

ACUSADOR PRIVADO SOLUCIÓN O RETROCESO EN LAS GARANTÍAS DEL
ACUSADO EN EL PROCESO PENAL

DEIVY LEONARDO ACOSTA ESPINOSA

CODIGO: 6000912319

CÉDULA DE CIUDADANÍA 1024517816

E-MAIL: deivy1leonardo.acosta@ulagrancolombia.edu.co

CELULAR: 3103408483.

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO, INVESTIGACIÓN Y ESTADÍSTICA APLICADA
BOGOTÁ DC

2017

Contenido

Resumen.....	4
Introducción	6
Línea de investigación.	¡Error! Marcador no definido.
Antecedentes.	¡Error! Marcador no definido.
Planteamiento del problema y pregunta de investigación.....	¡Error! Marcador no definido.
Objetivos.	¡Error! Marcador no definido.
Objetivo General.	¡Error! Marcador no definido.
Objetivos Específicos.....	¡Error! Marcador no definido.
Justificación.	¡Error! Marcador no definido.
Hipótesis.	¡Error! Marcador no definido.
Hipótesis 1.	¡Error! Marcador no definido.
Hipótesis 2.	¡Error! Marcador no definido.
Metodología.	¡Error! Marcador no definido.
Capítulo 1. Desarrollo histórico de la acusación Privada.	16
Capítulo 2. ¿Qué es la acusación Privada? Acusación privada., Definición.	29
Capítulo 2.2 Clases de Acusación.....	33
Capítulo 3. Acusación Privada y la legitimidad por activa.....	39
Capítulo 3.1 La querella, la existencia de delitos de interés particular y la acusación privada. ..	47

Capítulo 4. Acusación privada y el control sustancial de la acusación.	52
Bibliografía	60

Resumen.

Con la congestión que se ha presentado en la etapa indagatoria de los procesos penales en el ámbito jurídico Colombiano, se ha evidenciado una vez más que lo que los teóricos y pensadores del derecho penal colombiano creen que es un problema de organización, es un problema económico y que al parecer el legislador en aras de “descongestionar los despachos fiscales” pretende librar de la carga de ejecutar los procesos penales al Estado, trasladándola o radicándola en cabeza de la víctima y de aquellas entidades administrativas que por sus características puedan ejercer control de la acción penal. La pregunta por las facultades investigativas del acusador particular es algo que cada vez más toma trascendencia en el ámbito jurídico colombiano, puesto que se hace necesario saber a qué límites se ve conminado el acusador en aras de la protección de los bienes jurídicos del indiciado o imputado.

Para Montero Aroca el conceder legitimación a todos los ciudadanos, incluso a los no ofendidos, o perjudicados por el delito, implica reconocer que en el servicio de los intereses generales no está solamente interesado el poder ejecutivo, sino que pueden participar todos los ciudadanos, y además con visiones distintas de cómo se debe servir mejor dicho interés (Principios del proceso penal una explicación basada en la razón, 1997, pág. 57), ¿es eso cierto?, o el Estado en aras de desligarse de una responsabilidad que no pudo solventar, intenta deshacerse de ella radicándola en cabeza de terceros.

Palabras clave: Acusación Privada, Proceso Penal, Acusador Privado, Principios de Derecho Penal, Igualdad de Armas.

With the congestion that has arisen in the indagatory stage of criminal proceedings in the Colombian legal field, it has become evident once again that what the theorists and thinkers of Colombian criminal law believe is an organizational problem, is an economic problem and that apparently the legislator for the purpose of "decongesting the tax offices" intends to free from the burden of executing the criminal proceedings on the State, transferring it or placing it in the head of the victim and of those administrative entities that by their characteristics may exercise control of the criminal action. The question about the investigative faculties of the private accuser is something that increasingly takes importance in the Colombian legal field, since it is necessary to know to what limits the accuser is sealed in order to protect the legal rights of the indicted or imputed.

For Montero Aroca granting legitimacy to all citizens, even those not offended, or harmed by crime, implies recognizing that the service of general interests is not only interested in the executive power, but that all citizens can participate, and also with different views of how this interest should be better served (Principios del proceso penal una explicación basada en la razón, 1997, pág. 57), is that true ?, or the State in order to dissociate itself from a responsibility that could not solve, try to get rid of it by placing it in the head of third parties.

Key Words: Private Accusation, Criminal Process, Private Accuser, principles of criminal law, Equal of Weapons.

Introducción

La universidad La Gran Colombia dentro de su misión contempla la formación de profesionales integrales con compromiso social y ética en su actuar; es por ello que dentro de todos y cada uno de sus programas académicos consagra la investigación como eje principal mediante el cual busca la transformación social, la solidaridad y la inclusión social.

Es en la facultad de Derecho y en general en todos los que la integran que radica la mayor responsabilidad, ya que como uno de los sub-ejes de la investigación de la facultad de Derecho se erige el Derecho constitucional, reforma de la justicia y bloque de constitucionalidad, con el cual se busca contribuir con el acceso a la justicia en igualdad de condiciones y al mantenimiento de las instituciones jurídicas colombianas de acuerdo a la realidad social, buscando con ello poner el Derecho al servicio de la sociedad, teniendo en cuenta la supremacía de la constitución y además que las reformas jurídicas no solo deben dirigirse al cumplimiento de lo prescrito por la ley si no también garantizar el debido disfrute de todos y cada uno de los Derechos consagrados en ella. Es de esta manera que mediante la investigación La universidad La Gran Colombia cumple con su deber social.

Es por lo anterior que siguiendo los lineamientos sociales y académicos de la universidad se presenta la presente investigación, con el fin de contribuir con el acceso de todas las personas en igualdad de condiciones a la justicia; en este caso la justicia Penal, procurando

que se observen todas las garantías prescritas no solo para la víctima sino también para el procesado.

En este caso la investigación girará en torno a la acusación y la potestad de ejercicio de la misma por parte de los particulares ofendidos o afectados por la conducta a enjuiciar, hay que recordar que en este momento la facultad acusatoria es ejercida solamente por la fiscalía, entonces la investigación girará en torno a las consecuencias que se darían sobre el actual sistema de procesamiento Penal si se llegare a otorgar dicha facultad a particulares, la presente investigación se enfocará en la descripción y aclaración sobre la acusación privada, sobre la incidencia que puede tener en el plano procesal Penal, sobre los principios del Derecho Penal a la igualdad de armas y Derecho de defensa, de oficialidad, de dignidad humana, la implementación en el sistema Penal acusatorio y en el Proceso Penal Colombiano del acusador privado.

En Colombia, al igual que en todos los países que siguiendo los lineamientos filosóficos de la revolución francesa (igualdad, libertad y fraternidad) y la separación de poderes descrita por Montesquieu, se instauró un régimen estatal en el manejo de la potestad punitiva y en el manejo de la facultad investigativa de las conductas que pueden constituir un delito, dicho régimen cuenta con límites establecidos en el contrato social, contrato mediante y en virtud del cual todos y cada uno de los ciudadanos ceden una parte de su libertad al Estado con el fin de que este la administre y les conceda la seguridad necesaria para poder ejercer sus demás Derechos ante el conglomerado. Al haber cedido esta parte de su libertad, todos y cada uno de los ciudadanos se ven en la obligación de seguir y acatar las normas que el Estado les impone. Es

de esta manera que se radica la facultad de ejercer el poder punitivo en cabeza del Estado, quien a su vez no solo la ejerce de manera coactiva si no también preventiva; con el único límite de que no podrá vulnerar bienes jurídicos que los particulares no hubieren Estado dispuestos a dejar bajo su tutela por Ej. La vida; es así como nace la capacidad del órgano estatal de exigir el cumplimiento de las normas y su legitimación ante la expedición de las mismas.

¿En el ejercicio coactivo del poder punitivo se establece la ley Penal como deber objetivo de los ciudadanos y la consecuencia derivada del incumplimiento de ese deber es la pena, (Kelsen, 1982; Pag. 134) la pregunta por ¿quién es el responsable de perseguir a aquellas personas que con sus actos se han alejado de los principios consagrados en las normas (delincuentes)? Fue respondida dándole la facultad al órgano estatal (mediante el artículo 250 de la constitución política colombiana y el 66 del código Penal colombiano) creado por el Estado como representante de la colectividad y de los intereses públicos, que en el caso colombiano es la Fiscalía General De La Nación. Desde aquel entonces es el Estado -a través de la Fiscalía- el encargado de perseguir los delitos que cometen los ciudadanos.

Mediante el acto legislativo 06 de 2011 el Congreso de la Republica reformó el artículo 250 de la constitución y en virtud de ello estableció la posibilidad de concederle la facultad de dirigir la investigación (después de la indagación) en el Proceso a la víctima o a autoridades distintas de la fiscalía, dicho artículo fue desarrollado mediante la ley 1826 de 2017, ley mediante la cual se instauró en Colombia un régimen acusatorio mixto en virtud del cual se reconocen los intereses particulares en la persecución de las conductas que presuntamente constituyen delitos.

Con la implantación del acusador particular en el Derecho Penal colombiano se les da la oportunidad a las víctimas, entidades administrativas y personas afectadas por el de que sean ellos mismos quienes soliciten ante un juez de la república el cumplimiento de los fines del Derecho Penal, VERDAD, JUSTICIA Y REPARACION.

La pregunta por el ¿Por qué? De la implantación de esta figura en el ámbito jurídico Penal colombiano es algo que de acuerdo con los ponentes de la referida reforma se presta para mayores debates debido a que como bien lo expresa el Dr. José Joaquín Urbano:

En estos casos, antes que intervinientes que acuden al Proceso en defensa de sus Derechos pero sometidos a la forma como se desate la controversia surgida entre la fiscalía y la defensa, se está ante unas partes procesales que, sin integrar el Estado se hallan legitimadas para solicitar que se ejerza el poder punitivo de que este es titular, con lo que se está ante supuestos de particulares que pueden pretender investigaciones, interferencias en Derechos fundamentales, acusaciones y condenas, y todo ello en un espacio bastante problemático: en efecto, la investigación y la acusación pierden su condición de manifestaciones específicas del poder público y se convierten, al menos en ciertos casos en Derechos esgrimibles por particulares y disponibles por estos (pág. 42).

No obstante, es preciso considerar que el hecho de que:

El fiscal asegure en la pieza de acusación que existen elementos de juicio respecto de la probable ocurrencia de una conducta punible y sobre la probable responsabilidad Penal del acusado, y que ello determine la apertura de un juicio Penal contra un ciudadano, Es un asunto de peso constitucional. Es una manifestación del poder punitivo estatal (Urbano Martinez, 2013, pág. 35)”

Y como consecuencia de ello se requiere un estudio pormenorizado de la figura y de su posible conveniencia o no en el ámbito jurídico Colombiano

Tal vez será que en el Proceso Penal se realice un retroceso que nos dirija directamente otra vez a la época de la inquisición o sea esta la luz que guie al Proceso Penal colombiano por el camino hacia la justicia; el problema será en este caso poder saber con qué garantías contamos para que dichos acusadores particulares no se conviertan en inquisidores a mediano plazo y que los bienes jurídicos que el sistema Penal dice proteger no se conviertan en retórica, en el Proceso de búsqueda de la verdad material por parte de dichas personas, es por ello que la pregunta de investigación del presente proyecto es **¿Constituye el acusador particular un retroceso en las garantías a la Igualdad de Armas, al Derecho de Defensa, a la Dignidad Humana y al Principio de Oficialidad del Proceso Penal?**

Lo anterior con el fin de describir, definir y analizar la figura del acusador particular en el Proceso Penal y la modificación que puede realizar en los principios de Derecho Penal para el ordenamiento colombiano, lo cual se llevará a cabo mediante la Explicar la figura del acusador Privado y su integración al ordenamiento colombiano.

Con la congestión que se ha presentado en la etapa indagatoria de los Procesos Penales en el contexto nacional, se ha evidenciado una vez más que lo que los teóricos y pensadores del Derecho Penal colombiano creen que es un problema de organización, es un problema económico y que al parecer el legislador en aras de “descongestionar los despachos fiscales” pretende librar de la carga de ejecutar los Procesos Penales al Estado, trasladándola o radicándola en cabeza de la víctima y de aquellas entidades administrativas que por sus características puedan ejercer control de la acción Penal, con esta desmonopolización del poder punitivo del Estado nos estamos acercando cada vez más a un Estado anárquico, en el cual no hay que temerle al más fuerte si no al que más dinero tiene, ya que si no se controlan las facultades investigativas y procesales que se pretende otorgar a los particulares vamos a encontrarnos frente a la compra de testigos para elevar falsas denuncias, pruebas obtenidas con violación al debido Proceso y a los Derechos fundamentales y denuncias interpuestas con fines inescrupulosos., por lo cual se realizará el análisis para establecer si el acusador privado vulnera o no los derechos fundamentales a la igualdad de armas, a la dignidad humana y al principio de oficialidad en el Proceso Penal Colombiano.

La pregunta por las facultades investigativas del acusador particular es algo que cada vez más toma trascendencia en el ámbito jurídico colombiano, puesto que se hace necesario saber a qué límites se ve conminado el acusador en aras de la protección de los bienes jurídicos del indiciado o imputado, por eso la idea principal de la presente investigación es analizar las facultades las que contaría el acusador Privado en el ámbito Jurídico Procesal Penal

Colombiano, indagar y de ser posible enumerar los delitos en los cuales se podría otorgar la facultad acusatoria a las víctimas y a terceros afectados por el delito.

Si las actividades investigativas las ejecuta la policía judicial mancomunadamente con el fiscal ¿tendremos a particulares dándole órdenes a la policía judicial? O el acusador podrá ejecutarlas a *motu proprio*; ¿el desistimiento en qué condiciones se llevara a cabo?, ¿los preacuerdos entre el acusador y el indiciado tendrán plena validez? preguntas como estas surgen de la implantación de esta figura, es por ello que se hace pertinente la realización de la presente investigación; con el fin de establecer si, si es viable la inserción de dicha figura, por lo cual es posible concluir que la presente se perfila como una investigación histórica, descriptiva y exploratoria.

Si bien la bibliografía en cuanto al tema de la acusación particular o acusación privado no es abundante en castellano, hay que tener en cuenta que sistemas procesales como el Costarricense, el Nicaragüense y el Español ya adoptaron dicho sistema lo cual facilita la consecución del material bibliográfico. En cuanto a las características del sistema procesal colombiano se hace necesario conocer todos los puntos de vista, por lo cual se requerirá asistir a las fuentes primarias (jueces, fiscales, abogados litigantes y del usuario de la justicia, también se tendrán en cuenta no solo la jurisprudencia de las altas cortes colombianas, sino también la doctrina y la legislación.

La cuestión estriba en la legitimidad que el Estado, en especial la Rama Judicial y la Fiscalía adquieren por la imparcialidad con la que operan. Todo el Estado social de Derecho está fundamentado en la satisfacción de las expectativas de los ciudadanos por parte del Estado: Expectativas que tienen su cimiento en el trato igual ante la ley y las autoridades, igualdad que sería reemplazada por un estado policivo al cual asistiremos en caso de aprobarse el Acusador Particular en nuestra legislación, de acuerdo con la cita que el Dr. Stephen C. Thaman, ya en 1914 la corte suprema de Estados Unidos comentó que *”la tendencia de aquellos que ejecutan las leyes Penales del país de obtener condenas por medio de incautaciones ilegales y confesiones forzadas, estas obtenidas luego de someter las personas a prácticas destructivas de los Derechos garantizados por la Constitución Federal”* (2005, pág. 162) no es solamente una cuestión de técnica jurídica procesal, es la legitimidad del Estado en cabeza de un particular, es el retroceso a la *“venganza particular”*, porque primero se viola el principio de imparcialidad, segundo se viola el principio de discrecionalidad técnica y tercero se viola el Derecho de defensa e igualdad de armas, por eso se estima que la acusación privada no es viable en ningún caso debido a que permite al acusador tener una posición dominante del acusador sobre el acusado en el Proceso Penal colombiano y genera escenarios de desigualdad material en el Proceso.

Ahora bien, es posible que del estudio y de los correspondientes análisis que se llevarán a cabo a lo largo del presente escrito resulte procedente la implantación de la acusación privada, en caso tal se procederá a establecer en qué tipo de delitos es viable, considerando que probablemente sea implantado para los delitos queréllables y en aquellos cuya cuantía no sea muy elevada, ya que otorga a las víctimas y a las entidades administrativas la capacidad para hacerse cargo de la investigación, cuando cuenten con los medios para ello.

El presente es un trabajo de investigación exploratorio y descriptivo, el cual se encuentra basado en los fundamentos de Metodología de la investigación de Roberto Hernandez Sampieri, por lo tanto la investigación se desarrollará en cinco capítulos, el primero de ellos estará destinado al Desarrollo histórico de la acusación Privada, en él se desarrollará la investigación sobre los antecedentes históricos de la acusación a nivel general. Este capítulo se encargará de la fase exploratoria a fin de establecer las características de la Acusación y poder dar desarrollo al objetivo N° 1, En el capítulo 2 denominado ¿Qué es la acusación Privada? , se desarrollará la definición sobre acusación privada, definición que se realizará con el fin de cumplir con los objetivos N° 1 y N° 2 de la presente investigación adicionalmente se . se expondrán las clases de acusación con el fin de establecer que sujetos y en qué condiciones ejecutan la acusación dependiendo del tipo y de sus facultades, lo cual se realizará con el fin de desarrollar los objetivos N° 1 y 2 de la presente investigación., a su turno el capítulo 3 desarrollara la legitimidad por activa para ejercer la acusación, lo cual se realizará con el fin de dar desarrollo al objetivo N° 2 referente a las facultades con que contaría el acusador privado en el ámbito legal colombiano, adicionalmente se llevará a cabo la descripción de la querella para, paso seguido enumerar los delitos en los cuales el legislador colombiano estimó conveniente permitir a los ofendidos tomar parte en el proceso penal., lo cual se realizará con el fin de dar desarrollo a los objetivos N° 2 y N° 3.

En el capítulo 4 denominado Acusación privada y el control sustancial de la acusación, Atendiendo al hecho de que la investigación tiene un carácter exploratorio y descriptivo y

atendiendo al hecho de que la Acusación en no pocos eventos afecta derechos fundamentales, se describirá en el capítulo 4 la necesidad de realizar un control sustancial de la acusación, esta explicación tiene como fin atender a lo dispuesto en el objetivo N° 4 de la presente investigación, por cuanto desarrolla la conexión entre el proceso penal, su desarrollo y algunos derechos fundamentales que se erigen como principios del derecho penal. Y por último en el capítulo 5 se procederá a concluir el trabajo de investigación presentando los argumentos por los cuales se considera viable o no la implementación del acusador privado en Colombia.

Capítulo 1. Desarrollo histórico de la acusación Privada.

A través del tiempo la forma en la cual se llevó a cabo la acusación y juzgamiento de las conductas que pueden tener relevancia Penal ha sido un tema de importancia para las diferentes formas de gobierno; tan así es que en formas de gobierno tan diferentes como lo son la monarquía y la democracia ocupa el mismo nivel de importancia la forma en la cual se puede enjuiciar y por ende cómo se lleva a cabo el castigo de aquellas conductas que pueden constituir un delito.

La importancia del Derecho Penal y consecuentemente de la acusación deriva de su utilización como instrumento de control social, lo cual precisa que un sujeto no puede vivir aislado, es más, no puede por sí mismo alcanzar los fines esenciales de su existencia y satisfacer sus necesidades básicas por sí solo, requiere de la interacción con otros sujetos, de la comunicación con otras personas, es decir el ser humano para realizar su existencia requiere de la existencia de otros seres humanos; el problema es que esa convivencia no es armónica en todas las ocasiones; es conflictiva, el Derecho Penal es el resultado de un Proceso dialéctico en el que el individuo renuncia sus impulsos egoístas a cambio de que la comunidad con los demás le posibilite un mejor desarrollo de su personalidad y los medios necesarios para sobrevivir y para realizar su existencia (Bustamante, 2011, pág. 158).

La socialización conduce necesariamente a la creación de normas orden general y de obligatorio acatamiento por todos los individuos de la sociedad, para lo cual se requiere la interiorización de las normas sociales, luego de la cual los sujetos no solamente las

interiorizan sino aprenden a obedecerlas de manera automática, el problema acontece con los miembros que no realizan esa interiorización de las normas y en ese preciso instante es que aparece la acusación como medio de control social para garantizar la sana convivencia de los individuos.

Así las cosas, se tiene que la acusación nació como un medio no sólo de garantizar la aplicación de la norma, sino también como un medio de ejercicio del poder y como una manifestación del mismo; las preguntas por ¿quién?, ¿Cómo? y ¿Cuándo? se ejerce la acusación fueron resuelta diferentes maneras a través del tiempo, respuestas que se describirán a continuación.

En la época primitiva no era posible hablar de acusación toda vez que la imputación era “eminentemente objetiva, es decir la infracción generaba sus consecuencias sin tener en cuenta la intención del agente y de forma automática” (Navas Corona, 1998), al ser automática la acusación no existía. La acusación al igual que la concepción tripartita del Derecho Penal no existen en este periodo toda vez que el Derecho a perseguir el delito y el Derecho a castigarlo no eran facultades separadas funcionalmente en el marco de un Proceso, es más en este periodo no podemos hablar de Proceso en la concepción actual.

La forma de Penalización social fue la venganza particular, la cuestión en este evento es que el Derecho a la venganza es algo que se definía de manera subjetiva y no mediante la regulación lo cual hace que el Derecho nazca solo por la convicción del sujeto de su Derecho para ejercerla.

Además de ello encontramos en este periodo el sistema talionar de Penalización presente en el código de Hammurabi (Babilonia, s. XXIII a. de J.C.), el cual no regula la acusación si no el Derecho a castigar, limitándolo a una justa medida “ojo por ojo, diente por diente”.

Después de ello encontramos a Grecia y Roma en civilizaciones en las cuales de acuerdo con el Dr. Theodor Mommsen el Proceso Penal abarcaba el procedimiento Penal público y el procedimiento Penal privado; del primero se hacía uso cuando se trataba de delitos contra la comunidad y su forma era similar a un Proceso de la inquisición, en el cual el juez instruye y juzga el asunto bajo su examen., del procedimiento Penal particular se hacía uso en los casos de daños contra particulares y era un Proceso acusatorio, contradictorio, estando de un lado el acusador, del otro el acusado y el juez (el juez podía ser el pretor -Magistrado- o en su defecto los cónsules; de acuerdo con la época) en calidad de tercero arbitrando dicha contienda. El Proceso Penal romano, tuvo una transformación desde la aplicación privada del Derecho Penal por medio de la *venganza de sangre –aplicación no reglada de la venganza-* hacia el Derecho Penal público por medio de la *compositio –aplicación reglada de la venganza mediante la compensación del daño a favor de la víctima con cosas.*

Es por ello que desde un inicio las funciones *ius persequendi* y *ius puniendi* fueron separadas atribuyendo a particulares la facultad de instaurar la acción Penal, de acuerdo con el Dr. Theodor Mommsen el Proceso Penal público y el particular fueron iniciados por diferentes sujetos pero resueltos siempre ya sea por un tribunal o en su defecto por un pretor

y la presencia del jurado dependía de la clase de Proceso (pág. 125)., La distinción que los griegos y, especialmente, los romanos hicieron entre los delitos públicos y los privados señaló el camino para la mutación posterior de los sistemas procesales. Uno de los primeros cambios tuvo que ver, justamente, con la titularidad de la acción Penal y la posibilidad de formular la acusación: tratándose de los delitos considerados ‘públicos’, ambas correspondían a cualquier ciudadano y cuando el delito era ‘privado’, las mismas eran exclusivas del ofendido o de sus sustitutos (Vargas Lozano, 2012, pág. 68).

En medio de la transformación del Derecho Penal privado a público se presentó la pugna entre delitos de carácter privado denominados en roma como *delicta privata* y los delitos de carácter público denominados en roma como *crimina publica*, pugna que termina con la eliminación y prohibición de los medios de composición (Jimenez de Asúa, 2002, págs. 88, 110) , surgiendo así el carácter público del Derecho de acusar *ius persecuendi* y del Derecho a juzgar *ius puniendi*.

El procedimiento Penal romano fue el que más influencia tuvo en la evolución posterior del Derecho criminal romano es el *iudiciúm publicum* toda vez que en él el magistrado tenía facultades ilimitadas para citar a quien quisiera, adicionalmente contaba con la facultad exclusiva de interrogar a los testigos, decretar pruebas en general realizar la instrucción y llevar a cabo el juicio (Mommsen, 1999, págs. 128,129)

Como acto seguido en el curso de la historia encontramos al Derecho Germánico el cual fue caracterizado por positivizar la costumbre existente entre los pueblos

Germanos, tales como la guerra de familia, la herencia de venganza, y la composición (Pérez, 1975) entre otros en cuanto al Proceso como tal es preciso indicar que el Derecho Germano se caracterizó por ser individualista y particular, debido a que los contendores se convertían en combatientes y el juez proclamaba la victoria según el resultado de la lucha; no obstante la penas públicas y el principio de oficialidad nacieron como consecuencia de la estructuración del Estado como protector de los intereses de la realeza abriendo campo a una nueva etapa histórica.

Se resalta que en el Derecho Germanico “*se contemplaba la posibilidad de que –más allá de institutos como la venganza del ofendido y su parentela (Sippe), el combate o la guerra (Fedhe) y la venganza familiar (Blutrache), que predominaron en un comienzo – las partes se pusieran de acuerdo para señalar el monto de la compensación económica a que había lugar (Sühnevertrag) mediante el pago de una multa (Busse) cuando no a través del llamado precio de la paz (Friedensgeld); por eso se ha dicho, que este era un sistema de enjuiciamiento de “tipo acusatorio privado”* (Velasquez, 2013, pág. 17).

Con la evolución histórica del Derecho y su consecuente acepción como interés de carácter público y teniendo en cuenta su implantación como defensor del interés Real asistimos a un escenario caracterizado por el oficialismo en la persecución de los delitos que se denominó el Derecho Canónico, el cual fue regido por el Proceso inquisitivo, en él la moralidad y la religiosidad fueron el factor fundante de las relaciones interpersonales y objeto de sanción social; se asientan como característica principal del Derecho Penal.

En esta etapa la retribución y la resocialización fueron los principales objetivos de la pena, se abandonó la idea de la venganza como fin de la pena y se le atribuyó al delito la cualidad de ser de interés social, por lo cual se instaura la persecución oficial, en virtud de la cual se le otorgó al Juez la capacidad de instrucción y juzgamiento hasta en los eventos en los que no hubiera acusación (Pérez Gil, 1997, Pág. 38).

En cuanto al Derecho Penal colombiano en la época colonial las leyes estaban determinadas para alargar la vida de los nacionales con el fin de poder utilizar en periodos más prolongados su fuerza laboral. Es más la colonia de acuerdo con Samper citado por Pérez (1975) el gobierno del virreinato era la encarnación de todo un sistema político, que podría condensarse en estas ideas cardinales: exclusión absoluta de los criollos, de intervención en el gobierno; concentración completa de la autoridad pública, conforme la lógica del despotismo, régimen feudal respecto de la propiedad raíz y de las muchedumbres, en el carácter político del poder judicial, y en una excesiva severidad de las penas.

El Derecho Penal colonial fue caracterizado por la casuística y la amplia facultad de los cabildos, de la Real Audiencia y del tribunal de la inquisición para realizar el juzgamiento de las conductas delictivas.

En cuanto a la época de la independencia, hablando específicamente de la época de la Patria Boba es posible afirmar que no existe una codificación Penal establecida igualmente afirma el Dr, Luis Carlos Pérez que:

Es cuestión acreditada históricamente la de que las revoluciones triunfantes no se preocupan de inmediato por estudiar estatutos Penales ni procesales, ya que lo primero que deben hacer es consolidarse a sí mismas, Y en este empeño se echa mano de las normas viejas, que solo más tarde comienzan a ser abolidas...

... Así ocurrió después del 20 de julio de 1810, con la advertencia de que entonces no hubo si no un cambio político, habiendo quedado en pie la estructura colonial. Los patricios criollos, vacilantes con el éxito logrado por el pueblo en los tumultos callejeros, no pensaron sino en que había llegado para ellos la hora del gobierno, sin admitir la urgencia de socavar el sistema en crisis. (Pérez, 1975)

Debido a la corta duración de la independencia y a la recuperación territorial por la fuerza de parte del “*Pacificador*” Pablo Morillo, solamente se logró la expedición de las constituciones de Cundinamarca (1811), Tunja (1811) y Antioquia (1812) las cuales tuvieron como factor común la abolición de la tortura, la voluntad del pueblo como fundamento del gobierno, el Derecho a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, la igualdad. Las referidas constituciones fueron establecidas desde su promulgación hasta la creación del consejo permanente de guerra creado por Morillo en 1815 (Pérez, pág. 252). Durante este periodo y hasta 1826 fue un desorden total en materia judicial, a tal punto estaba desorganizada la administración que el 08 de abril de 1826, *en la cual se proclamaron válidas las sentencias pronunciadas por los tribunales establecidos en las provincias independientes* (Pérez, 1975, pág. 254).

Superada la época de la patria boba y realizada la unificación de Venezuela, Quito y la Nueva Granada, mediante la Constitución de Cúcuta 1821, la naciente Republica se preocupó por darse su propia legislación, fue así que en 1823 se presentó la primera propuesta fallida de Código Penal, por lo tanto, en este tiempo los asuntos Penales fueron llevados a cabo de acuerdo con los términos estipulados en la colonia, es más, en la recién formada Gran Colombia no existió un código Penal, lo cual llevó a que los Procesos Penales fueran llevados a cabo en los términos que dictara el ejecutivo mediante decretos y circulares, que por lo general prescindían de todas las garantías que actualmente regentan el Derecho Penal.

Ahora bien, siguiendo con el análisis legislativo histórico, procede realizar el análisis en tiempos más actuales, por lo cual sigue en camino, realizar el análisis de la acusación de acuerdo con lo previsto en la ley 94 de 1938. La acción Penal descrita en él es de tipo pública (art. 9º), será llevada a cabo por la rama judicial, y en particular por los jueces la republica en su función de conocimiento y de instrucción (Arts. 32 a 64), adicionalmente indica que los intervinientes del Proceso Penal serán, el ministerio publico, el procesado, apoderados y defensores y la parte civil –en cuanto a la parte civil se observa que tendrá el Derecho de solicitar pruebas para el esclarecimiento de la verdad sobre el cuerpo del delito, los autores o partícipes, la responsabilidad Penal de ellos y la naturaleza y cuantía de los perjuicios que se le hayan ocasionado-. De los intervinientes en el Proceso es el Funcionario de Instrucción es quien se encuentra facultado para realizar la solicitud de emisión de auto de proceder -auto de acusación- (Art.426) , con fundamento en el cual se termina la indagación y se abre paso el juzgamiento.

En el Proceso Penal regido por la ley 94 de 1938 la acusación corresponde a una acusación pública y oficial, en tanto que es un organismo determinado por el Estado y representante de la sociedad y del poder Estatal es quien ejerce la acusación.

Ahora bien respecto a la acusación descrita en el código de procedimiento Penal de 1970, código que adoptado mediante decreto 1345 de 1970, en él, la acción Penal fue definida como una propiedad del Estado indicando que “La acción Penal corresponde al Estado” (Art. 10) adicionalmente pone en cabeza de los jueces de instrucción de lo criminal la facultad para su ejercicio de acuerdo a la regulación hecha en el artículo 470 el cual indica que deberá presentar petición fiscal de enjuiciamiento. “Cuando el agente del Ministerio Público pidiere que se dicte auto de proceder, formulará separadamente los cargos que aparezcan contra el procesado y citará las pruebas en que ellos se funden”

En relación a las personas que intervienen en el Proceso Penal, se observa que de acuerdo con los artículos 99, son el Ministerio Público, el procesado, su abogado y la parte civil.

La participación de la parte civil en el Proceso Penal regulado por el decreto 1345 de 1970 se encuentra sujeta a la presentación de un escrito de demanda en el cual deberá indicar 1. Su nombre, domicilio y vecindad; 2. El nombre, domicilio y vecindad del presunto responsable; 3. Los hechos en virtud de los cuales se considere perjudicado con la infracción; 4. El daño patrimonial que se le hubiere causado y la cuantía en que estima la indemnización; 5. El daño a los bienes de su personalidad y el daño moral que se le hubiere

causado y la cuantía en que estima su reparación, y 6. Los fundamentos jurídicos de las apreciaciones anteriores y la cita de las disposiciones legales que considere aplicables. (Art. 122); no obstante luego de admitida su participación en el Proceso Penal, esta solo contaba con la facultad para pedir pruebas, por lo cual es viable concluir que el Proceso Penal regido por el decreto 1345 de 1970 es un Proceso regido por una acusación de carácter público.

Siguiendo la tradición oficialista en la acusación, el decreto 409 de 1971, (el cual entró en vigencia el 27 de marzo de 1971, fue derogado por el decreto 181 de 1981, y fue restablecido mediante ley 2 de 1982), impuso en el artículo 10 que la actuación Penal le corresponde al Estado y se ejerce por el funcionario de instrucción (función que actualmente ostenta la Fiscalía General de la Nación), adicionalmente se observa que el artículo 11 indica que se inicia de manera oficiosa excepto en los casos de los delitos que requieran la presentación de querrela, no obstante se observa que de acuerdo con las funciones establecidas en los artículos 48 y 55 para todas las corporaciones, se encuentra la función de instrucción de los Procesos Penales, en virtud de la cual deberán iniciar y proseguir la investigación de las conductas que pueden constituir un delito.

En cuanto a los sujetos intervinientes en el Proceso Penal se observa que son el Ministerio Público, el procesado, el apoderado del procesado, la parte civil, no obstante se reitera que la acusación o debe ser solicitada por el agente del Ministerio Público, por el juez de instrucción, es necesario aclarar que en el Proceso Penal establecido por el decreto 409 de 1971 el ministerio público está integrado por la Procuraduría General de la Nación, por los fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por los Procuradores de Distrito, por los agentes

especiales que designe el Procurador General de la Nación, por los fiscales de los juzgados superiores y de los juzgados de circuito, por los delegados de los fiscales de circuito y por los personeros municipales (Art. 101).

El efímero código de 1981, adoptado mediante ley 181 de 1981, estipuló en su artículo 15 que la acción Penal siempre es pública y que la investigación es oficiosa, adicionalmente indicaba en su artículo 16 que la acción Penal le corresponde al Estado y que esta se ejerce por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, quién ostenta la facultad - obligación de presentar la acusación. Es más el artículo 87 indica que en representación de la sociedad es la Fiscalía quien ostenta la calidad de parte acusadora y para garantizar que así sea se destinó el capítulo I del título II de la referida ley para indicar la competencia y forma en la cual deberá actuar la Fiscalía General de la Nación con el fin de realizar la acusación.

En este código se consideran como partes a la Fiscalía, a la parte defensora (la cual está conformada por el abogado del acusado y por el acusado), y la procuraduría, motivo por el cual es forzoso concluir que la acusación formulada en virtud de lo estipulado en este código indica que es de naturaleza pública.

Posteriormente, en el código Penal de 1987 adoptado por decreto 50 de enero 13 de 1987 el legislador Colombiano estipuló que la titularidad y la legitimación para llevar a cabo la acusación radica en cabeza de la Rama Judicial del Poder Público (Arts. 18 y 470), respecto a la resolución de acusación estipula que es deber de los Jueces de Instrucción

Penal, hecho que constituye a la acusación en el Proceso Penal regido por este decreto en acusación pública.

En el decreto 50 de 1987 resulta paradójico que sea un juez quien instruye y quien juzga, situación que pretendió resolver el legislador indicando en el artículo 358 de dicho estatuto que *el funcionario de instrucción debe investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que establezcan y agraven la responsabilidad del procesado, sino también los que lo eximan de ella, la extingan o atenúen.*

Adicionalmente estipula como partes en el Proceso primero al acusado, segundo al Ministerio Público, tercero al Defensor, pero a la víctima si bien se la reconoce, lo hace de una forma restringida con el fin de favorecer su participación en ciertos actos procesales como por ej. La interposición de recursos, la acción civil que se deriva de la acción Penal, la casación, la revisión, etc. Lo cual no implica que la acusación en la acción Penal pueda ser realizada por directamente por la víctima o por algún sujeto procesal distinto a la Fiscalía General de la Nación, toda vez que estipula en el artículo 115, que la acusación es deber de la Fiscalía General de la Nación, lo cual como se indicó anteriormente es fiel reflejo de la acusación pública.

En cuanto a la titularidad de la acusación en materia Penal en Colombia se observa que antes de la expedición de la Constitución política de 1991, la titularidad de la acción Penal se encontraba en cabeza del Estado quién actúa por intermedio de la Rama Jurisdiccional del Poder Público por lo cual con la Constitución política de 1991 que es la que creó la Fiscalía General de la Nación dicha función ha sido asignada a dicho ente, así, en el código de

procedimiento Penal de 1991 –decreto 2700 de 1991- se evidencia que el legislador colombiano dejó la titularidad de la acción en cabeza del estado, basta ver la redacción del artículo 24 en cuanto indica que:

La acción Penal corresponde al Estado y se ejerce exclusivamente por la Fiscalía General de la Nación durante la etapa de la investigación y los jueces competentes durante la etapa del juicio, en los términos establecidos en este Código. En casos excepcionales la ejerce el Congreso.

El artículo 79 establece entre las competencias de la Fiscalía General de la Nación el deber de realizar la acusación, en este estatuto procesal la Fiscalía es junto al ministerio público, al acusado y a su defensor parte procesal (Arts.118, 131, 136 y 138)

La oficialidad y el deber de acusar fueron reproducidos de la misma manera en el artículo 26 del código de procedimiento Penal de 2000 –ley 600 de 2000-, el cual estipuló en términos similares que *La acción Penal corresponde al Estado y se ejerce por la Fiscalía General de la Nación durante la etapa de la investigación y los jueces competentes durante la etapa del juzgamiento; la Corte Suprema de Justicia adelanta la investigación y el juzgamiento en los casos contemplados en la Constitución Política. El Congreso ejerce la acción Penal excepcionalmente*, esta definición es por excelencia el fiel reflejo de la acusación pública en el Proceso Penal.

De la lectura integral del código de procedimiento Penal de 2000 y en especial de los artículos 112, 122, 126, 128, 137 y 138 se observa que le otorga la calidad de sujetos procesales a la Fiscalía General de la Nación; el Ministerio Público; el Sindicado, imputado o acusado, el Defensor, pero a la víctima si bien se la reconoce, lo hace de una forma restringida con el fin de favorecer su participación en ciertos actos procesales como por ej. La interposición de recursos, la acción civil que se deriva de la acción Penal, la casación, la revisión, etc. Lo cual no implica que la acusación en la acción Penal pueda ser realizada por directamente por la víctima o por algún sujeto procesal distinto a la Fiscalía General de la Nación, toda vez que estipula en el artículo 115, que la acusación es deber de la Fiscalía General de la Nación, lo cual como se indicó anteriormente es fiel reflejo de la acusación pública.

Capítulo 2. ¿Qué es la acusación Privada? Acusación privada., Definición.

La Acusación en el caso colombiano de acuerdo con los artículos 250 de la Constitución Política Colombiana y el artículo 549 del código de procedimiento Penal -ley 906 de 2004-, artículo que fuere adicionado por la ley 1826 de 2017, el acusador privado es la persona que al ser víctima de la conducta punible está facultada para ejercer la acción Penal representada por su abogado, igualmente estipula la norma que también podrán ejercer la acusación las autoridades que la ley expresamente faculte para ello y solo con respecto a las conductas específicamente habilitadas.

Para el autor, para poder definir el término de acusador Privado es preciso aclarar tres cosas; la primera de ellas es que con este término se designa una modalidad de

ejercicio de la Acusación (Pérez Gil; 1997; Pág. 278), y la segunda es que este vocablo no realiza una modificación en el concepto de Acusación, éste es utilizado para designar específicamente a aquellos sujetos procesales que no siendo parte del ministerio Fiscal o para el caso Colombiano a aquellos sujetos que no siendo parte de la Fiscalía General de la Nación, ejercen la Acusación y sin ser directamente afectados u ofendidos por la conducta a enjuiciar, y como consecuencia de ello llevan a cabo las actividades propias del ente acusador.

Y como tercera aclaración se resalta que acusador popular y acusador privado no son lo mismo, por lo cual con el fin de aclarar la diferencia entre acusador Privado y acusador popular en España indica el Dr. Julio Pérez Gil:

Hoy es generalmente aceptada por todos, utilizada en la práctica forense y en la jurisprudencia, la denominación “popular” para referirnos al desempeño de la acusación por cualquier ciudadano no ofendido y la de “particular” -El término particular es usado a lo largo del trabajo del Dr. Pérez Gil como sinónimo de Particular para efectos de designar al mismo sujeto procesal que ejerce la acusación, es decir para designar al directamente ofendido o afectado por la conducta que se considera delictiva.- para la hipótesis en que sea el ofendido o perjudicado quien acuse. Parece coherente pensar que, a diferentes supuestos de hecho que acarreen desemejantes consecuencias jurídicas, realidad con la que nos enfrentamos, deban darse diversas denominaciones. En ese sentido, la distinción terminológica, aun no presente originariamente en la ley, está plenamente consolidada y puede ser considerada válida sin reproche alguno.

Con lo mencionado en los párrafos anteriores se pone presente que la Acusación no cambia su naturaleza, sino que el término acusación Privada atañe únicamente a un cambio en el sujeto procesal que la realiza y no a un cambio en la naturaleza jurídica de la Acusación, de lo cual se desprende que dogmáticamente el término acusación no sufre modificación alguna, más bien el termino Acusación Privada, atiende a una distinción sobre el sujeto que la ejecuta, es decir acusación es el género, y acusación particular es la especie. La distinción entre ambas es que la Acusación Privada distingue al sujeto que lleva a cabo la misma, siendo un subtipo de la acusación en general.

La Acusación Privada es posible entenderla desde dos puntos de vista, la primera es como una facultad y la segunda es como un acto procesal; la acusación Privada entendida como facultad, es la posibilidad otorgada por la ley a una persona jurídica o natural, teniendo en cuenta sus calidades personales y su relación con el delito (ya sea de afectado directa o indirectamente) para que intervenga y ejerza las funciones de ente acusador en el en el Proceso Penal, entendida como facultad la acusación se convierte en un Derecho subjetivo otorgado no a cualquiera sino a quienes ostenten la calidad de víctima, y entendida como acto procesal es el acto mediante el cual el sujeto procesal acusador pone en conocimiento del juez los hechos por los cuales es susceptible de ser llevado a juicio el imputado. Esta diferenciación se realiza toda vez que como facultad es ejercida de manera voluntaria por parte del sujeto habilitado por la ley, no siendo así para la Fiscalía General de La Nación ente que una vez obtiene conocimiento de la posible comisión de un delito debe obrar ya sea para acusar o para solicitar la preclusión, situación definida de esta manera por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 25 de mayo

de 2016 radicado 43837, en la cual indicó que *“En un modelo procesal en el que la regla general es la legalidad, la persecución Penal es un deber jurídico y no una facultad (discrecional), como bien lo enfatizó el artículo 2º del Acto Legislativo No 03 de 2002: “...La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción Penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito...”, y no solo eso sino que en la norma superior se estableció el efecto que tal naturaleza imperativa acarrea: “No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución Penal,...”. Ahora bien, la admisión excepcional del principio de oportunidad permite entender que en los casos taxativamente señalados por el legislador en tal virtud (art. 324 C.P.P./2004), el impulso de la acción Penal es una facultad, claro está siempre reglada y sujeta a control judicial...”* (2016, pág. 26)

La acusación supone los presupuestos sobre los cuales ha de versar el Proceso, es una pretensión que como tal supone el Derecho de acción, a un Proceso, no obstante el presentar la acusación no supone de ante mano el Derecho para quien la presenta de obtener una pena para el acusado; solamente establece para el primero el Derecho a un Proceso y a realizar ciertas funciones de investigación (Sánchez Rodríguez, 2015, pág. 8), (Montero Aroca, 2006, pág. 212)

Cuando hablamos de acusación privada hablamos de una acusación ejercida de manera directa por el afectado por el delito, en otras palabras *“Al hablar de este tipo de acusación nos referimos a cualquier persona diferente al Ministerio Fiscal que se sienta ofendido o dañado directa o indirectamente por el denunciado* (Yague, 2010), mientras que en el

evento de la acusación popular hablamos de la acusación ejercida por cualquier persona, acusación que por lo regular es ejercida en delitos de carácter público.

La acusación privada y la acusación popular fueron diferenciadas desde la época romana; como bien lo explica la doctora Armenta Deu: *“Al ir apareciendo los delitos públicos, el Derecho Penal se va separando del civil, junto a la acción particular de la víctima, se reconoce a todo miembro del grupo el poder de ejercitar la acción en nombre de la colectividad.* (Armenta Deu T. , 2006).

Así las cosas y de acuerdo con lo expuesto es posible entender que la acusación particular además de ser una facultad es un medio procesal por el cual un sujeto distinto de la Fiscalía ejerce la facultad de presentar ante un juez a otro sujeto como posible autor de una conducta que a su juicio es susceptible de control Penal y por la cual ha resultado ofendido o perjudicado.

Capítulo 2.2 Clases de Acusación.

La acusación gira en torno a la regulación, denominación genérica y modelación que en cada legislación se haga del Proceso Penal, así, en legislaciones en las cuales el Derecho Penal ha sido definido como de corte oficialista la acusación será pública y en aquellos casos en los cuales la legislación ha definido y modelado el Derecho Penal como de corte adversarial o acusatorio, la acusación será realizada de manera preferente por el ministerio

fiscal, pero también se permitirá la realización de esta por particulares. Por lo cual las clases de acusación serán las siguientes:

1. La acusación Penal pública y oficial: la acusación acción Penal pública supone la realización de los actos de forma oficial, lo cual supone la defensa de un interés público mediante la realización de los actos de investigación y juzgamiento por parte del Estado, como expresión del interés de la comunidad en el enjuiciamiento de los delitos, dicha definición atiende como se mencionó, al interés que se protege por intermedio de ella, lo cual pone a la pretensión Penal en cabeza del Estado como representante de la sociedad y como garante de la imparcialidad.

La acusación pública y/o oficial fue consagrada en la redacción inicial del artículo 250 de la Constitución Política Colombiana y en el artículo 66 del código de procedimiento Penal, ley 906 de 2004, en el cual se dispone:

“El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción Penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de una conducta punible, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código.

No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución Penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías.”

Otra posibilidad de la acusación pública, es aquella que se ejerce por cualquier persona es decir que es pública en cuanto a que se atribuye al conglomerado social en general, lo cual genera que acusación privado y acción pública sean definiciones sinónimas.

La acusación pública aboga por la uniformidad de preceptos sobre los cuales se realiza dicho acto, aboga por la definición legal y técnica para ejercitar la acusación, dejando fuera de su actuar actos irrazonables y poco probables.

Un ejemplo de cuán arraigada está en la cultura jurídica latinoamericana el principio de oficialidad en los actos de investigación y acusación es la definición que sobre el Derecho Penal da el Dr. Eugenio Raul Zaffaroni al indicar que “*El Derecho Penal es un saber normativo; sirve para estructurar un sistema Penal operado por varias agencias o corporaciones que declaran tener por objeto la represión y prevención de esos delitos y en algunas ocasiones*” (Manual de Derecho Penal, 2005), lo cual significa que actualmente se ha llegado a concebir a la acusación pública como parte esencial del Derecho Penal.

El uso de la acusación pública ha sido legitimado por contraposición al Derecho que anteriormente en los sistemas jurídicos tenía la víctima, quien por ejemplo en leyes como la ley del talión, tenía la posibilidad de realizar al acusado la misma afrenta que este causó, dicha ley entre otras generó el Derecho a la venganza la cual en vez de generar justicia, creó aún mayor resentimiento entre la sociedad, motivo por el cual con la implementación de la acusación oficial se frenó la posibilidad de ejercer la justicia por mano propia, indicando que el Derecho de la víctima ha sido entregado al Estado y por lo tanto esta se mira con desdén no permitiéndole siquiera ser parte, y otorgándole Derechos parciales – como en el Caso Colombiano antes de la entrada en vigencia del acusador privado-, porque la regla es que no existen Derechos subjetivos en el Derecho Penal, por lo cual la misión principal de este será la de resocializar, prevenir y coaccionar en los eventos en los que fuere necesario para que el orden jurídico y las relaciones sociales vuelvan a su estado normal, evitando de contera que la víctima tome por cuenta propia la resolución de la infracción y con ello tome por su mano la decisión de hacer justicia.

2. La acusación Penal privada: la acusación Penal privada implica que únicamente el perjudicado, independientemente si es una persona jurídica o una persona natural, es el sujeto legitimado para realizar la acusación, en el caso colombiano la acusación privada solamente puede ser ejercida por quien

tenga la calidad de querellante legítimo, es decir, al tenor del artículo 71 de la ley 906 de 2004 por el sujeto pasivo del delito –la víctima-.

Como lo manifiesta el Dr. Sthepen Thaman, La acusación Penal privada tiene sus raíces en el Proceso Penal consuetudinario, propio de los sistemas anglosajones, en los cuales la víctima ejercía de manera directa el papel de acusador en las causas criminales (Thaman, 2005), en este Proceso no existían en principio Fiscales, por lo cual la víctima debía afrontar al acusado en un plano de igualdad al acusado, igualmente, no existía responsabilidad estatal en la recopilación, custodia y conservación de las pruebas, por cuanto como se mencionó anteriormente dichas obligaciones recaían en la víctima, haciendo que el Proceso Penal, tuviera un marcado interés en la víctima y de esta dependiera si sigue o no el mismo, la existencia de dichos intereses supone que el acusador que en este caso es la víctima, cuente con un Derecho subjetivo a la pena, el cual se encontraba sujeto a la comprobación que de su dicho pudiera hacer.

En el caso Colombiano –antes de la implementación mediante la ley 1826 de 2017, del acusador privado- la figura que más se asimila al Acusador Privado es la figura del querellante legítimo, en cuanto este es quien está facultado para realizar y presentar la denuncia a efectos de que inicie el Proceso Penal, no obstante, dicha facultad es solamente para disponer de la iniciación, por cuanto desde la presentación del escrito de denuncia en

adelante, las tareas de investigación, acusación y de proseguir con el Proceso Penal se encuentran en cabeza de la Fiscalía General de la Nación.

El acusador privado correspondió históricamente a la forma primigenia y natural en que se llevó a cabo la legitimación para ejercitar la acción en el Derecho Penal tal como lo exponen la Dra. Renatta Benedetti y la Dra. Luisa Fernanda Torrado, citando a Carrara:

En ese estado de cosas, las reglas del procedimiento no tenían otra norma que la lógica natural, cuando no era sobrepujada por la ira, es decir, ofensa privada, juicio privado, venganza privada. Los individuos reunían en sí mismos la pasión de la ofensa, el Derecho a castigar, el juicio, y hasta la ejecución de la pena...” Igualmente estableció que “... el considerar el delito como una ofensa a la sociedad, era lógico que todo ciudadano, como miembro de la sociedad ofendida, pudiera presentar acusación (2017, pág. 20).

En conclusión la acusación Penal privada es el ejercicio de la acusación por parte del directamente afectado por la conducta presuntamente punible.

3. La acusación Penal particular: En palabras de la Dra. Susana Sánchez “la acusación particular es la institución procesal por medio de la cual cualquier

ciudadano, la víctima, su representante o cualquier autoridad distinta a la fiscalía general de la nación puede adelantar el ejercicio de la acción Penal en los casos determinados expresamente por el legislador” (Sanchez, 2013, pág. 6), la acusación particular a diferencia de la acusación permite que cualquier sujeto independientemente de la condición objetiva o subjetiva que este ostente, pueda ejercitar la acción Penal, lo anterior por cuanto es un representante de la sociedad en general, por ello el Dr. Pérez Gil indica que: “el Derecho subjetivo de ejercitar la “acción Penal” serviría para defender un interés propio, pero sería coincidente además con un interés general digno de protección”.

Capítulo 3. Acusación Privada y la legitimidad por activa.

Inicialmente el artículo 250 de la constitución política de Colombia en su texto original, dispuso el principio de oficialidad como medio de ejercicio del Derecho a perseguir las conductas que se puedan constituir como delitos, proscribiendo de paso la posibilidad del ejercicio de la acusación por parte de sujetos distintos de la Fiscalía, dicha proscripción fue resaltada por la Corte Constitucional en los siguientes términos

Si bien el perjudicado es sujeto pasivo de la contravención especial y por tanto “titular del interés jurídicamente protegido por el tipo Penal”, y dentro del Proceso no puede considerarse como un extraño carente de interés, no por esta razón se convierte en sujeto procesal, calidad que como ya se vio no le es otorgada por la ley. El

perjudicado que interpone la querella, o querellante legítimo, únicamente será considerado como sujeto procesal en caso de que se constituya como parte civil en el Proceso Penal. El hecho de que para algunos delitos y contravenciones se exija la querella contrariando así el principio de oficiosidad en el inicio del Proceso Penal al hacerlo dispositivo no implica que se deba entender al querellante como parte en el Proceso. (Sentencia T-550, 2002, pág. 2)

Sumado a ello, de acuerdo con Bennedetti & Torrado (2017) se tiene que:

Desde las gacetas constitucionales hasta los análisis jurisprudenciales que se han elaborado respecto al ejercicio de la acción Penal, resulta claro y uniforme el criterio de la existencia de un monopolio en la acusación por parte de la Fiscalía General de la Nación (Desmonopolización de la Acusación Penal en Colombia: Implementación de la Figura del Acusador Particular en el Procedimiento Penal Colombiano, 2017, pág. 50).

Por lo anterior hasta antes de la implementación del acto legislativo 06 de 2011 existía un monopolio estatal en la realización de la acusación, de acuerdo con la modificación realizada al parágrafo del artículo 250 de la constitución política Colombiana y la consiguiente reglamentación del acusador privado mediante la ley 1826 de 2017; ahora, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción Penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación, pero aclarando que en todo caso, la Fiscalía podrá actuar de manera preferente; de lo cual se desprende que la acusación adoptada por el legislador

Colombiano ha encargado de manera supletiva a la víctima o a autoridades distintas de la fiscalía, con lo cual delimita de manera tajante la legitimidad por activa en la acusación particular. Atendiendo a que la acusación inicialmente fue una cuestión inter-partes y que su ejercicio solamente le incumbía al afectado por la conducta, asistimos a un regreso a los orígenes, regreso que viene colmado de instituciones procesales y de facultades para las víctimas.

Ahora bien, en virtud de la definición dada por el artículo 549 del código de procedimiento Penal –ley 906 de 2004-, es posible observar que el legislador para efectos de la acusación particular, no realizó distinción entre personas naturales y personas jurídicas, lo cual implica que la facultad fue otorgada a los dos tipos de personas sin distinción; sumado a ello, impone de acuerdo con el artículo 551 del mencionado código como requisito que la persona ostente la calidad de víctima y/o que de acuerdo con el artículo 71 de la ley 906 de 2004 ostente la calidad de querellante legítimo. Se aclara que querellante legítimo es la persona que fue ofendida o agraviada por la conducta que cuenta con la facultad para solicitar que se inicie la investigación, así las cosas la querella es el reconocimiento que realiza el legislador a las personas, de acuerdo con la Corte Constitucional:

Porque estima que en ciertos tipos Penales media un interés personal de la víctima del ilícito, que puede verse vulnerado en forma más grave con la investigación que sin ella. En tales casos, restringe la facultad investigativa, condicionándola a la previa formulación de la querella, como medio de protección de este interés personal” (Sentencia C - 658, 1997, pág. 8).

No obstante dicho cambio no resulta novedoso, es una expresión conclusiva de las facultades legales y del protagonismo que tanto la ley como la jurisprudencia han otorgado a las víctimas dentro del Proceso Penal, baste con decir que en el Proceso actual la víctima puede aún en contraposición a la Fiscalía solicitar la condena del acusado y que aún en los eventos de retiro de cargos de la entidad acusadora, es posible realizar condena con base en el pedimento de las víctimas, siempre y cuando ello resulte de la libre apreciación que del material probatorio realice el Juez; en favor de tal hipótesis se pronunció la Sala De Casación Penal de La Corte Suprema De Justicia en sentencia del 25 de mayo de 2016 radicado 43837:

El Acto Legislativo No 03 de 2002 concibió a las víctimas, de una parte, como sujetos merecedores de medidas de asistencia, de protección, de restablecimiento del Derecho y de reparación integral, y, de la otra, como intervinientes procesales, según se desprende de las previsiones del artículo 2 de la reforma en sus numerales 6 y 7. En desarrollo de ese mandato, la Ley 906 de 2004 delineó en el artículo 11 algunos rasgos de la participación de las víctimas en el Proceso Penal tendientes a garantizar su acceso efectivo a la administración de justicia, entre los cuales se destacan una serie de prerrogativas en su favor, tales como son el Derecho a la verdad, a la reparación, a la asistencia letrada, a ser oída y, especialmente para nuestro caso, el de interponer recursos contra la decisión definitiva relativa a la persecución Penal... Sin embargo, ha sido la jurisprudencia constitucional la que mayor desarrollo imprimió a los ya tradicionales Derechos a la justicia, a la verdad y a la reparación, especialmente en la sentencia C-209 de 2007;

por cuanto, ésta ensanchó las posibilidades de intervención de la víctima en el Proceso Penal, para que también pudiera: solicitar pruebas anticipadas; solicitar la exhibición de un específico elemento material probatorio o evidencia física; hacer observaciones sobre el descubrimiento probatorio; solicitar la exclusión, rechazo o inadmisión de una prueba; solicitar el decreto de medidas de aseguramiento; impugnar la decisión sobre la aplicación del principio de oportunidad; controvertir la solicitud de preclusión; elevar observaciones al escrito de acusación; y manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusación o nulidades.

Específicamente, en lo que respecta al Derecho de impugnación de la sentencia absolutoria y, en general, de cualquier decisión definitiva sobre la persecución Penal, a más de su consagración expresa en el literal g) del artículo 11 del C.P.P./2004, la Corte Constitucional ha manifestado que excluir esa posibilidad implica violación de la garantía a la doble instancia, al acceso efectivo a la administración de justicia y, en general, a los Derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de la víctima.

En la reseñada sentencia la Corte Suprema realizó el análisis de una sentencia emitida por el Tribunal Superior de Cúcuta en la cual pese a la solicitud de absolución realizada por la Fiscalía, el Tribunal decidió condenar con base en el recurso presentado por el representante de las víctimas, en ella la Corte Suprema toma como principales fundamentos el Derecho que le asiste a las víctimas a la verdad, a un debido Proceso, la garantía de acceso a la administración de justicia y a una doble instancia y a su vez se aparta de la línea jurisprudencial

sentada mediante las sentencias proferidas en los casos, Rad. 15843 del 13 de julio de 2006, Rad. 23243 del 14 de marzo de 2008, Rad. 28124 del 22 de mayo de 2008, Rad. 28961 del 29 de julio de 2008, Rad. 26099 del 27 de octubre de 2008 y Rad. 28912 del 29 de julio de 2010, en los cuales se afirmó que el retiro de los cargos por parte de la Fiscalía no es vinculante en cuanto a la decisión que tome el Juez en su sentencia toda vez que la Fiscalía sólo cuenta con facultades para realizar la postulación de dicha solicitud, pues la realización de dicho pedimento viene sujeto a la aprobación y al control que del material probatorio realice el Juez, con lo cual se tiene que a las víctimas les asiste el Derecho a presentar la apelación en aquellos casos en que no se encuentren de acuerdo con lo dispuesto por el representante de la Fiscalía en cuanto a la absolución del acusado.

Por lo cual se estima que si la sentencia puede ser fundamentada en la pretensión de las víctimas, entonces coherente resulta el hecho de permitir que estas realicen la postulación de la pretensión Penal.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Dra. Sofía Sánchez Rodríguez al indicar que:

Como el acusador no es el titular de un Derecho de carácter subjetivo material a la imposición de una pena por la comisión de un delito, el Derecho a la acción Penal no conllevará otra cosa que un Derecho al Proceso. Por consiguiente, a diferencia de lo que ocurre en el seno del Proceso civil, en el cual se posee un Derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto que se interpusiese una demanda ante el órgano

judicial competente, en el Proceso Penal, tal y como viene establecido en el artículo 24 de la Constitución, Pág. 8.

Lo cual indica que para el caso de Colombia, la acusación representa una manifestación del Derecho de acción, más no por ello implica un Derecho subjetivo del acusador a la imposición de una pena., es la materialización en Derecho Penal del Derecho al acceso a la administración de justicia de las víctimas.

En cuanto al Estado de acuerdo con el artículo 549 del Código de Procedimiento Penal Colombiano, se observa que habla de autoridades de lo cual resulta diáfano que el Estado puede actuar como acusador privado representado por cualquiera de sus entidades; no obstante, la división tripartita del Proceso Penal Colombiano está concebida como una representación de diferenciación de sujetos procesales físicamente, más no como una diferenciación de sujetos procesales teóricamente distintos, puesto que la Fiscalía está representada por un sujeto X, y la rama Judicial en un Juez; Y, sujetos que si bien, ciertamente son distintos físicamente, no es menos cierto que la naturaleza y su origen devienen del mismo lugar, son representantes del Estado en ejercicio de dos facetas del poder Estatal, es decir el Estado en ejercicio del *Ius Persequendi* realiza por conducto de la Fiscalía General de la Nación los actos de investigación y por medio de otro representante del poder estatal –El Juez- realizará los actos tendientes al juzgamiento, en estos eventos si bien el Estado actuará por intermedio de dos personas físicas distintas no hay que perder de vista que el Estado no pierde su condición de tal por el hecho de actuar por interpuesta persona. Este punto es comparable al hecho de que la víctima representada en dos personas distintas ejerza la acusación y el juzgamiento, si bien son

dos personas físicamente distintas, las dos actúan en representación de la misma persona, no obstante *la introducción del fiscal en el Proceso Penal –implica una quiebra incuestionable en la concepción estricta del sistema acusatorio como contienda entre partes con intereses contrapuestos- se justifica, no obstante, de manera plena en atención a diversas consideraciones. Por una parte, asegurar la persecución Penal, y con ello la realización del Derecho Penal. Por otra garantizar la separación de las funciones acusadora y juzgadora.* (Armenta Deu T. , 2006)

Si bien la naturaleza de la Fiscalía y su posición en el plano jurídico Colombiano no son claros, igualmente no son objeto del presente estudio, por lo cual se limitará a indicar que es posible la participación del Estado como acusador privado debido a que en esos eventos la Fiscalía será reemplazada por un tercero que también representa al Estado y se realizará la sustitución procesal en cuanto al ente acusador, conservando la referida sustitución y separación de funciones personal, pero no teórica de sujetos procesales dejando la acusación en cabeza de otra entidad con el mismo carácter de representante del Estado junto con los interrogantes que ello plantea. En palabras de los ponentes del acto legislativo “*Es necesario aprovechar el interés que pueden tener las víctimas en el ejercicio de la acción Penal y la infraestructura y personal capacitado que puedan tener otras entidades estatales, por lo cual podrían asumir la indagación e investigación de ciertos delitos y el ejercicio de la acción Penal, aligerando la carga que en estos momentos tiene la Fiscalía General de la Nación y que por sus limitaciones de recursos está conduciendo a la indefinición de las investigaciones Penales*”. (Correa; y otros, 2011).

Por último, es necesario tener presente que la introducción del acusador privado en el ámbito jurídico nacional, constituye el conceder legitimación a todos los ciudadanos, incluso a los ofendidos, o perjudicados por el delito, implica reconocer que en el servicio de los intereses generales no está solamente interesado el poder ejecutivo, sino que pueden participar todos los ciudadanos, y además con visiones distintas de cómo se sirve mejor dicho interés (Montero Aroca, 1997, pág. 57)

Capítulo 3.1 La querella, la existencia de delitos de interés particular y la acusación privada.

La querella nace como consecuencia del reconocimiento de un interés privado en los delitos, y este interés a su vez nace como consecuencia de la existencia de delitos en los cuales el bien jurídico protegido por el tipo Penal no se encuentra en cabeza del Estado; para efectos se toma como definición de bien jurídico la definición dada por el Dr. Mariano Kierszenbaum en su escrito El bien jurídico en el Derecho Penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual en el cual expone que el bien jurídico *es un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico* (Kierszenbaum, 2009)..

Ahora bien en cuanto a la querella se observa que ha sido definida por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

La querella es la solicitud que hace el ofendido o agraviado para que se inicie la investigación. La ley la establece como condición de procesabilidad, porque estima que en ciertos tipos Penales media un interés personal de la víctima del ilícito, que puede verse vulnerado en forma más grave con la investigación que sin ella. En tales casos, restringe la facultad investigativa, condicionándola a la previa formulación de la querella, como medio de protección de este interés personal. (Sentencia C - 658, 1997).

Como se mencionó en párrafos anteriores inicialmente el artículo 250 de la constitución política de Colombia en su texto original, dispuso el principio de oficialidad como medio de ejercicio del Derecho a perseguir las conductas que se puedan constituir como delitos, proscribiendo de paso la posibilidad del ejercicio de la acusación por parte de sujetos distintos de la Fiscalía, dicha proscripción fue resaltada por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

Si bien el perjudicado es sujeto pasivo de la contravención especial y por tanto “titular del interés jurídicamente protegido por el tipo Penal”, y dentro del Proceso no puede considerarse como un extraño carente de interés, no por esta razón se convierte en sujeto procesal, calidad que como ya se vio no le es otorgada por la ley. El perjudicado que interpone la querella, o querellante legítimo, únicamente será considerado como sujeto procesal en caso de que se constituya como parte civil en el Proceso Penal. (Sentencia C - 658, 1997)

Lo anterior implica que en el Proceso Penal no existen Derechos subjetivos, por cuanto el acusado, imputado o sindicado, cuenta con Derechos fundamentales que por su naturaleza son públicos, y en tanto que son públicos son irrenunciables, por lo cual él no cuenta con Derechos subjetivos en el Proceso, en cuanto al acusador este cuenta con el Derecho al acceso a la administración de justicia, Derecho que traduce en el Derecho de acción, es decir el Derecho a presentar su pretensión ante el correspondiente Juez, no obstante dicho Derecho no supone consecuentemente el Derecho a la imposición de una condena.

En línea con lo anterior, es necesario resaltar que el acusador privado no cuenta tampoco con el Derecho a una condena, cuenta, eso sí, con el Derecho y de acuerdo con el artículo 67 de la ley 906 de 2004 tiene el deber de presentar la acción ante el correspondiente Juez, de lo cual se deriva que el panorama sobre los Derechos subjetivos en el Derecho Penal no cambia.

No obstante, la inexistencia de Derechos subjetivos en el Derecho Penal no supone que no exista un interés de parte de terceros en la persecución de los delitos e igualmente en el resultado del Proceso Penal, por ello, el legislador Colombiano en ciertos delitos en los cuales considera que el bien jurídico lesionado es de carácter privado o su lesión solamente interesa a la víctima consagró la querella como medio de iniciación de la indagación en el Proceso Penal. Los delitos para los cuales existe un interés privado y por ende es necesario querella fueron descritos en el artículo 74 del código de procedimiento Penal en el cual se indicó que:

Para iniciar la acción Penal será necesario querrela en las siguientes conductas punibles:

1. Aquellas que de conformidad con el Código Penal no tienen señalada pena privativa de la libertad, con excepción de: Ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas (C. P. artículo 193); Divulgación y empleo de documentos reservados (C. P. artículo 194); Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (C. P. artículo 416); Revelación de secreto (C. P. artículo 418); Utilización secreto o reserva (C. P. artículo 419); Utilización indebida de información oficial privilegiada (C. P. artículo 420); Asesoramiento y otras actuaciones ilegales (C. P. artículo 421); Utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública (C. P. artículo 431); Utilización indebida de influencias derivadas del ejercicio de función pública (C. P. artículo 432).
2. Inducción o ayuda al suicidio (C. P. artículo 107); lesiones personales sin secuelas que produjeran incapacidad para trabajar o enfermedad sin exceder de sesenta (60) días (C. P. artículo 112 incisos 1o y 2o); lesiones personales con deformidad física transitoria (C. P. artículo 113 inciso 1o); lesiones personales con perturbación funcional transitoria (C. P. artículo 114 inciso 1o); parto o aborto preterintencional (C. P. artículo 118); lesiones personales culposas (C. P. artículo 120); omisión de socorro (C. P. artículo 131); violación a la libertad religiosa (C. P. artículo 201); injuria (C. P. artículo 220); calumnia (C. P. artículo 221); injuria y calumnia indirecta

(C. P. artículo 222); injuria por vías de hecho (C. P. artículo 226); injurias recíprocas (C. P. artículo 227); maltrato mediante restricción a la libertad física (C. P. artículo 230); malversación y dilapidación de los bienes de familiares (C. P. artículo 236); hurto simple cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 239 inciso 2o); alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado (C. P. artículo 243); estafa cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 246 inciso 3o); emisión y transferencia ilegal de cheques (C. P. artículo 248); abuso de confianza (C. P. artículo 249); aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito (C. P. artículo 252); alzamiento de bienes (C. P. artículo 253); disposición de bien propio gravado con prenda* (C. P. artículo 255); defraudación de fluidos (C. P. artículo 256); acceso ilegal de los servicios de telecomunicaciones (C. P. artículo 257); malversación y dilapidación de bienes (C. P. artículo 259); usurpación de tierras (C. P. artículo 261); usurpación de aguas (C. P. artículo 262); invasión de tierras o edificios (C. P. artículo 263); perturbación de la posesión sobre inmuebles (C. P. artículo 264); daño en bien ajeno (C. P. artículo 265); usura y recargo de ventas a plazo (C. P. artículo 305); falsa autoacusación (C. P. artículo 437); infidelidad a los deberes profesionales (C. P. artículo 445); Violación de los Derechos de reunión y asociación (C. P. artículo 200).

La existencia de delitos de interés particular y delitos de interés público se ha encontrado presente en el ámbito jurídico Penal desde su inicio, desde Roma se evidenció la existencia de delitos de carácter privado denominados en Roma como *delicta privata* y los delitos de carácter público denominados en Roma como *crimina publica*, en Colombia desde la

elaboración del primer código Penal nacional se distinguió entre delitos y culpas contra la sociedad y delitos y culpas contra los particulares; siendo ésta división muestra de la existencia de la ambivalencia de los intereses que se busca proteger por el Derecho Penal.

Capítulo 4. Acusación privada y el control sustancial de la acusación.

Urbano Martínez citando a Armenta Deu nos pone presente la importancia de realizar control constitucional sobre los términos en los cuales se realiza la acusación y la importancia de que dicho control sea ejercido por un tercero imparcial

Hoy en día el verdadero peligro para las garantías constitucionales del ciudadano subyace en el equilibrio entre la instrucción y la acusación, más que en la separación de entre acusación y juicio, así como en la protección de los Derechos del acusado, de manera que el órgano acusador no pueda adoptar medidas que arrojen una carga excesiva de parcialidad, poniendo de relieve la falta de distanciamiento psicológico de quien habiendo conducido la investigación debe luego sostener la acusación. El peligro surge en tal caso porque los rasgos inquisitorios se trasladan al fiscal corriendo el riesgo de arbitrariedades en la investigación y de invasión indebida de la vida particular

En el mismo sentido indica el Dr. Fernando Velásquez que “cuando se privatiza la justicia Penal, se suprime el juicio público, pero las penas subsisten y ellas se imponen sin que brille la verdad real para dar cabida a un patrón procesal muy inquisitivo” (2013, pág. 37).

En este orden de ideas, si bien la acusación es la representación material del *ius puniendi* y del principio de legalidad, no es absoluta porque debe estar controlada por otros principios que también son vinculantes y que ayudan en conjunto a crear un Proceso Penal más justo (Urbano Martinez, 2013, pág. 50).

La acusación establece el perímetro sobre el cual se ha de llevar a cabo el juicio, además de ello señala los cargos sobre los cuales se va a juzgar, es decir la acusación define los hechos y los delitos sobre los cuales ha de versar el juicio y con ello previene posibles sorpresas para la defensa en el momento del juicio oral (Fierro Mendez, 2012).

La acusación como se expuso anteriormente es el derrotero, la senda por la cual ha de andar la fiscalía a través del Proceso hasta la sentencia, por lo cual configura no solo sus facultades respecto al acusado, sino que también definirá sus límites con respecto al mismo, tan importante es la acusación que con base en ella y solamente con sujeción a lo expuesto en ella es posible dictar la sentencia para el juez; por lo cual no es un instituto de poca monta como para dejarse al libre albedrío de la Fiscalía General de la Nación, en lo expuesto anteriormente en el presente trabajo es posible establecer que uno de los fundamentos para que la acusación fuere posible trasladarla de cabeza del Estado y depositarla en cabeza de terceros fue el entendimiento y asimilación de esta a la pretensión en los Procesos civiles, no obstante se dejó de lado el hecho de que el Proceso Penal pueda causar algún daño físico, psicológico o en el patrimonio de quien es llevado al Proceso en calidad de imputado, indiciado o acusado, esta posible afectación fue resuelta en materia civil con la imposición de la obligación de prestar caución, caución que si

bien fuera de utilidad en el Proceso Penal, no sería tan efectiva como el control judicial sustancial de la acusación.

De la lectura del trabajo del Dr. Urbano Martinez y de la lectura de las gacetas de trámite en el congreso es posible avizorar que la posibilidad de la aplicación del control judicial sobre la acusación fue una posibilidad desechada por el legislador colombiano sin mayores argumentos que la “indebida injerencia en la labor de la Fiscalía”; falta de conveniencia de su aplicación, la aplicación de un control formal y que la responsabilidad política de acusar sin fundamento recaía en la Fiscalía (Urbano Martinez, 2013, pág. 88 a 95).

En la aplicación de la acusación por parte de la Fiscalía dichos argumentos aunque débiles han servido de fundamento, pero en el caso de la acusación privada, ejercida por quien cuente con la calidad de querellante legítimo, dichos fundamentos carecen de validez y soporte, debido a que no basta la responsabilidad política en el acusador y la falta de conveniencia para negar la aplicación de un control constitucional de la acusación; si bien pudiera decirse –como en efecto lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia- que las pretensiones de las partes no pueden ser objeto de nulidad o de invalidez porque son objeto de pronunciamiento mediante la sentencia que pone fin al Proceso, no es menos cierto que se debe acudir al Derecho Penal solamente en aquellos casos en los que resulte necesario, siempre y cuando no haya otra vía de composición, por lo cual no es viable acudir a este y desgastar el aparato jurisdiccional cuando desde la audiencia de control de la acusación se pudo haber evitado que la Fiscalía continuara con una acción contraria a los fines estipulados

para ella y con la cual se vulneraron Derechos fundamentales del enjuiciado que es en ultimas sobre quien recae y debe soportar el yerro del ente acusador (Urbano Martinez, 2013, pág. 115).

Capítulo 5. Conclusiones, Acusación privada y principios del Derecho Penal.

El Proceso Penal Colombiano ha sido históricamente reflejo de la acusación pública, en cuanto que se ha encontrado dicha facultad en manos de un ente del Estado, organismo que representará a la sociedad en la solicitud de ejecución de la sanción Penal, inicialmente fueron los Jueces de Instrucción Criminal y posteriormente la Fiscalía General de la Nación., nunca ha estado en cabeza de particulares la posibilidad de realizar la acusación, motivo por el cual la acusación privada en Colombia supone toda una novedad en el campo jurídico Penal nacional, ahora bien, no hay que perder de vista que si bien la figura es novedosa en Colombia, no sucede lo mismo con el Derecho Penal en otras latitudes, puesto que como se puede observar en el campo histórico reseñado en el presente escrito el acusador privado corresponde a las formas primitivas de ejercicio de la acusación en las cuales la víctima era reconocida como parte procesal y en consecuencia contaba con todas las facultades para ejercitar la acción Penal.

En el campo procesal Penal colombiano las victimas anteriormente denominadas parte civil pasaron de tener solamente Derecho a presentar y solicitar pruebas, a inclusive tener la posibilidad de que el juez condene en el caso bajo su examen con fundamento únicamente en el pedimento realizado por parte de las victimas, siempre y cuando dicho pedimento cuente con sustento en la estimación de las pruebas que permitan analizar la materialidad y responsabilidad del acusado.

En un mundo ideal, el Proceso Penal fomentaría tanto que se haga justicia en cada caso como que se trate a la ciudadanía en general y a los imputados del delito en particular de forma fair. Por desgracia, como bien sabemos, no habitamos un mundo ideal. La realidad es que en muchas ocasiones solo se puede hacer justicia en un caso determinado si aceptamos prácticas que pueden catalogarse de unfair. De forma similar al asegurarse de tratar a los que entran en contacto con el sistema criminal de manera fair puede llevar a que no se haga justicia en ciertos casos. Se trata de un problema que se vuelve particularmente agudo en sistemas adversariales de justicia Penal, dado que el sistema adversarial surge precisamente como un esquema diseñado para garantizar un nivel mínimo de fairness en el Proceso Penal, aunque el precio que tenga que pagarse para ello sea sacrificar un poco de justicia” (Chiesa Aponte, 2010, pág. 49).

En el caso Colombiano la justicia procesal *fairness* –tratar de forma *fair* en el presente documento hace referencia al trato con equidad que se debe dar a las partes intervinientes en el Proceso Penal- va íntimamente ligada con el Derecho a la defensa, igualdad de armas, en tanto que este es un medio para la realización de aquella, en aras de garantizar la efectividad de dicho Derecho en la legislación actual Colombiana se ha establecido su protección constitucional, al ser incluido el Derecho a la defensa dentro de los Derechos fundamentales, igualmente se ha establecido su garantía mediante la inclusión y protección mediante la ley 906 de 2004 (actual código procesal Penal) y mediante la ley 599 de 2000 (actual código Penal), no obstante, dicha igualdad procesal podría verse afectada en la medida en que se le otorga al acusador privado las mismas prerrogativas con que cuenta la Fiscalía en

materia investigativa, valga decir a modo de ejemplo, las facultades otorgadas por el legislador en el artículo 114 del código de procedimiento Penal, no obstante dicho impase fue resuelto por el legislador Colombiano al indicar en la ley 1826 de 2017 la cual es enfática al establecer que dichas actividades serán ejercidas por intermedio del Juez de Control de Garantías, cuando del ejercicio de dichas facultades pueda resultar lesionado o vulnerado algún Derecho fundamental, por lo cual fuerza concluir que el principio de igualdad de armas no se vulnera en la medida en que se han asignado las mismas facultades al acusador privado y al indiciado en la defensa de cada uno de sus intereses y que en aquellos eventos en los cuales los Derechos fundamentales del indiciado puedan verse afectados serán afectados sí y solo sí media autorización judicial previa.

Las personas que se resisten a la aplicación del acusador privado en el ordenamiento jurídico Colombiano lo primero que pasan por alto es que el Proceso Penal colombiano esta cimentado sobre tres axiomas, el primero de ellos es la máxima NULLA POENA SINE LEGE, el segundo es que aquel que acusa no juzga división que fue consecuencia de la implementación y creación de la Fiscalía General de la Nación y que se mantiene en firme con el acusador privado toda vez que este podrá realizar la acusación más no realizará las actividades de juzgamiento, y que además el Proceso Penal tiene como principal ejecutor del *ius puniendi* a los jueces de la República, siendo claro además que la acusación no presupone de entrada el Derecho a una condena, supone el Derecho a un Proceso, la inexistencia de Derechos subjetivos Penales supone que el acusador particular tiene Derecho a un Proceso, en el cual postulará su pretensión, sin que por ello tenga mayor influencia que aquella que le puede otorgar el material probatorio que al Proceso se allegue.

En relación al principio de oficialidad es necesario advertir que este sufre una conversión, una redefinición, en tanto que en el Proceso Penal la ejecución del ius puniendi continúa siendo una facultad pública, ejercida por el Estado en tanto que este, a través de los jueces realiza la sanción de las conductas que puedan constituirse como delitos; igualmente la imparcialidad en materia Penal, se asegura en la medida en que son dos sujetos distintos los encargados de la función investigativa y de la función juzgadora.

Atendiendo a la complejidad del acto de acusación, y la gravedad de las consecuencias que dicho acto conlleva en los Derechos fundamentales se considera pertinente que haya un control formal sustancial de los presupuestos de la acusación, que se realice por parte del juez de control de garantías con el fin de que se reserve la acción Penal exclusivamente para aquellos casos en que verdaderamente resulte necesaria.

Por último y en razón a los delitos en los cuales el acusador privado puede tener inferencia se estima conveniente que sea en aquellos delitos de carácter querellable y/o aquellos en los cuales el bien jurídico tutelado que resulte afectado sea un bien jurídico de algún particular, es decir que no sea un delito contra de aquellos que se reputan de importancia para la sociedad en general, los cuales para efectos de claridad fueron enlistados en el artículo 534 del código de procedimiento Penal establecido por la ley 906 de 2004, modificada por la ley 1826 de 2017, en el cual se indica que son las siguientes:

1. Las que requieren querrela para el inicio de la acción Penal.

2. Lesiones personales a las que hacen referencia los artículos 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118 y 120 del Código Penal;
3. Actos de Discriminación (C. P. Artículo 134A),
4. Hostigamiento (C. P. Artículo 134B),
5. Actos de Discriminación u Hostigamiento Agravados (C. P. Artículo 134C),
6. Inasistencia alimentaria (C. P. artículo 233)
7. Hurto (C. P. artículo 239);
8. Hurto calificado (C. P. artículo 240);
9. Hurto agravado (C. P. artículo 241), numerales del 1 al 10;
10. Estafa (C. P. artículo 246);
11. Abuso de confianza (C. P. artículo 249);
12. Corrupción privada (C. P. artículo 250A);
13. Administración desleal (C. P. artículo 250B);
14. Abuso de condiciones de inferioridad (C. P. artículo 251);
15. Utilización indebida de información privilegiada en particulares (C. P. artículo 258);
16. los delitos contenidos en el Título VII Bis, para la protección de la información y los datos, excepto los casos en los que la conducta recaiga sobre bienes o entidades del Estado;
17. Violación de Derechos morales de autor (C. P. artículo 270);
18. Violación de Derechos patrimoniales de autor y Derechos conexos (C. P. artículo 271);
19. Violación a los mecanismos de protección de Derechos de autor (C. P. artículo 272);
20. Falsedad en documento privado (C. P. artículos 289 y 290);

21. Usurpación de Derechos de propiedad industrial y de Derechos de obtentores de variedades vegetales (C. P. artículo 306);
22. Uso ilegítimo de patentes (C. P. artículo 307);
23. Violación de reserva industrial y comercial (C. P. artículo 308);
24. Ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico (C. P. artículo 312).

En conclusión el acusador privado realiza la democratización de la justicia Penal, en tanto permite que los terceros directamente interesados y que se vieron afectados por la ejecución de la conducta que se estima vulneradora del orden jurídico Penal, en el resultado del Proceso intervengan de manera activa en él, y mantiene las garantías actuales del Proceso en la medida en que garantiza la igualdad entre las partes.

Bibliografía

Aguilera Bertucci, D. (2011). La Participación de la Víctima en el Proceso Penal Oficial. En U. C. Norte, *Revista de Derecho* (págs. 51- 72). Santiago de Chile.

- Arango, A. V. (2008). *El Juicio Oral en el Proceso Penal Acusatorio*. Bogotá: Fiscalía General de La Nación.
- Armenta Deu, T. (2006). *Nuevo Proceso Penal: Sistemas y Valoración de Pesos y Contrapesos*. Barcelona: Marcial Pons.
- Armenta Deu, T. (2007). Juicio de acusación, imparcialidad del acusador y derecho de defensa. *IUS ET PRAXIS*.
- Armenta, D., & Teresa. (1994). Pena y Proceso: Fines Comunes y Fines Específicos. *La Política criminal y el sistema de Derecho Penal*, (pág. 12). Barcelona.
- Benedetti, R., & Torrado, L. (2017). *Desmonopolización de la Acusación Penal en Colombia: Implementación de la Figura del Acusador Particular en el Procedimiento Penal Colombiano*. Bogotá: Universidad Javeriana.
- Bernal Torres, C. A., & Tomas, S. A. (2006). *Metodología de la investigación para administración, economía, humanidades y ciencias sociales*. México: Pearson education.
- Bustamante, J. L. (22 de 01 de 2011). *Penal General*. Obtenido de jbpنالgeneral:
<http://jbpنالgeneral.blogspot.com.co/2011/01/02-leccion-inaugural-derecho-penal-y.html>
- Carrara, F. (2005). *Programa de derecho criminal*. Bogotá: Temis.
- Chiesa Aponte, L. (2010). Justicia y Fairness en el Proceso Penal. En F. Velasquez, *Sistema Penal Acusatorio y Nuevos Retos* (pág. 197). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Consejo Superior De La Judicatura. (2005). *Reflexiones Sobre El Nuevo Sistema Procesal Penal*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Corporación Excelencia En La Justicia. (02 de 2012). *Consejo De La Judicatura Federalramirez*. Recuperado el 03 de 04 de 2014, de <http://www.cjf.gob.mx/>:
<http://www.cjf.gob.mx/reformas/boletin/0612/DocColombia2.pdf>
- Correa, Puentes, Abril, Gómez, Navas, Prada, y otros. (2011). *Exposición De Motivos Proyecto De Acto Legislativo 216 De 2011 Cámara*. Bogotá.
- Daza Gonzalez, A. (2010). *El Principio de Igualdad de Armas en el Sistema Procesal Penal Colombiano*. Bogotá: Ibañez.
- Deu, A., & Teresa. (17 de 06 de 2014). *Nuevo Proceso Penal: Sistemas Y Valoración De Pesos Y Contrapesos*. Obtenido de Bibliojuridica: <http://www.bibliojuridica.org>
- Devis Echandia, H. (2012). *Principios Fundamentales del Derecho Procesal Penal*. Bogotá: Ibañez.
- Diez-Picazo y Ponce de León, L. M. (2000). *El Poder De Acusar Ministerio Fiscal Y Constitucionalismo*. Madrid: Ariel.
- Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". (2010). *Principio de Oportunidad y Política Criminal, De la discrecionalidad Técnica a la Discrecionalidad Política Reglada*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa.
- Fierro Mendez, H. (2012). *La Imputación y La Acusación En El Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: Leyer.
- Gomez Colomer, J. L. (1997). La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, 331-350.
- Gonzalez Daza, A. (2009). El Principio de Igualdad de Armas en el Sistema Procesal Penal Colombiano a Partir del Acto Legislativo 03 de 2002. *Principia Iuris*, 121-146.

- Gonzalez Mongui, P. (2007). *La Policía Judicial en el Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: Doctrina Y Ley.
- González Navarro, A. L. (2010). *Efectos Jurídicos De La Imputación En El Proceso Penal Acusatorio Acusación, Preclusión, Oportunidad Y Negociación*. Bogotá: 2010.
- Guerrero P., O. J. (2007). *Penal, Fundamentos Teórico Constitucionales Del Nuevo Proceso*. Bogotá: Ediciones nueva jurídica.
- Jimenez de Asúa, L. (2002). *Introducción al Derecho Penal*. México: Editorial Jurídica Universitaria.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Ed. EUDEBA.
- Kierszenbaum, M. (2009). El Bien Jurídico en el Derecho Penal. Algunas Nociones Básicas Desde la Óptica de la Discusión Actual. *Lecciones y Ensayos*, 187- 211.
- Lopez, F. (Marzo de 2006). *La Figura del Acusador Popular en el Derecho Procesal Penal*. Guatemala, Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Mommsen, T. (1999). *Derecho Penal Romano*. Bogotá: Temis.
- Montero Aroca, J. (1997). *Principios del proceso penal una explicación basada en la razón*. Barcelona: Tirant Lo Blanch.
- Montero Aroca, J. (2006). El Principio Acusatorio Entendido Como Eslogan Político. *Ius Et Veritas*, 208-219.
- Navas Corona, A. (1998). *Breviario Histórico de Derecho Penal*. Bucaramanga.
- Pérez, L. C. (1975). *Tratado de Derecho Penal*. Bogotá: Temis.
- Ramirez Bastidas, R. (2004). *Proceso Penal Y Sistemas Acusatorios*. Bogotá: Doctrina Y Ley.
- Sánchez Rodríguez, S. (2015). *La acusación popular*. Barcelona: Universidad de Valladolid. Facultad de Derecho.
- Sanchez, S. (2013). *El acusador privado en Colombia, una aproximación desde los principios del derecho penal*. Bogotá.
- Sentencia C - 658, C - 658 (Corte Constitucional de Colombia Tres de Diciembre de 1997).
- Sentencia T-550, T-550 (Corte Constitucional de Colombia 18 de Julio de 2002).
- Sentencia C-799, C - 799 (Corte Consitutucional de Colombia 02 de Agosto de 2005).
- Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal, 43837 (Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal 25 de Mayo de 2016).
- Sentencia C-041, C-041 (Corte Constitucional de Colombia Primero de Febrero de 2017).
- Thaman, S. (2005). La Dicotomía Acusatorio-Inquisitivo en la Jurisprudencia Constitucional de Estados Unidos. En K. Ambos, & E. Montealegre Lynnet, *CONSTITUCION Y SISTEMA ACUSATORIO* (pág. 265). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Urbano Martinez, J. J. (2013). *El Control De La Acusación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Vargas Lozano, R. (2012). El Ejercicio De La Acción Penal En Colombia. Reflexiones En Torno A La Reforma Al Artículo 250 De La Constitución Nacional. *Cuadernos de Derecho Penal*, 59-88.
- Velasquez, F. (2004). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá D.C.: Temis.
- Velasquez, F. (2013). *La Justicia Negociada: Un Ejemplo del Peligro de la Privatización del Proceso Penal con el Nuevo Sistema*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Winter, L. B. (2008). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Madrid: Marcial Pons.
- Yague, D. (30 de abril de 2010). *20 minutos*. Recuperado el 26 de 08 de 2016, de La acusación popular: una polémica particularidad del derecho penal español: <http://www.20minutos.es/noticia/689692/0/acusacion/popular/polemica/>

Zaffaroni, E. R. (2005). *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.