual lo hará la defensa; posteriormente la Fiscalía presentará la solicitud de los medios de conocimiento que hará valer en juicio, cumpliendo con las cargas argumentativas de conducencia,

pertinencia, admisibilidad y utilidad, lo cual deberá hacer, de igual manera, la defensa; por último, la Fiscalía presentará las oposiciones que considere pertinentes frente a la solicitud realizada por la defensa, y en igual sentido, la defensa presentará las oposiciones que considere pertinentes frente a las solicitudes elevadas por la Fiscalía.

Por último, una vez agotada la anterior audiencia, se dará inicio a la denominada audiencia de juicio oral, - última oportunidad para que se acepte la responsabilidad por el acusado -, en donde la Fiscalía deberá presentar su teoría del caso o alegato inicial, a su turno, la defensa, podrá disponer hacer lo mismo o guardar silencio; continuará con el debate probatorio en la forma dispuesta por el régimen procesal penal, y se concluirá con las alegaciones finales y el sentido del fallo; posteriormente vendrá la audiencia de individualización de la pena y lectura del fallo en caso de que el sentido del mismo hubiese sido condenatorio.

Ahora, habiéndose expuesto a grandes rasgos el sistema proceso penal colombiano previsto en la Ley 906 de 2004; se hace necesario describir cómo funciona el esquema del procedimiento penal abreviado y así destacar cuáles han sido los cambios más notorios y drásticos en el mismo.

De esta manera, la reglamentación de la Ley 1826 de 2017, ha mutado considerablemente la tradicional estructura que se acaba de describir a groso modo, que si bien contiene similitudes, presenta una estructura diferente en harás de hacer más expedito el proceso penal: Así, se inicia, evidentemente, con una noticia criminal, ya sea una denuncia o una querrela; posteriormente, luego de surtidos los actos de investigación previa, se llega al denominado traslado del escrito de acusación; en el cual el fiscal, debe consignar todos los datos del escrito de acusación anteriormente señalado, con la gran diferencia, que en este caso, no lo presentará al Despacho del juez, sino que será puesto de presente en una reunión

privada por el Fiscal al procesado y su defensor – hasta el momento indiciado – entendiéndose que con este se surte el acto de imputación del proceso que hemos denominado ordinario.

En el mismo sentido, señaló el legislador que aparte de los requisitos formales con los que debe contar el escrito de acusación, se hace necesario incluir la siguiente información: la indicación del juzgado competente para conocer la acción, la prueba sumaria que acredite la calidad de la víctima y su identificación, la indicación de la posibilidad de allanarse a los cargos, y la orden de conversión de la acción penal de pública a privada, de ser el caso.

Por lo tanto, una vez se surta el traslado del escrito de acusación a las partes, incluso a la víctima, el fiscal deberá presentar el escrito ante el despacho señalado, y solicitar a la vez que se fije la fecha y hora a fin de celebrar la siguiente audiencia, ya no la de acusación, sino la audiencia concentrada, que como se verá no resulta ser más que la unión procesal entre la audiencia de acusación y la audiencia preparatoria.

En esta audiencia se hará el reconocimiento de la calidad de víctima, precisándose que en los eventos en que la acción penal la ejerza el denominado acusador privado, esta tendrá que ser reconocida de manera preliminar con la orden de conversión emitida por la Fiscalía y posteriormente, de manera definitiva en esta diligencia; de igual manera se expresarán las causales de impedimento, recusaciones, nulidades, aclaraciones al escrito de acusación y demás; continuándose íntegramente con el trámite previsto para la audiencia preparatoria; con la salvedad que, por obvias razones, en el presente trámite, efectivamente se le concedió a la víctima la posibilidad de realizar solicitudes probatorias, atendiendo a la figura del acusador privado, cuya regulación será posteriormente estudiada.

Así mismo, en el presente trámite se dispuso que el juzgador deberá pronunciarse sobre todos los aspectos solicitados en la misma providencia; lo que quiere decir que en caso de haberse presentado solicitud de nulidades, y posteriormente solicitudes probatorias, el juez deberá diferir su decisión para tomar ambas en una misma providencia; lo que sin lugar a dudas impone una carga procesal al juez quien deberá verse desgastado innecesariamente al enfrentarse a una decisión de nulidad que deba decretar, habiendo ya evacuado la totalidad de las solicitudes probatorias.

Una vez concluida esta diligencia, se dará paso a la fijación de la audiencia de juicio oral, la cual se seguirá de manera idéntica a la reglamentación ya establecida en la Ley 906 de 2004, a excepción de lo dispuesto en el artículo 447, debido a que en esta legislación se creó la figura del traslado de la sentencia, la cual, básicamente consiste en que finalizado el juicio oral, el juez tendrá el deber de dictar el sentido del fallo y proferir la sentencia respectiva en un término no mayor a diez (10) días, la cual deberá notificarse en su despacho, previo llamamiento a las partes por parte del juez; entendiéndose surtidas las respectivas notificaciones en caso de la no comparecencia injustificada de alguna de las partes, incluyendo el acusado.

Ahora, culminada la explicación del proceso penal abreviado, y al contrastarlo con el trámite del, por nosotros denominado, proceso penal ordinario, se encuentran las siguientes novedades o diferencias; en primer lugar, se eliminó la audiencia de formulación de la imputación, dejando en pie el acto de imputación, el cual, como se vio, se entiende surtido con el traslado del escrito de acusación, ahorrándose con tal actividad una cantidad de tiempo considerable, sin olvidar las diversas congestiones de los jueces municipales con funciones de control de garantías, quienes tenían bajo su competencia tal diligencia; así mismo, se permitió a la víctima ejercer el derecho a elevar al despacho solicitudes probatorias; obedeciendo a la sistemática que lleva consigo la implementación del acusador privado, toda vez que en adelante será este quien ejerza directamente la persecución penal; así mismo, se unieron en una sola, las audiencias de acusación y preparatoria, bajo la

denominación de audiencia concentrada, en donde todas las solicitudes elevadas al despacho, desde el inicio hasta el fin de la misma, deberán ser resueltas por el juzgador, como ya se dijo, en una sola providencia; y por último, se implementó el sistema del traslado de la sentencia con el cual se logra eliminar, la diligencia contemplada en el artículo 447 de la Ley 906.

Por último, habiéndose descrito cabalmente el actual modelo de juzgamiento penal bajo la figura del procedimiento penal abreviado debe pasarse a una de las cuestiones fundamentales de esta investigación y es precisamente el carácter “privado” de la acción penal, al interior del proceso penal abreviado.

#### **b. ¿Se privatiza la acción penal con la Ley 1826 de 2017?**

A pesar de que parece una pregunta superflua al interior de un trámite que precisamente lleva por título “acusador privado” ha ocasionado múltiples controversias, principalmente al interior de la Corte Constitucional, en donde se ha decidido ahondar profundamente en el carácter deóntico de la acción penal, lo cual cobra vital relevancia con la llegada de la Ley 1826, la cual, precisamente lleva como título segundo: de la acción privada.

Tal consideración haría suponer entonces que hay una parte de la administración de justicia, de aquel concepto de acción que al inicio de esta investigación se vio como de carácter público que se ha privatizado y si se quiere, que ha sucumbido a los intereses de los actores privados.

No obstante, tal no es el evento que acaece en la reglamentación colombiana, toda vez que tal y como lo ha precisado el Instituto Colombiano de Derecho Procesal en

la intervención que realizara en la sentencia de constitucionalidad C-016 de 2018, las normas que consagran la institución del “acusador privado”

*no privatizan la justicia penal, toda vez que (i) la administración de justicia sigue en cabeza de la jurisdicción penal; (ii) el ejercicio de la acción penal por el acusador privado es de naturaleza transitoria; y (iii) la Fiscalía conserva la titularidad preferente de la acción penal, por lo que podrá revertir la decisión de conversión y retomar el ejercicio de la función acusatoria. Finalmente, reitera que las disposiciones demandadas no riñen con los mandatos constitucionales contenidos en el parágrafo 2º del artículo 250 Superior, introducido por el Acto Legislativo 6 de 2011, sino que los desarrollan.*

Así pues, tal fue el acierto de la aseveración presentada por los miembros del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, que líneas más adelante la Corte expone como *ratio decidendi* el siguiente argumento:

*Además, la Ley 1826 de 2017 no privatiza la administración de justicia, ni la persecución penal. La norma “hace alusión de privado al nomen iuris de la institución creada por el legislador”, pero, en su construcción legal, se observa que la víctima y su representante toman características especiales de la función pública, ejercida, en este escenario, de forma transitoria. No se trata entonces de un ejercicio privado de la administración de justicia o la persecución penal, pues este ejercicio depende de manifestaciones concretas de autoridades estatales, como el juez de control de garantías, de modo que esta preserva su naturaleza pública. Además, la previsión legislativa obedece a la ampliación progresiva de los derechos de las víctimas, para que esta utilice cauces institucionales para obtener justicia; la “posibilidad de impulsar [el proceso] a través de una participación más acusatoria”, siempre con el concurso de autoridades públicas encargadas de la verificación de la verdad material. (Corte Constitucional, 2018)*

De forma adicional al argumento anterior, se tiene que el Profesor Carlos Andrés Guzmán Díaz ha realizado una prolija enunciación de los principios que rigen, la acusación particular, desde los cuales, a través de una hermenéutica sistemática, se asoma como clara la posición de la Corte Constitucional.

En tal sentido, el profesor Guzmán señala que son siete los principios que rigen la acusación privada; siendo el primero de ellos el principio de ausencia de interés público, es decir que el proceso penal abreviado se ocupa, principalmente de delitos que se estiman como menos graves, acudiéndose al concepto de bien jurídico para tal consideración, teniendo en cuenta la entidad del mismo y la gravedad de la lesión o puesta en peligro sufrida; en igual sentido, se hace alusión a que “debe decaer el interés público en ejercer la acción penal, al punto que la posibilidad de realizar la conversión, es decir, la modificación de una acción pública en una acción particular, está radicada en la Fiscalía” (Guzmán, 2017).

Así mismo concurre el principio de interés subjetivo, explicado como un criterio que indica que solo puede ejercer la acción penal quien se considere víctima de un delito, a través de un abogado o un estudiante de consultorio jurídico; en otras palabras, quien de manera directa ve su bien jurídico afectado con la conducta penal.

El tercer principio, enunciado es el de voluntariedad; que básicamente indica que la víctima puede desistir tanto del ejercicio de la acción penal, como del interés de continuar por sus medios con la investigación, devolviendo tal competencia a la Fiscalía General de la Nación.

En el mismo sentido enuncia el principio de ejercicio estatal preferente, que puede entenderse como la permanencia en el ente acusador, del interés prevalente para

el ejercicio de la acción penal, a pesar de haberse delegado en el acusador privado la acción penal, pues la Fiscalía en cualquier momento, podrá revertir la conversión de la acción.

Como quinto principio señala el de fragmentariedad reforzada, el cual se configura mediante la premisa de que “no es posible ejercer la acción particular cuando quien ordinariamente realiza dicha acción, esto es, el Estado a través de la Fiscalía General de la Nación (art. 66 CPP), ha considerado que el hecho no reviste características de delito (Corte Constitucional, sentencias C-591/05 Y C-1154/05)” haciendo énfasis en las referencias jurisprudenciales que se han encargado de exponer las figuras de terminación anticipada del proceso como el archivo y la preclusión (Guzmán, 2017).

Como sexto principio menciona el de reserva judicial de imposición de la pena, que hace referencia de manera expresa a que “no puede considerarse vagamente que la figura del acusador privado constituye una privatización de la justicia” explicando que lo que verdaderamente ocurre con la figura del acusador privado es una pérdida parcial del monopolio del ejercicio de la acción penal, no obstante, la facultad punitiva jamás fue delegada, toda vez que sigue en cabeza del estado a través del órgano judicial, representado en los jueces y magistrados penales.

Por último, el principio acusatorio, que ordena una clara separación entre quien investiga y quien juzga; concluyendo de tal afirmación que las causales de impedimento y recusación, son también aplicables en la figura del acusador privado, tanto frente al juzgador, como entre las mismas partes.

Por lo tanto, es forzoso concluir que la acción penal en realidad no se ha privatizado, sino que, muy por el contrario, se le ha dado la oportunidad a los abogados privados,

para que en defensa de los intereses de las víctimas, ocupen momentáneamente un rol público; así lo que en un principio se mostraba como un paso de una institución pública a lo privado, no es más que la permisión de agentes privados, de ocupar, momentáneamente, el rol de funcionario público.

Aunado a lo anterior, puede confrontarse firmemente si se quiere con las responsabilidades a las que tiene lugar el acusador privado, las cuales han sido explícitamente indicadas en el inciso final del artículo 29 de la mencionada ley, la cual señala que “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”.

Así mismo, es fácil observar que el legislador en ningún momento tuvo la intención de sustraer la titularidad de la acción penal a la Fiscalía, lo que puede evidenciarse de varios elementos, como por ejemplo, que la Fiscalía General de la Nación es la encargada de decidir si es procedente o no la conversión al acusador privado, y de igual manera, goza de un poder discrecional para revertirla.

Como conclusión, se tiene que la acción penal no se privatizó con la entrada en vigencia de la Ley 1826 del año 2017, sino que abrió la posibilidad jurídica para que la Fiscalía, quien la sigue detentando, pudiera delegarla, en ciertos casos particulares y bajo el cumplimiento de ciertos requisitos indispensables; en tal sentido, la acción mal podría decirse que ha salido de la esfera de protección y ejercicio estatal; sino que por el contrario, fue bajo criterios de descongestión, celeridad y priorización, que se decidió abrir puerta a los intereses particulares, bajo la subordinación de los públicos.

### **c. Facultades del acusador privado otorgadas por la Ley 1826 de 2017**

Ahora, una vez resuelto el aparente dilema sobre la privatización de la acción penal en el sistema penal regido por el procedimiento penal abreviado, es necesario describir cuáles fueron las facultades de las que dotó el legislador a los acusadores privados para el ejercicio de esta función; esto con el fin de contrastarlas en el capítulo siguiente con las finalidades que persigue la víctima al interior del proceso penal colombiano; lo anterior, para lograr establecer un criterio de suficiencia entre unas y otras, cumpliendo así con el objetivo principal de esta investigación.

Así, lo primero que debe señalarse es que en los casos en los que exista pluralidad de víctimas surge una situación realmente particular, y es que solamente podrán solicitar la designación de un abogado por todas las víctimas, y esto, siempre y cuando la totalidad de estas estén de acuerdo en solicitar la conversión a la acusación privada; toda vez que, de lo contrario, se quedará en cabeza de la Fiscalía el ejercicio de la acción penal.

Seguidamente, la Ley señala que el titular de la acción privada gozará de las mismas facultades de las que goza la defensa, garantizándose con esto la igualdad de armas en el proceso penal; por lo tanto, es necesario entonces remitirse a las facultades investigativas de la defensa; las cuales han sido claramente consagradas en el capítulo VI del texto original de la Ley 906, el cual precisamente, lleva por nombre "Facultades de la defensa en la investigación".

En tal acápite, se prescriben algunos actos investigativos que se le permiten practicar a la defensa, dentro de estos se encuentran; en la etapa previa a la imputación: el acto de buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los

elementos materiales probatorios, así como hacerlos examinar por un perito, ya sea a su costa o por parte de la policía judicial; así mismo, una vez adquirida la calidad de imputado, este podrá, a través de su defensor, tanto realizar los actos anteriormente descritos como practicar las entrevistas que considere necesarias para la elaboración, construcción y sostenimiento de su teoría del caso; así como practicar las declaraciones juradas ante alcaldes, inspectores o notarios, según sea el caso, a efectos de conservar las exposiciones que considere la defensa de gran utilidad; y por último, tendrá la posibilidad de realizar o solicitar ante los jueces de control de garantías, la práctica de la denominada prueba anticipada, siempre y cuando, se cumpla con los requisitos básicos y objetivos de su procedencia.

Ahora, es necesario precisar la razón por la cual se hace referencia a las facultades investigativas de la defensa al interior de este acápite, toda vez que el lector podrá considerar que no tienen relación cuando del análisis de las facultades investigativas del acusador privado se trata; no obstante, las de la defensa se consideran una remisión expresa realizada por el artículo 34 de la Ley 1826, al indicar que el titular de la acción penal privada tendrá las mismas facultades investigativas que la defensa.

Nótese entonces, de lo anterior, dos aspectos de primordial pertenencia; el primero de ellos se refiere a que el legislador no previó para el acusador privado las *mismas facultades investigativas* que para la Fiscalía, sino que por el contrario, limitó su actuar a la realización y autorización de las facultades investigativas de la defensa; aspecto, que más adelante será analizado con detenimiento; y segundo, que evidentemente existen entonces unos límites investigativos que el acusador privado no podrá ejercer pero que la Fiscalía sí; y estos fueron desarrollados explícitamente a través de una prohibición expresada en el inciso segundo del artículo 34 de la Ley objeto de nuestro estudio.

Allí se excluyeron de los actos que podría realizar el acusador privado de manera directa, la interceptación de comunicaciones, las inspecciones corporales en el curso de una investigación, los registros y allanamientos, el acto de vigilancia y seguimiento de personas, el acto de vigilancia de cosas, las entregas vigiladas, las diligencias de los agentes encubierto, la retención de correspondencia y recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones.

Lo anterior no significa que el acusador privado no pueda valerse de tales actos de investigación, toda vez que aún el legislador previó que, si bien estos actos le estaban vedados para su la realización autónoma, este podrá elevar una solicitud expresa, con el lleno de ciertos requisitos a la Fiscalía, quien aún posee la facultad de ejercerlos dentro del proceso tramitado bajo la figura del acusador privado.

De esta manera, según este denominado apoyo investigativo, se deja en claro que, como premisa general se debe entender que una vez se haya realizado la conversión de la acción penal, de pública a “privada”, tanto la investigación como la acusación corresponderán al acusador privado; no obstante, cuando en curso de tal investigación éste se encuentre en la necesidad de realizar un acto investigativo complejo, como los enunciados anteriormente, deberá seguir un protocolo establecido para la obtención de la información la que se obtendrá de manera directa por la Fiscalía General de la Nación.

Es de advertir frente a lo señalado en cuanto a estos actos de investigación que conforme lo dispone el artículo 35 de la Ley 1826, no es regla general la procedencia de tal apoyo investigativo, sino que el mismo procede de forma excepcional, pero **sin que se fijen los criterios de excepcionalidad para su procedencia**, es decir, **no se determinan cuáles son los criterios que se deberán cumplir para solicitarlos**.

Ahora, una vez verificada tal excepcionalidad, sobre la que se reitera, no hay claridad al respecto, el acusador privado queda facultado para solicitar la autorización de la realización de los actos complejos, pero esta, no deberá dirigirse a la Fiscalía delegada para el caso en concreto, sino a un juez de control de garantías; quien previa verificación de los requisitos objetivos de procedencia del acto investigativo solicitado, la proporcionalidad frente al derecho afectado y la urgencia del acto; si lo encuentra procedente ordenará la coordinación de su realización; pero esta orden no va dirigida al acusador, sino que será dirigida a la Fiscalía, quien tiene la facultad de intervenir en el proceso guiado por el acusador privado, en esta oportunidad.

Por lo anterior, es dable concluir que la autorización que otorga el juez de control de garantías no permite que el acusador privado realice las diligencias anteriormente señaladas, sino que le permite disfrutar de la obtención de dicha información; con la salvedad que la coordinación de estas, así como los trámites internos que en ellas deba surtirle le quedarán vedados, y solo podrán realizarse por la Fiscalía correspondiente.

Así ha hecho hincapié el legislador, al precisar que la ejecución del acto complejo de investigación solamente podrá estar a cargo de la Fiscalía General de la Nación, impidiendo que, quien está dirigiendo la acusación y persecución de una conducta punible – el acusador privado – sea quien ejecute de manera directa el acto investigativo en que sirve como elemento fundamental para la consecución satisfactoria del mismo; y es necesario señalar que este acto investigativo es fundamental para el desarrollo metodológico de la investigación, porque así puede deducirse de los criterios necesarios para su procedencia; recuérdese que este procede de manera excepcional, siempre y cuando se cumplan los requisitos de urgencia, utilidad y proporcionalidad, lo que de antemano, hace concluir que si se

aprobó la utilización de la prueba, es porque esta es fundamental para la investigación llevada por el acusador privado.

Ahora ¿qué ocurre cuando el fiscal ha terminado de coordinar el acto investigativo y obtuvo la información producida por este? Según la regulación actual, es el mismo fiscal quien deberá acudir, nuevamente ante el juez de control de garantías a efectos de realizar el control posterior lo cual tiene sentido, toda vez que el acusador privado no intervino en el acto de investigación.

Por ende, una vez que el acto se haya legalizado – en caso de que así sea – la información, evidencia o elemento material probatorio recaudado, serán puestos a disposición de quien detente la posición de acusador privado, con el riguroso respeto de los protocolos correspondientes a la cadena de custodia; advirtiéndose, además que toda la información que haya sido recaudada bajo estos cánones procedimentales, gozará de absoluta reserva, por lo cual, el acusador privado tiene vedado divulgar tal información a terceros o utilizarla para finalidades diferentes a las del ejercicio de la acción penal.

Ahora, a pesar de las limitantes anteriormente señaladas, el legislador le otorgó al acusador privado la libertad para solicitar la implementación de medidas de aseguramiento privativas de la libertad, en caso, claro está, que fueren procedentes y se estimen pertinentes por el acusador.

Por último, el legislador ha fijado un mecanismo realmente interesante en cuanto a la satisfacción y reparación de la víctima se refiere, y tiene que ver con la figura de la reparación integral, la cual en el procedimiento penal abreviado, ya no tendrá que presentarse, como suele hacerse en escenarios de normalidad, cuando culmine el proceso penal ordinario con sentencia condenatoria; sino que se le permite al

acusador privado formular la pretensión de reparación dentro del mismo traslado del escrito de acusación; realizándose la debida aclaración según la cual, el acusador privado tiene el deber de descubrir todos aquellos elementos de convicción que pretenda hacer valer para acreditar la existencia y la cuantía del daño causado con el injusto penal.

## **5. El alcance de las facultades otorgadas al acusador privado al interior del proceso penal abreviado frente a las finalidades de la acción penal**

Ahora bien, en el presente capítulo se realizará una comparación entre las facultades de las cuales dotó el legislador a la figura del acusador privado en Colombia, contrastándolas con las finalidades de la acción penal, vistas desde la perspectiva de la víctima analizadas en capítulos anteriores.

De esta manera, se hace necesario entonces resumir, cuáles son las facultades primordiales y novedosas que trae consigo la figura del acusador privado regulado por la Ley 1826; a fin de, una vez resumidas y precisadas nuevamente, las finalidades de la acción penal desde la víctima, realizar un análisis de cual se puedan extraer finalmente, si las primeras cuentan con un alcance suficiente para la consecución de las segundas.

### **a. Breve enunciación de las facultades de la víctima y sus derechos**

Así, debe señalarse que las facultades de las cuales el constituyente derivado ha dotado a quien ejerza las funciones de acusador privado en Colombia actualmente, pueden resumirse, o postularse de la siguiente manera:

- i) El rol del acusador privado se encuentra facultado para actuar, siempre y cuando, sea procedente por los requisitos objetivos establecidos en la

Ley, y en caso de existencia de pluralidad de víctimas, todas estén de acuerdo en su designación.

- ii) El acusador privado se encuentra facultado para ejercer los mismos actos investigativos que la defensa.
- iii) El acusador privado, de forma directa, tiene prohibido realizar la interceptación de comunicaciones, las inspecciones corporales en el curso de una investigación, los registros y allanamientos, el acto de vigilancia y seguimiento de personas, el acto de vigilancia de cosas, las entregas vigiladas, las diligencias de los agentes encubierto, la retención de correspondencia y recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones.
- iv) Estos llamados *actos complejos de investigación* tendrán que ser autorizados por el juez de control de garantías, quien permitirá su realización, pero solo por parte de la Fiscalía General de la Nación, en cabeza de quien tenga la competencia para realizarlo.
- v) El acusador privado no puede intervenir en la ejecución del acto investigativo complejo, limitándose a recibir el producto final de este, posterior a su legalización ante un juez de control de garantías.
- vi) El acusador privado tiene la facultad de solicitar, directamente, la imposición de medidas de aseguramiento, tanto privativas como no privativas de la libertad.
- vii) El acusador privado, tiene la potestad – obligación de elevar su pretensión reparatoria junto con el escrito de acusación, evitando así la dilación temporal que conlleva la espera a la ejecutoria de la sentencia condenatoria, pudiéndose resolver en la misma sentencia.

Ahora, vistas e individualizadas cada una de las facultades especiales con las que cuenta el acusador privado, bastará con señalar que las finalidades del proceso penal, desde la óptica de la víctima pueden traducirse en la consecución satisfactoria de los criterios de verdad, justicia y reparación; entendiendo entonces la verdad, como la garantía de un buen aparato epistemológico, que sirva como medio ideal y garante de la suficiencia probatoria, a fin que la *verdad procesal* no diste radicalmente de la denominada *verdad verdadera*; así mismo, la justicia viene, seguidamente con emisión de una sentencia que sea el inequívoco resultado de un proceso llevado bajo el pleno de todas las garantías, así como de adelantado bajo plazos razonables, en los cuales la sentencia arribe a solventar un problema jurídico y social inmediato y no se convierta en una carta de triunfo vacía y efímera; y por último, la reparación, a la vez depende, del cumplimiento de los dos anteriores criterios, toda vez que con un recaudo probatorio defectuoso, en el que la desconcentración procesal a primado, es sumamente improbable la consecución de una sentencia justa y por lo tanto, una reparación debida.

#### **b. Las facultades del acusador privado frente a la finalidad del proceso penal en la percepción de la víctima**

Ahora, como se anunció, procederemos a contrastar las facultades del acusador privado al interior del proceso penal abreviado con las finalidades del proceso penal vistas desde una óptica exclusiva de la víctima, para así comprender el alcance que tiene cada uno de los puntos anteriormente señalados frente a tales criterios.

En primer lugar, frente a la posibilidad de asunción de los intereses de la víctima por parte del acusador privado se tiene que existe una problemática presentada en el particular caso de la pluralidad de víctimas, debido a que, en caso que alguna de ellas presente algún tipo de objeción a la designación de un acusador privado, el proceso deberá ser llevado solamente bajo la Fiscalía General de la Nación; así, al existir desacuerdo en cuanto a la designación del acusador privado, es evidente que el posible fracaso del proceso penal, ya sea por defectos atribuibles a la Fiscalía o

los diferentes factores que pueden afectar el resultado de un proceso penal, se generará una sensación de insatisfacción en aquellas víctimas que en algún momento solicitaron o prefirieron la designación de un acusador privado, propiciando, a su vez, un fenómeno de deslegitimación administrativa y judicial; toda vez que, la víctima fracasada en sus pretensiones tenderá a pensar que el sistema procesal penal se encuentra indebidamente reglamentado, y que con, un modelo más sólido, en el que se le hubiese permitido la designación de un abogado particular como acusador privado, hubiesen existido mayores probabilidades de satisfacer sus intereses.

Ahora, debe clarificarse que, la finalidad del proceso penal no es satisfacer a la víctima, o al menos, debe hacerse la salvedad, no es esta la única finalidad con la que se desarrolla un proceso penal en Colombia, sino que dentro de sus objetivos primordiales también puede encontrarse el respeto irrestricto de las garantías del procesado, el cumplimiento de las normas propias de cada juicio, la correcta – y no necesaria – aplicación del derecho sustancial, la implementación de medidas de seguridad, la corrección del ciudadano condenado, la intimidación a la sociedad mediante la ejemplarizante celeridad de los procesos; muchos de estas finalidades, si bien es cierto, no logran cumplirse en sus totalidad, también lo es que no por esta razón dejan de constituirse en uno de los principales propósitos de la implementación de una justicia penal ordinaria.

Ahora, esta justicia también se constituyó con la finalidad de impedir la venganza por mano propia del ciudadano víctima afectado mediante la vulneración de un bien jurídicamente tutelado, brindándole un escenario idóneo en el que se pudiera debatir en democracia y derecho las afectaciones a los bienes jurídicos de las personas y el correspondiente castigo punitivo que tal acto conlleva; en consecuencia, como se mencionó, la arista de las víctimas es solo uno de los bloques piramidales del proceso penal, pero no por esto pierde importancia, o su relevancia debe verse menguada, porque, tal y como se señaló en capítulos anteriores, la víctima hoy en

día es un agente imperantemente activo dentro del proceso penal, gozando así de uno de los papeles protagónicos del mismo; en el cual ha venido desarrollando cada vez más facultades, otorgadas, claramente, por el legislador colombiano, quien ha desplegado todos los esfuerzos posibles para compensar, en algún sentido, las debilidades que un sistema rampantemente acusatorio puede representar para esta.

Por otro lado, en cuanto a los actos investigativos que se le ha autorizado realizar directamente al acusador privado, debe mencionarse que, como se señaló anteriormente, al no privatizarse la acción penal en su totalidad – es decir, al detentar aún la Fiscalía algunos poderes especiales de investigación, incluso cuando el proceso está siendo tramitado por un acusador privado – lo cierto es que quien tenga las funciones de acusador se verá realmente limitado en este sentido, toda vez que no gozará de las amplias facultades de las que goza el ente acusador, pero si se le exigirán los mismos cánones de responsabilidad del ente acusador.

Así pues, recuérdese, como fue mencionado anteriormente, que el acusador privado es susceptible de las mismas acciones disciplinarias y penales, por el incumplimiento de sus funciones, a las que se haría responsable un fiscal en el ejercicio de sus funciones, pero con una sola desventaja: no tiene los mismos elementos jurídicos disponibles que los de un fiscal.

Ahora, la desventaja en este punto no es solo de índole sancionatoria, es decir, la única parte vulnerable no será el abogado o asistente de consultorio jurídico que asuma la enorme responsabilidad de tener las calidades de un servidor público sin las ventajas de éste; sino que indefectiblemente se verán las disímiles repercusiones de estas limitantes en el proceso epistemológico y probatorio del proceso; toda vez que piénsese por un momento en de quién es la teoría del caso acusatoria ¿Quién la generó? ¿Quién la ideó? Y por lo tanto ¿Quién está en

mayores condiciones de determinar en qué rumbo dirigir un acto investigativo? Por ende, surge lógico pensar que, total sentido tiene que sea la Fiscalía General de la Nación en cabeza de sus delegadas la que ejecute determinados actos investigativos en el curso de los procesos que llevan bajo su custodia; no obstante, tal sentido se encuentra bifurcado, y difuso, cuando se tiene en cuenta que en los casos del acusador privado, quien ha ideado, generado y por lo tanto conocido la teoría del caso acusatoria no es la Fiscalía, sino el acusador, por lo tanto, este al estar en una mejor posición para sortear cualquier imprevisto que surja de la investigación de un acto investigativo complejo, se quedaría corto, si se le prohíbe, por disposición legislativa la intervención directa en el mismo.

Lo anterior, debido a que, al convertir a la Fiscalía en un simple ejecutor, no solamente desnaturaliza su posición, toda vez que la está convirtiendo en una investigadora efímera y fugaz, interviniendo en la ejecución de un acto investigativo, de cuyas resultas no conoce el destino; es decir, el fiscal que ejecute, por ejemplo, la vigilancia de personas, y deje a disposición el informe rendido por los agentes de policía judicial – quienes se guiaron bajo sus órdenes – desconoce completamente cual sería el uso que se le daría en juicio, toda vez que no conoce, de primera mano, cuáles son las particularidades del caso que le ocupa, y mucho menos cuál sería la estrategia probatoria a emplear; lo anterior sin contar que constituiría una inverosimilitud que el acusador privado se explaye en la ordenación de la prueba al fiscal, toda vez que la Fiscalía, al ser una institución independiente, no estaría obligada a cumplir *misiones de trabajo* de un acusador particular; por lo que de plano se observa cuál sería la naturaleza de esta diligencia.

Lo anterior, evidentemente limita la consecución de una de las finalidades del proceso penal visto, desde la óptica de las víctimas, y es básicamente el acceso a la verdad, derivando lógicamente, como ya se explicó, en una afectación inevitable a la consecución de justicia y, naturalmente, de reparación; lo anterior, por cuanto, al limitar la capacidad o el catálogo del despliegue investigativo que pueda tener el

acusador privado, se está limitando, y con ello, condicionando el acceso a la verdad, en tanto que, entre más limitado es el acceso al conocimiento producto de una correcta investigación llevada por el titular y hacedor de la teoría del caso, más limitado será el conocimiento que pueda llegar al proceso, por ende, la verdad en cada uno de los juicios en que sea necesaria esta herramienta investigativa, será cercenada.

Ahora, debe comprenderse la razón de esta limitante, y no es otra que la exclusividad de la Fiscalía a la hora de afectar derechos y garantías fundamentales de los procesados, toda vez que debe recordarse que estos denominados actos complejos conllevan una impronta irrefutable de afectación a derechos fundamentales, tales como la intimidad, privacidad, honra, y dignidad, entre otros; por lo cual, el legislador consideró oportuno, dejar esa afectación justificada de garantías fundamentales en manos de quien detenta, constitucionalmente la acción penal y en quien se soporta la obligación de investigar, perseguir y acusar a los probables autores o partícipes de conductas caracterizadas de delito en Colombia.

No obstante, se hace necesario señalar que, si lo pretendido con la presente figura era la descongestión de la Fiscalía, para la concentración más eficaz, célere y expedita en casos de inminente atención, poco se realizó, dejando el deber de servir de investigador auxiliar en los casos llevados por los acusadores privados; mostrando así una gran desconfianza en esta institución.

Por otro lado, en cuanto a la facultad de solicitar directamente la imposición de medidas de aseguramiento, y en realidad, de cualquier otro tipo, se considera pertinente relacionar este aspecto con la consecución del elemento justicia, el cual, desde otrora ha estado relacionado con las medidas cautelares – de las cuales hacen parte las medidas de aseguramiento, privativas y no privativas de la libertad – habida cuenta que esta institución se ha encargado de garantizar la efectividad de

la sentencia, y el cumplimiento del fondo a que ella se refiere, impidiendo la insatisfacción de los afectados con la conducta punible.

Por último, en cuanto a la posibilidad de generar en el mismo escrito de acusación la pretensión reparatoria del daño, se tiene que es un gran avance a la víctima, quien dentro de un plazo razonable, podrá ver resuelta la reparación del efectivo daño causado con el actuar delictivo del condenado; no obstante, debe hacerse ver, que de nada serviría una institución jurídicamente eficaz, que funcione de manera posterior a la declaratoria de responsabilidad penal, si se cuenta con un camino tortuoso a nivel probatorio para lograr esta; por lo tanto, sino se cuenta con las herramientas necesarias y a disposición directa para la acreditación de los supuestos exigidos por el ordenamiento jurídico procesal colombiano, en particular, el conocimiento más allá de toda duda razonable para condenar, sería imposible pretender llegar a un escenario posterior de reparación.

Ahora, además de lo anterior, es imperativo mencionar que, en cuanto al componente de justicia, también existe una debilidad que trajo consigo la implementación del acusador privado, y que en su debido momento puede considerarse como una limitación a la consecución de este objetivo; y es que, si bien este mecanismo ha sido implementado con miras a descongestionar la administración de justicia, podría conllevar más congestión de la que pretendía mitigar.

Lo anterior, puede explicarse de la siguiente manera: si bien la carga laboral y administrativa evidentemente se verá reducida al interior de la Fiscalía, esto solo será porque existirá un aumento en las cargas de quienes se encuentre fungiendo como acusadores privados, no obstante, en ningún momento podrá asomarse un resquicio de disminución laboral o administrativa para la judicatura, quien tendrá ahora, casos incentivados por la Fiscalía, y casos incentivados por los acusadores

privados; quienes a la vez estarán solicitando pruebas, audiencias y demás gestiones ante los despachos judiciales, concomitantes con su labor; por lo que fue a los jueces, de todas las categorías a quienes se les ha aumentado la potencialidad de carga laboral.

Ahora, ¿qué incidencia tiene lo anterior en el componente justicia para la víctima? Es claro, la afectación a un plazo razonable para la resolución de su conflicto penal, toda vez que, al ralentizarse la administración de justicia, igual sucede con el proceso, y segundo, la disminución de la garantía de los principios de concentración e inmediación, los cuales cuentan como grandes rivales el tiempo y la congestión.

Así mismo, al no existir una cesión absoluta de la titularidad de la acción penal por parte de la Fiscalía, se limita enormemente el accionar rápido, dinámico y eficaz del acusador privado; características estas esenciales en la persecución de una conducta punible.

### **c. El alcance del acusador privado frente a las formas de terminación anticipadas del proceso penal**

Uno de los aspectos fundamentales que, si bien no constituyen el eje central de la presente investigación, pero por su gran relación con el mismo debe ser tratado, es la forma en la que las facultades otorgadas por el legislador al acusador privado se desarrollan frente a las figuras jurídicas que permiten la terminación anticipada del proceso penal, principalmente: los preacuerdos y negociaciones, el principio de oportunidad y la preclusión.

Estos aspectos generan gran controversia, pues en casi todos los casos (a excepción del principio de oportunidad) significa el cese absoluto de la acción penal, por lo cual es lógico que surjan varios interrogantes; sin embargo, la cuestión podría resumirse en cuestionarnos ¿Cuál es el alcance de las facultades del acusador privado frente a las figuras jurídicas del archivo de las diligencias, la preclusión, los preacuerdos y el principio de oportunidad?

Para dar respuesta a la anterior cuestión debe tenerse en cuenta una premisa que se configura como una regla general: el acusador privado goza de las mismas facultades que la fiscalía general de la nación. No obstante, como se dijo, es una regla general, que admite varias excepciones, la mayoría de ellas, en los aspectos investigativos han sido tratadas a lo largo de esta investigación, pero también existen algunas frente a los fenómenos procesales en comento.

En primer lugar, para dar respuesta ordenada a la pregunta planteada, debe señalarse que, en principio, el archivo de las diligencias, no representa una figura jurídica que posea una talanquera para el acceso al acusador privado, toda vez que, este puede acudir al mecanismo en figuras como la indemnización, reparación y demás aspectos de su competencia. No obstante, es necesario precisar que, una vez que la Fiscalía General de la Nación haya decidido decretar el archivo de las diligencias, en virtud de los diferentes poderes que posee, no le es dable al acusador privado dar apertura nuevamente a dicha investigación y mucho menos solicitar la conversión de la acción penal, pues así es claramente dispuesto por el artículo 554 del ordenamiento jurídico procesal penal; quedando facultado para utilizar el mecanismo consagrado en el artículo 79 del mismo estatuto, exclusivamente en cuanto a la posibilidad, ante la obtención de una nueva prueba, de solicitar ante la Fiscalía, la reapertura de la investigación.

Por otro lado, frente a la figura de la preclusión, coincidimos con la posición señalada por la Fiscalía General de la Nación en el “Manual Nuevo Procedimiento Penal Abreviado y Acusador Privado”, en donde precisó:

*Cuando se solicita la conversión de la acción pública en privada, el acusador privado adquiere las facultades y obligaciones de la Fiscalía General, entre esas, la de obrar con transparencia, objetividad y lealtad. Bajo ese entendido, si el acusador privado llega a la convicción de que no existen elementos para trasladar el escrito de acusación, puede precluir la investigación ante un juez de conocimiento e informar de dicha decisión del fiscal. (Fiscalía General de la Nación, 2017)*

Siguiendo la misma línea argumentativa, no se encuentran razones suficientes para considerar como prohibida la aplicación de figuras procesales como los preacuerdos y negociaciones; toda vez que es una facultad de la fiscalía llegar a acuerdos y negociar las calificaciones jurídicas de los delitos subordinado a la aceptación de responsabilidad del procesado; así mismo, existe un marco jurídico sólido que permite verificar por un juez de conocimiento la legalidad del acto jurídico acordado, y existen unos principios de transparencia y lealtad que nutren al acusador privado al interior de su actuación.

No obstante, la respuesta no es la misma cuando se llega a los terrenos de la aplicación del principio de oportunidad; esto debido a que si bien en principio es una facultad que tiene la Fiscalía General de la Nación, no es una facultad que se tenga de manera autónoma por los fiscales de manera directa, sino que, las múltiples modificaciones que tanto legal como intrasistemáticamente se le ha realizado al trámite para su aprobación, llevan a considerar que esta decisión, en últimas está en los comités de evaluación que se configuren para ello; en tal sentido, al ser el principio de oportunidad una decisión político-criminal, corresponde exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación, vista desde la perspectiva institucional como una extensión del poder ejecutivo del Estado.

Lo anterior cobra mayor sentido si se observa que el interés del acusador privado siempre será, como su nombre lo indica: privado; mientras que, paralelamente a ello, los principios que nutren e inspiran la figura del principio de oportunidad se basan en el principio de legalidad de la persecución penal y la excepcionalísima inaplicación de este: renunciar a la persecución de una conducta punible por razones de orden público y estatal no podría competir nunca a un agente que representa los intereses privados de la víctima.

## **6. Conclusiones**

Llegado el momento de identificar las premisas conclusivas a las que se ha llegado en la presente investigación, tal actividad puede realizar en el mismo orden en el que fueron descubiertas cada una de las mismas.

En tal sentido, la primera conclusión a la que se arribó es que la acción penal no dejó de ser detentada por la Fiscalía General de la Nación con la promulgación de la Ley 1826 del año 2017, sino que, por el contrario, la Fiscalía, adquirió la facultad de delegar la acción penal en caso del cumplimiento de los requisitos objetivos para ello y que así sea solicitado por quien pretenda ser el acusador privado en el proceso en comento.

Como segunda conclusión, se puede determinar, que la regulación legislativa actual sobre el acusador privado efectivamente posee limitantes frente a la consecución de los fines de verdad justicia y reparación, entendidos en esta investigación como las finalidades de la acción penal desde la perspectiva de la víctima.

En tal sentido, se erigen como grandes limitantes a la consecución de estas instituciones a lo largo del proceso penal abreviado llevado por el acusador privado en los siguientes puntos:

- (i) la imposibilidad de ejercer la acción penal por un acusador privado en el caso de la pluralidad de víctimas, cuando una de estas se oponga a tal ejercicio; habida cuenta que degrada la credibilidad en la institución y de igual manera, genera conflictos internos entre la colectividad de víctimas en determinado caso, afectándose con ello la legitimidad de la institución de la acusación privado, y cercenando la posibilidad de su ejercicio concomitante con la Fiscalía General de la Nación.
  
- (ii) El acusador privado en Colombia fue configurado con múltiples limitantes investigativas, particularmente frente a los ya vistos actos complejos de investigación, en donde no puede interferir directamente, sino que por el contrario necesita la aprobación previa de un juez de control de garantías, la posterior ejecución por parte de la Fiscalía, el control posterior al acto, y que la información recolectada mediante este sea dejada a su disposición, lo que afecta enormemente los componentes de verdad y justicia; al impedirse que fluya con total eficacia el aparato investigativo, y con ello impidiendo que llegue al proceso penal la información más pertinente posible.
  
- (iii) La gran cantidad de procesos que permite llevar la figura del acusador privado, habida cuenta que ahora, a parte de la Fiscalía, los particulares tiene la posibilidad de ejercer por sus medios la acción penal, conllevaría el desequilibrio en las cargas laborales, imponiendo con ello a los juzgados, tanto de control de garantías como de conocimiento la ralentización de sus procesos; degenerando así en la marginación de uno de los componentes del factor justicia que es el plazo razonable en los procesos judiciales.

Como última conclusión se tiene que en efecto, no todos los elementos estructurales de la figura del acusador privado resultan negativos o en una desventaja para el interesado en él; figuras como la posibilidad de impetrar la acción reparativa junto al escrito de acusación y la facultad para solicitar cualquier tipo de medida de

aseguramiento son un eje pilar que garantiza el tercer criterio perseguido por las víctimas: la reparación.

No obstante, debe señalarse que este no podrá suplirse completamente si los anteriores aspectos no son solucionados prontamente, ya sea desde las modificaciones legislativas correspondientes o desde las buenas practicas judiciales; las cuales podrían generar una fluidez interinstitucional necesaria para complementar y reforzar las falencias anteriormente descritas.

## **7. Bibliografía.**

- Bermúdez, A. (2017). El acusador privado en Colombia: antecedentes, interpretación y aplicación (Tesis de maestría). Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia.
- Bernal, J. (2013). *El proceso penal*. Bogotá: Externado.
- Carnelutti, F. (2018). *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.
- Charles, C. (2007) *La construcción de la investigación social*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Chavez, m. (2013). La acción penal privada y su implemetnación en Colombia. *VIA IURIS*, 168
- Chiovenda, G (1989) *Principios de derecho procesal civil*. México D.F.: Cárdenas editor p.70
- Courtis, C. (2006). *Observar la Ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta.
- Couture, E. (1976). *Fundametos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma.

- Durán, E (1992) *Manual de Derecho Procesal*. Quito: Edino
- Espitia, F. (2003). *Instituciones de derecho procesal penal*. Bogotá: Legis.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón*. Madrid: Trota.
- Fiscalía General de la Nación. (2017). *Manual nuevo procedimiento penal abreviado y acusador privado*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación.
- Fontecilla, R. (1978). *Tratado de derecho procesal penal*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- García, E. (1994). *Lógica del raciocinio jurídico*. México D.F: Fontamara.
- Guzmán, C (2017). *Acusación privada y sistema acusatorio*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Hinestrosa, F. (2015). *Tratado de las obligaciones II. Fuentes de las obligaciones*. Bogotá: Externado.
- Iragorri, B. (1974). *Instituciones de derecho proceal penal*. Bogotá: Temis.
- Manzini, V. (1948). *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: EDIAR.
- Nino, C. (1983). *Introducción al análisis del derecho*. Madrid: Ariel.
- Poveda, A. &. (2014). *L a prescripcion de la pena*. Bogotá: Editorial Ibañez.
- Saray, N. (2016). *Procedimiento Penal Acusatorio*. Bogotá: Leyer editores.
- Urbano, J. J. (2015). *La nueva estructura probatoria edel proceso paenal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Zabala, J. (2004). *Tratado de derecho procesal penal*. Ecuador: Edino.

## **Leyes**

Ley 906 (31 de agosto de 2004) Congreso de la República Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial 45658 de septiembre 1 de 2004 obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14787>

Ley 1826 (12 de enero de 2017) Congreso de la República Por la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 50.114 de 12 de enero de 2017. Obtenido de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1826\\_2017.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1826_2017.html)

## **Jurisprudencia**

### **Corte Constitucional**

- Corte Constitucional C. 473 de 2016. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva
- Corte Constitucional C. 016 de 2018. M.P.; Diana Fajardo Rivera
- Corte Constitucional C 228 de 2002. M.P: Dr. Manuel Jose Cepeda Espinosa y Dr. Eduardo Montealegre Lynett