



**LA DELEGACIÓN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN EL ACTOR  
PRIVADO**

**MARÍA PAULINA RESTREPO PALACIO**

**CARLOS MIGUEL RESTREPO MARÍN**

**JULIETH MARIANA ROMERO CANO**

**Asesor: ANDRÉS FELIPE ARANGO G.**

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**MEDELLÍN**

**2018**

**LA DELEGACIÓN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN EL ACTOR  
PRIVADO**

**MARÍA PAULINA RESTREPO PALACIO**

**CARLOS MIGUEL RESTREPO MARÍN**

**JULIETH MARIANA ROMERO CANO**

**Asesor: ANDRÉS FELIPE ARANGO G.**

Abogado, Especialista en Derecho Penal y Criminalística

Especialista en Derecho Procesal

Magíster en Derecho Procesal

Doctorado en Derecho Procesal

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**MEDELLÍN**

**2018**

**NOTA DE ACEPTACIÓN**

---

---

---

---

---

**Presidente del Jurado**

---

**Jurado**

---

**Jurado**

**Medellín, 20 de Septiembre 2018.**

## **Dedicatoria**

Al Doctor Andrés Felipe Arango, por su gran apoyo y motivación; por el tiempo compartido pues con su orientación hizo posible la elaboración de este proyecto y así logró impulsar nuestro crecimiento profesional.

## **Agradecimientos**

A DIOS, Infinitas gracias, porque nos permitió llegar hasta este momento, hasta esta meta, una de las tantas que hay en nuestras vidas, le damos gracias por cada momento vivido, por llenarnos de paciencia en este camino.

A todos los docentes de nuestra UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA, que estuvieron presentes en nuestra formación de una manera humana, responsable y profesional, porque dieron lo mejor de cada uno, no solo para formarnos en conocimientos, sino como seres humanos con capacidades y cualidades; a todos nuestros docentes mil y mil gracias por acompañarnos durante todos estos años llenando un gran espacio en nuestros corazones.

A las personas que no solo nos dieron la vida, sino también su amor infinito, compañía incondicional y conocimientos invaluable. A ustedes familia tengan en cuenta que no importa en donde se encuentren, nosotros siempre estaremos agradecidos porque nos han ofrecido lo mejor razón suficiente para ser lo que somos.

A nuestros amigos y compañeros, que nos vieron sufrir y gozar en cada paso de esta carrera, gracias por compartir con nosotros los buenos y malos momentos, por alentarnos y no dejarnos desfallecer.

## Contenido

	Pág.
Planteamiento del problema.....	8
Justificación del problema .....	9
<b>CAPITULO 1. ACCIÓN Y PRETENSIÓN .....</b>	<b>11</b>
1.1 Concepto del derecho de acción .....	11
1.2 Concepto de pretensión .....	13
1.2.1 Definición de la acción.....	15
1.2.2 La pretensión .....	16
1.3 Libre acceso a la administración de justicia como derecho de acción .....	17
1.4 El concepto de la acción penal del Estado.....	18
1.5 La acción en el proceso penal.....	23
1.6 La pretensión .....	24
<b>CAPITULO 2. EL EJERCICIO DE LA ACUSACIÓN.....</b>	<b>26</b>
<b>CAPITULO 3. EJERCICIO DE LA ACUSACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO DEL</b>	
<b>ACTOR PRIVADO .....</b>	<b>34</b>
3.1 República de Argentina.....	34
3.1.1 Querellante o acusador particular.....	34
3.2 Chile.....	38
3.2.1 Ejercicio de la acción penal en la perspectiva penal .....	38
3.2.2 Estructura legal de la actuación penal .....	40
3.2.3 Ejercicio de la acción penal en la perspectiva penal .....	41
3.2.4 Procedimientos Penales Especiales .....	42
3.3 España .....	43
3.3.1 La víctima en el sistema procesal penal de España.....	43
3.3.2 Las partes acusadoras .....	47
3.3.3 La importancia práctica del Ejercicio de la Acción Penal por el Ofendido o	
Perjudicado por el Delito.....	50
<b>CAPITULO 4. EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y SU VINCULACIÓN CON EL</b>	
<b>DERECHO DE ACCIÓN.....</b>	<b>51</b>

4.1 El principio de congruencia en materia penal en los regímenes procesales mixtos.....	51
4.2 El principio de congruencia en materia penal en la ley 906 de 2004.....	55
4.3 Implicaciones de la congruencia .....	58
CAPITULO 5. EL ACUSADOR PRIVADO EN COLOMBIA .....	64
Conclusiones.....	71
Referencias.....	83

## LA DELEGACIÓN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN EL ACTOR PRIVADO.

### **Planteamiento del problema.**

De conformidad con el artículo 250 de la Constitución Política de 1991 la Fiscalía General de la nación es el titular exclusivo y excluyente del ejercicio de la acción penal:

La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías (Constitución Política de 1991, art 250).

Posteriormente, la Ley 1153 del año 2007 derogó las conductas querrelables en contravenciones, indicando que quien ejercía la acusación privada en este caso era la víctima o a quien este delegara (art. 42), la corte constitucional en sentencia C-879 del 2008, declaró la inexecutable de la Ley 1153, debido a que:

“A pesar de que las conductas definidas como pequeñas causas continúan siendo materia penal y tratadas como delitos, y que su sanción puede dar lugar a la



privación de la libertad, la Ley 1153 de 2007 excluyó a la Fiscalía General de la Nación de la competencia para la investigación de los hechos, que conforme lo establece de manera clara, expresa e inequívoca el inciso primero del artículo 250 de la Constitución Política, la Fiscalía General no puede renunciar a ejercer la acción penal ni dejar de realizar la investigación penal frente a aquellos hechos que revistan las características de un delito, sin perjuicio de la institución de la querrela, asignándole las funciones de investigación e indagación a la Policía Nacional frente a las contravenciones penales, que siguen revistiendo las características de un delito, lo que contraría el artículo 250 Superior” (Sentencia C-879 del 2008).

Luego el acto legislativo 06 de 2011 que modificó el artículo 250 de la siguiente manera: “El artículo 250 de la Constitución Política tendrá un párrafo 2 del siguiente tenor: Párrafo 2°. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente” (Acto legislativo 06 de 2011). Lo anterior, entonces, permite que la ley delegue el ejercicio de la acción penal de acuerdo con determinados delitos y su complejidad en un actor privado, lo que es regulado por la Ley 1826, es así como en el Título Segundo de la Ley 1826 se habla del actor privado y de la conversión de la acción pública en privada (Art. 27 al Art 33), de allí surge una pregunta problemática: *¿Existe ejercicio de acusación privada en Colombia?*

### **Justificación del problema.**

El presente trabajo pretende establecer si con la entrada en vigencia de la Ley 1826 de 2017 de cara al proceso penal, la víctima realmente ejerce el ejercicio de la Acción penal de acuerdo a un modelo de pretensión, con las facultades que ello acarrea o simplemente es un delegatario más de aquella entidad que tiene en cabeza la Acción penal.

Para responder a este cuestionamiento es necesario traer a colación los conceptos de acción y pretensión las implicaciones de los mismos, bastante importantes dentro del derecho penal; en

palabras de Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, se afirma que el derecho de acción es un derecho de rango fundamental, que tiene toda persona a obtener de un estado una tutela judicial efectiva, ahora bien, nuestra Corte Suprema de Justicia define la pretensión como la declaración de voluntad, mediante la cual se solicita del órgano jurisdiccional, frente al demandado, una actuación de fondo que declare, constituya o imponga una situación jurídica y obligue a observar determinada conducta jurídica. Cabe afirmar que la pretensión, antes que un hecho o un poder es una simple manifestación de la voluntad de un sujeto; así las cosas cuando hablamos de acusación privada, hablamos de acción privada, acción que se le confiere al acusador privado para que sea autónomo e independiente en sus actuaciones; no obstante los interrogantes siguen siendo: ¿En verdad se ejerce acusación privada?, ¿En verdad se le confiere esta posibilidad o simplemente se le delega?

En la situación anteriormente expuesta se debe tener en cuenta el desarrollo del ejercicio de la acusación como manifestación del derecho de acción dentro del sistema penal acusatorio Colombiano, esto con el fin de ilustrar la tarea y las facultades que tiene el acusador privado en el evento de que la acción penal le sea convertida a la persona afectada, puesto que; cuando se habla de acusación privada se está hablando, de que existe ejercicio de la acción penal por parte del acusador privado, de acuerdo a determinada categoría de delitos de un marco normativo. Así mismo, para establecer las facultades que tiene el actor privado en el ejercicio de la acusación, es preciso investigar en el derecho comparado cómo ha funcionado la acción privada en diferentes países, donde su ordenamiento jurídico la ha permitido, como los son Argentina con la figura del querellante adhesivo u autónomo, y en el mismo sentido Chile y España con la acción privada. Por último, conectando acción y pretensión, abordamos la connotación del principio de congruencia y sus componentes, persona, hechos y calificación jurídica en lo que tiene que ver con el ejercicio de la acción privada, de acuerdo a la norma que autoriza la conversión de la acción pública en privada.

## CAPITULO 1. ACCIÓN Y PRETENSIÓN.

Sería erróneo abordar el estudio de una figura como el acusador privado, sin antes entender los conceptos de acción y pretensión, toda vez que ellos constituyen un presupuesto para comprender el ejercicio de la acusación privada, implicaciones, facultades y su naturaleza.

### 1.1 Concepto del derecho de acción.

Numerosas concepciones han definido el derecho de acción a lo largo de la historia del Derecho Procesal, sin embargo: en materia procesal, es una referencia actualizada sobre el derecho de acción y afirman que es “un derecho de rango fundamental, que por lo mismo tiene toda persona, a obtener de una estado-juez una tutela judicial efectiva” (Quintero & Prieto, 2008), Además de realizar un análisis resumido de los hitos que corresponden a la idea constitucional moderna de la tutela judicial efectiva, es decir del derecho de acción, de debe analizar :

#### A) El acceso a la jurisdicción.

- Hay dos garantías fundamentales referidas al juez que tienen íntima relación en este asunto. El primero es el derecho al juez jurisdiccional: se tiene derecho a que el conflicto propio sea decidido por un juez jurisdiccional, un juez de la jurisdicción común, un juez natural, es decir el juez preconstituido de ante mano por el legislador como aquel competente en abstracto para conocer de litigios.
- Las leyes suelen exigir prerequisites a la admisión de la demanda. Estos deben ser razonables, equiparables de en importancia a este derecho fundamental, justificados por el interés general. De otra manera la ley misma sería inconstitucional.
- El juez debe autorizar el ingreso de las partes del proceso, siempre y cuando se llene los requisitos razonables de ley. Su negativa injustificada violaría el derecho de acción en esta primera faceta y podría ser impugnada por vicio de inconstitucionalidad. Lo dicho hace

referencia expresa a la parte actora; mutatis mutandi tiene validez con respecto a la parte demandada.

**B) El derecho a que se adelante un debido proceso.**

La tutela judicial efectiva no se satisface por la mera admisión de la pretensión, ni solo por recibir en el proceso al demandado. Es preciso que se cumplan todas las formalidades que integran la garantía del debido proceso. Las vulneraciones de la forma producen nulidades o inexistencias, porque desvirtúan el carácter de instrumento necesario para solucionar el conflicto, que conviene al proceso. Se deben dar las condiciones esenciales del debido proceso: legalidad del juez y legalidad de la audiencia. La legalidad del juez remite al respeto por todas las garantías que conciernen al tercero decisor. La legalidad de la audiencia se desdobra como derecho de defensa y como observancia de las formas del procedimiento. El derecho de defensa o bilateralidad de la audiencia se apoya en este brocardo: *Audiatur et altera pars* y se materializa en toda la actividad esencial que incumbe a cada parte en el proceso: recurrir, pedir y contradecir pruebas, alegar, recibir notificaciones, presentar excepciones, ejercer la pretensión. Todo en atención a la exigencia de igualdad de las partes: En el proceso las partes deben gozar de idénticas y recíprocas oportunidades de ataque y de defensa.

**C) El derecho a la decisión de fondo o mérito.**

La decisión del conflicto es la función jurisdiccional. No es suficiente que se admita la pretensión y se avale la resistencia, ni tampoco que se adelante con todas sus formas un debido proceso. El cometido del derecho de acción pide además que se solucione el conflicto que fue sometido al proceso. Que se profiera una decisión judicial diciendo con carácter definitivo cuál es el derecho, de qué lado está el derecho. Cómo se estructura concretamente ese derecho que antes era conflictivo. Se contrapone este derecho a una sentencia de forma. Así denominada inhibitoria. Se tiene pues derecho a la sentencia de fondo o mérito.

#### **D) Efectividad de la sentencia.**

- Hace referencia esta fase al cumplimiento espontáneo u obligatorio de la sentencia judicial.
- La sentencia susceptible de ser ejecutada es la sentencia cognitiva estimatoria de la pretensión. Una sentencia desestimatoria no contiene nada que deba ser ejecutado.
- Las sentencias simplemente declarativas y las constitutivas se ejecutan materialmente por medio de actos administrativos de registro, que dan entidad al derecho reconocido o constituido introduciéndolo en el universo jurídico. La ejecución es un acto complejo, una hipóstasis entre el mandato del juez y el registrador, o el notario, o el funcionario administrativo, encargado del registro público que ejecuta el correspondiente acto de inscripción. Sobra acotar, contrario a lo que suele suceder en la praxis, que en caso de discrepancia debe primar la voluntad del juez.
- La sentencia de condena penal se cumple también de manera hipostasiada. Es una actividad conjunta de la entidad que tiene a su cargo la administración de los establecimientos carcelarios y del juez penal: juez penal de ejecución.
- Las sentencias civiles, laborales o contencioso-administrativas de condena, si no se ejecutan espontáneamente se hacen cumplir por medio del proceso ejecutivo jurisdiccional.
- También con respecto de esta fase se critican determinadas leyes que suspenden la ejecución contra el Estado o la restringen más allá de la razonable.
- Queda incluida en esta fase la tutela cautelar como accesoria de la ejecutiva o de la cognoscitiva. (págs. 301-304)

#### **1.2 Concepto de pretensión.**

Continuando, con los mismos autores, extraemos una definición de pretensión y más concretamente, la definición de *la pretensión en el derecho penal*, con el fin de que nuestros lectores asimilen las implicaciones de acción conectada a pretensión.

Así las cosas, dentro del libro referido se desarrolla la definición de la pretensión según GUASP como; “la declaración de voluntad en la que se solicita una actuación del órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración” (Quintero y Prieto 2008, pág. 26). Si bien esta definición es bastante clara para lo que compete es menester traer a colación el concepto en materia penal que se desarrolla en esta misma obra de la siguiente manera:

#### *La pretensión en el derecho penal*

- La pretensión procesal penal es el acto de la voluntad mediante el cual, un particular, un funcionario público o el Estado en general, pide la sanción o la medida de seguridad para un determinado imputado o acusado por razón de un hecho también determinado (Quintero & Prieto, 2008, págs. 357 - 358).
- La pretensión punitiva está dirigida contra el acusado por conducto del acusador, titular del *ius punendi* y se ejerce ante el juez que tiene la jurisdicción. La así denominada pretensión punitiva busca el sometimiento del culpable a la pena. (Quintero & Prieto, 2008, págs. 357 - 358).
- La pretensión punitiva no define el modelo clásico de pretensión. El acusador a veces es el Estado por medio de un funcionario cuya denominación más común es la de *fiscal*. Otras veces los delitos serían disponibles y el *ius punendi* estaría confiado a la autonomía de la voluntad privada. (Quintero & Prieto, 2008, págs. 357 - 358).
- Desde los códigos napoleónicos hasta época muy reciente denominaba en Iberoamérica en el proceso penal el modelo denominado mixto: compuesto por dos etapas: el sumario y el juicio. En torno a él se suscitaban hondas discusiones. Hoy el proceso penal sigue por lo general un modelo *adversary*. (Quintero & Prieto, 2008, págs. 357 - 358).
- Hernando Devís Echandía, por ejemplo, distinguía dos clases de imputaciones y por lo mismo dos momentos procesales para el ejercicio de la pretensión punitiva: la pretensión punitiva inicial o provisional que se formularía en la denuncia o en el auto cabeza del proceso y la posterior o definitiva que se contendría en la providencia que pusiera fin al sumario e iniciara el juicio o plenario; tal la resolución de acusación o de llamamiento a juicio o el auto de calificación definitiva. Son los mismos inútiles esfuerzos por hacer aparecer como técnico el

mal denominado proceso penal mixto. Es valedera la objeción de BRISEÑO SIERRA al así denominado proceso mixto cuando niega cualquier calificativo de proceso al sumario, etapa meramente administrativa, investigativa, sin pretensión punitiva alguna, apenas como jurisdicción voluntaria y que muy bien pudiera confiarse a la policía judicial, porque el proceso penal apenas comienza con la formulación de la pretensión punitiva, la cual, en un sistema técnico debe contenerse en la acusación que formule el acusador con precisión de todos los elementos que la estructuran, la cual pretensión punitiva por si sola engendra, mantiene y justifica el proceso penal. (Quintero & Prieto, 2008, págs. 357 - 358).

De igual manera, son muchas las definiciones que se plantean respecto de la acción y pretensión y para no quedarnos en un solo punto nos remitimos a Rojas (Rojas Gómez, 2017), donde desarrolla la definición de la Acción de la siguiente manera:

### **1.2.1 Definición de la acción.**

Según Rojas “la acción es el derecho subjetivo abstracto, radicado en cabeza de cada uno de los asociados, de exigir al Estado la realización de la jurisdicción mediante la provisión de una solución jurídica a la situación o cuestión problemática concreta en que advierta erosionados importantes valores colectivos o estime comprometidos sus particulares intereses real o supuestamente amparados por el derecho” (Rojas Gómez, 2017). Desde esta perspectiva la acción tiene que existir en cabeza del individuo antes del advertimiento de cualquiera cuestión problemática, de tal suerte que este pueda disponer de aquella, para ejercerla, a la hora de surgir en el mundo empírico alguna cuestión problemática. “Con razón, hay quienes sostienen que la acción es el derecho a la prestación de la jurisdicción, pues lo único que el individuo puede exigir con el ejercicio de la acción es que la jurisdicción cumpla en relación con la cuestión problemática que concretamente implica sus intereses” (Rojas Gómez, 2017).

### 1.2.2 La pretensión.

El derecho de la acción solo puede ejercitarse en la medida en que haya necesidad de acudir a la jurisdicción a plantear una cuestión problemática concreta en orden a que el juez consiga, provea o imponga la respectiva solución jurídica. A dicho planteamiento específico se le conoce como pretensión. No es concebible el ejercicio del derecho de la acción sin la formulación de una pretensión, pues lo único que justifica el empleo de la acción es la necesidad de plantear una cuestión concreta para estimular un pronunciamiento del Estado acerca de ella. Si no es porque el individuo se encuentra ante una situación que lo compromete o que, por estar vinculado a ella el interés general, lo mueve a provocar una solución, no se ve como pueda ejercitar el derecho de la acción, si este justamente está instituido para emplearlo cuando quiera que la cuestión problemática se presente (Rico Puerta, 2013, págs. Pág. 259,260,261,262 )

Sin embargo, para que una situación sea considerada, examinada y seleccionada por el juez, no siempre es necesario el ejercicio de la acción. Como se dejó explicado arriba, hay múltiples situaciones susceptibles de examinarse y solucionarse en ejercicio de la función jurisdiccional por iniciativa exclusiva del estado, es decir, sin necesidad de que algún asociado ejercite su acción para poner en actividad jurisdiccional. En estos casos es claro que la pretensión es considerada por el juez sin necesidad de ejercicio de la acción. A pesar de la simplicidad del concepto que aquí se explica hay que reconocer que no siempre se comprende adecuadamente y a veces se le confunde con otros, en especial con el de acción y con la demanda, imprecisión que no resulta del todo indiferente. Percibir en forma apropiada el concepto de pretensión es necesario para identificar cada una de las que sean formuladas y distinguirla de las otras, para prever el contenido del pronunciamiento jurisdiccional que sobre cada pretensión puede esperarse, y para delimitar los efectos de la decisión (Rico Puerta, 2013, págs. Pág. 259,260,261,262 ).



### 1.3 Libre acceso a la administración de justicia como derecho de acción.

La garantía constitucional del libre acceso a la administración de justicia equivale a lo que tradicionalmente ha sido llamado acción. Dicha afirmación cobra fuerza con la lectura del artículo 229 de la constitución política que garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración y en desarrollo de la corte constitucional en sentencias tales como T-6/92, T-412/92, T-431/92, entre otras. La sentencia C-242 de 1992, reconoce que el libre acceso a la administración de justicia, tiene el carácter de derecho fundamental, pues se trata de permitir la concreción de una función pública estatal de naturaleza esencial, en cuanto configura uno de los pilares fundamentales del estado democrático social de derecho, al garantizar que una persona investida de autoridad pública y con el poder del estado para hacer cumplir sus decisiones, resuelva, de manera responsable, imparcial, independiente, autónoma, ágil, eficiente y eficaz, los conflictos que surjan entre las personas en general, en virtud de los cuales se discute la titularidad y la manera de ejercer un específico derecho, consagrado por el ordenamiento jurídico vigente.

**Elementos estructurantes de la acción:** Se reconoce tres elementos: subjetivo, objetivo y teleológico.

**Elemento subjetivo:** La acción como toda estructura intersubjetiva, tiene dos elementos subjetivos esenciales: el activo y el pasivo.

**Elemento de la acción:** Es de anotar que en este punto las opiniones doctrinales son diversas, se opta entonces por señalar al proceso como objeto de la acción, puesto que la demanda de prestación de jurisdicción debe tener por finalidad la tramitación de un proceso para la solución de un conflicto. Ellos, entre otras razones, porque sobre esa base se ha sustentado y justificado mayoritariamente la existencia de la acción como derecho hacia el estado y se le haya reconocido su condición de derecho anterior al proceso, pero también de actividad jurídica, en tanto que al materializar su objeto al poner en movimiento la actividad jurisdiccional, desencadena relaciones jurídicas, procesos, facultades, deberes y cargas de idéntica naturaleza que han de ejercerse en ese escenario.

**Elemento El fin:** Como todas las estructuras procesales, existe una relación directa entre estas y la realización de los valores del orden jurídico, esto es, el orden, la paz, la seguridad, la cooperación, el poder y la justicia, mayormente aceptados en la doctrina como los propósitos o finalidades más significativos de la vida comunitaria. En cuanto al objeto de la acción es la tramitación de un proceso que ha de dirimir el conflicto, filosóficamente es viable afirmar que el fin de la acción, como el fin de todo orden jurídico, no es otro que la cristalización de esas metas, de las cuales la cimera es la justicia, o como se afirma en filosofía del derecho, es el valor fundado de más alto rango, que se basa, en el orden, la seguridad, la paz, la cooperación y el poder.

#### 1.4 El concepto de la acción penal del Estado.

El autor Antonio Luis Gonzales Navarro en el texto Manual De Procedimiento Penal Acusatorio sostiene lo siguiente: “La palabra acción proviene de “*agere*”, que es a su acepción gramatical y que significa toda la actividad o movimiento que se encamina a determinado fin. El ilustre tratadista *Giovanni Leone* hace un estudio en torno al punto y plantea a fin de intentar un nuevo camino que represente la confluencia de las dos distintas (aunque no opuestas) concepciones de la acción como derecho subjetivo y de la acción como derecho potestativo, preciso es fijar ciertas premisas, algunas de las cuales se han ido bosquejando” La acción penal es obligatoria: según este carácter ha sido incluso consagrado en la Constitución:

- La acción penal determina la obligación del juez de emitir la requerida decisión sobre la deducida *noticia criminis*: tal obligación, no solo nace de la relación existente entre el juez y la administración, sino que esta penalmente sancionada (...) que prevé la forma específica de omisión, negativa o retardo del acto de oficio por parte del juez.
- La acción penal no determina obligación alguna a cargo del imputado, el cual nada debe hacer, sino que determina a cargo del imputado una situación de sujeción, por cuanto él nada puede hacer para alejar de sí el hecho jurídico producido por la acción; en relación

con el imputado la acción penal, por tanto, determina la condición de la voluntad de la ley. La afirmación chiovendiana de que “la acción es un poder que compete frente adversario, respecto del cual se produce el efecto jurídico de la actuación de la ley” presenta, respecto de la acción penal, un aspecto particular, que es el de la necesaria condicionalidad de la aplicación de la sanción penal a la instauración del proceso.

Esta condicionalidad puede entenderse en dos sentidos:

- 1) Como necesidad del proceso para la aplicación de la sanción (*nullapoena sine iudicio*);
- 2) Como necesidad de la promoción de la acción penal para la instauración del proceso penal.

Es evidente que los dos aspectos son conexos; se trata más bien, de dos círculos concéntricos. La pena no puede ser infringida sin proceso; el proceso no puede ser iniciado sin la manifestación de voluntad denominada acción penal. Aquí tiene aplicación la consideración de la función instrumental del proceso de que nos hemos ocupado ya antes; y a la cual nos remitimos aquí a fin de reforzar el aspecto potestativo del derecho de la acción: único modo de hacer actuar el núcleo sancionatorio de la ley penal, que es el de promover el proceso por medio de la acción penal.

Resumiendo, se puede decir que la acción penal inviste al órgano de la jurisdicción, el cual, por efecto de ella, está obligado a emitir la decisión, e inviste también al sujeto frente al cual se requiere la decisión (imputado), el cual queda sujeto al efecto producido por la promoción de la acción penal, es decir, el desarrollo del proceso y a la aplicación de la ley penal. Traduciendo esta constatación a fórmulas jurídicas, diremos que la acción penal se pone, en relación con el órgano jurisdiccional, como derecho subjetivo (público); y con relación al imputado, como derecho potestativo.

Se trata de dos distintos aspectos de la acción, cada uno de los cuales concreta un poder: derecho subjetivo en relación con el órgano jurisdiccional; derecho potestativo con relación al

imputado. Dos poderes distintos y concurrentes que desembocan en la definición conclusiva del derecho de acción penal. Al derecho subjetivo corresponde la obligación de la prestación de la función jurisdicción esto es, de la obligación de emitir la decisión; al derecho potestativo corresponde la sujeción del imputado a las consecuencias procesales por la acción.

Al paso que en lo concerniente al aspecto del derecho potestativo la situación no ofrece dudas; en cuanto al aspecto que concierne al derecho subjetivo ha sido negado por muchos y dudado por otros que la acción penal pudiera encuadrarse en él, dada su obligatoriedad incompatible con el derecho subjetivo. A esta objeción se puede responder que el deber del Ministerio Público de promover la acción penal es en relación con los órganos superiores, y también en orden a los ciudadanos (...); al paso que el derecho subjetivo se orienta hacia el órgano de la jurisdicción. Hasta ahora la teoría general se ha orientado, así fuese con una cierta resistencia, en el sentido de reconocer la conciliabilidad de las categorías deber y derecho, siempre que ambas situaciones correspondieran a dos momentos distintos, como en la situación que estudiamos: deber para con el Estado-administración pública (y también para con los ciudadanos) de promover la acción penal, derecho frente al Estado-jurisdicción de pedir una decisión. Que una cierta actividad sea debida, no excluye que, una vez se le haya desplegado al margen de la relación que culmina en el deber, pueda asumir el carácter de derecho subjetivo, que es el poder de pretender el cumplimiento de una obligación.

En virtud de esta misma orientación, es posible que el mismo acto sea a la vez acto debido y negocio jurídico. Con esta concepción mixta se consigue la finalidad de encuadrar realísticamente la acción es un esquema que refleje las dos finalidades que persigue el actor: la de fundar en el juez la obligación de juzgar, y la de obtener la actuación de la ley en relación con otro sujeto. Esta visión es tanto más realística si se piensa que mientras en orden al derecho privado es exacta la afirmación de que “el actor no tiende tanto jurisdiccionalmente a saber, la actuación de la ley”, en orden al proceso penal se puede decir que, dado el carácter imparcial del Ministerio Público se hallan en el mismo plano tanto la finalidad de fundar la obligación de juzgar como finalidad de producir la actuación de la ley.

Torna aquí a la consideración la observación de que la acción penal, mucho más claramente que la acción civil, reivindica para sí el carácter de autonomía, ya porque ella, no pudiéndosela concebir más que como poder de provocar la decisión del juez acerca de una noticia *criminis*, está totalmente desvinculada de cualquier referencia al derecho subjetivo de castigar y hasta al de la pretensión punitiva ya porque en relación a un órgano del Estado como el Ministerio Público sería absurdo sostener que en el caso de sentencia de absolución, fundada en la comprobada inexistencia del derecho de castigar el Estado, faltará también el derecho de la acción. Por este particular aspecto de la acción penal- que ha escapado a cultores del derecho procesal civil, presuntuosamente desdeñosos de toda consideración hacia nuestros estudios- nuestra doctrina del proceso civil sobre el tema de autonomía de la acción.

La posición que debe adoptar la doctrina procesal penal es, por tanto, la de la más absoluta economía del derecho de acción de contenido exclusivamente procesal. Las partes en el proceso, al igual que en el contrato, no hacen más que actuar, tienen intereses en juego y buscan la satisfacción de ellos. Pero la complicación viene de que en el proceso no son ya ellas las únicas, como lo eran en el contrato; en efecto está también el juez, y frente a él, no ya frente a la otra, tiene cada una de ellas que actuar” (Rico Puerta, 2013, págs. Pág. 259,260,261,262 )

Así pues, Gonzales Navarro, seguidamente en su texto cita diversos autores que proponen varios conceptos sobre acción: “Según *Ranieri* puesto que la actuación de la ley penal es cometido reservado a la actividad jurisdiccional como función del Estado y, por otra parte, el ejercicio de esa actividad está casi que condicionado por la manifestación de la voluntad de un órgano previamente a ello dispuesto, la acción penal- en que consiste dicha manifestación de la voluntad – no tiene otro contenido que el hacer actuable la pretensión punitiva del Estado ; ella es el medio para la actuación de la pretensión punitiva ; y es “acto puramente inicial del procedimiento, y como tal, se agota en el acto mismo (*consumitur in acta*) con el cual se determina la condición para la actuación del derecho penal objetivo en el caso concreto”

Así mismo, Según *Guglielmo Sabatini* “la acción penal es el poder jurídico de provocar la intervención y la decisión del juez acerca de una imputación de delito, y de todas las demás situaciones que se determinan en el proceso” Y seguidamente explica: “El Estado transfiere el ejercicio de la potestad jurisdiccional a sus órganos, y puesto que una vez ejercitada dicha potestad se actúa automáticamente la concreta tutela jurídica ; el Estado confiere al titular del interés protegido el poder de provocar directamente la función jurisdiccional ; concibiendo, por tanto, la acción como un poder jurídico como “ la fuerza, atribuida por el ordenamiento a un sujeto, de determinar la eficacia de un mandato jurídico en una concreta relación de derecho” (Sabatini, 2010). Según *Stoppato*, “la acción penal es el acto mediante el cual se demanda la punición del culpable, y agrega que la acción viene a ser “expresión y fuerza propia” y especifica del poder soberano del Estado de protección y reconocimiento del derecho objeto de provocar la función jurisdiccional contra las agresiones al derecho” (Stoppato,2000).

En este orden *Lucchini*, la acción es un derecho: el derecho de proceder judicialmente; y agrega *Gonzales* que es una “afirmación en la cual se copia la decidida catalogación de la acción como derecho subjetivo, aun no especificándose el contenido ni la dirección de tal derecho” Según *Mársico*, la acción es el derecho subjetivo de pedir al juez la aplicación de la ley penal para la actuación de su poder-deber de castigar” (González, 2000). Por ende, *Guarneri*, la acción es un derecho subjetivo a través del cual el Ministerio Público, como órgano de la acción penal, es el sujeto que con sus iniciativas, deducciones y requisitorias, lleva adelante el proceso hasta su natural conclusión, y luego pone las condiciones sin las cuales la actividad jurisdiccional no podrá desplegarse ; y se ve inducido, en definitiva, por la fuerza de las cosas, a reconocer que el juez, por efecto de la promoción de la acción penal, está obligado a emitir la decisión, así sea tratando de sustituir el binomio derecho-obligación, una situación para la cual “la requisitoria no opera por si, sino únicamente en cuanto revela la existencia de elementos suficientes para hacer operativa la obligación de intervenir” (González, 2000). Por ello, *Manzini*, “la acción penal es la actividad procesal del Ministerio Público dirigida a obtener del juez una decisión en merito a la pretensión punitiva del Estado, proveniente de un delito” (Manzini, 2006).

Según *Notaristefani*, define la acción penal como una coacciona la controversia judicial, estando en realidad dirigida a provocar la actividad jurisdiccional contra el adversario” Así pues, luego de las diversas concepciones del derecho de acción, finalmente González concluye: “El titular de la acción penal en la órbita universal puede ser el Estado a los particulares; el Estado la “ejercita” mediante el Ministerio Fiscal y los particulares por medio, bien de la acción popular (dando lugar a la acusación popular), o bien, de la particular (dando lugar a la acusación privada) cuando son los ofendidos por el delito” (González, 2000).

Expuesta esta cuestión de esta manera, tal como lo sostenía Binging, parece que el Estado aparece en el proceso penal en dos lugares distintos o con un doble carácter; el Estado “ejercita” la acción penal a través del Ministerio Fiscal y “realiza” el *iuspuniendi* mediante el Tribunal. El derecho de penar fundamentaría tanto la acción del Estado de pedir su realización como la realización de este. En efecto más concretamente, Binging afirmaba que el estado aparecía como un triple titular de un derecho al pronunciamiento de la sentencia penal. En el proceso inquisitivo estas dos facultades “ejercitar.” el derecho y “realizarlo”, aparecen unificadas en el Tribunal; por el contrario, en el proceso acusatorio están dissociadas en el Ministerio Fiscal por una parte y en el Tribunal por otra.

El proceso acusatorio exige, por tanto, que la acción penal sea ejercida por un órgano del Estado distinto e independiente de aquel órgano llamado a “realizar” el derecho de penar, pues solo así se establece un sistema que objetivamente permita garantizar la imparcialidad en la realización del *uispuniendi*. De ahí que, como indica *Goldschmidt*, la creación del Ministerio Fiscal no ha tenido otro fin que dispensar al juez la iniciativa de la persecución penal.

### **1.5 La acción en el proceso penal.**

El régimen de la acción penal tiene reglas propias en el respectivo código. Cuatro figuras se identifican en su concreción. La primera, cuando cualquier persona, en cumplimiento de un deber

legal o no, formula una denuncia para que se adelante la investigación penal respectiva, a fin de determinar si ella constituye o no un ilícito. La segunda, cuando dicha petición es expuesta por el Ministerio Público en ejercicio y cumplimiento de un deber legal. La tercera, cuando se promueve demanda “acción” civil en el proceso penal, la cual está condicionada en su forma, por requisitos objetivos y subjetivos, que no se exigen para la simple denuncia. Así entonces, la concreción de la acción penal mediante denuncia no exige la totalidad de formas previstas en materia civil, laboral, contenciosos administrativa para idéntico propósito. La cuarta vía, se opera cuando el juez oficiosamente inicia la respectiva investigación.

### **1.6 La pretensión.**

“La Corte Suprema de Justicia la define como la declaración de voluntad mediante la cual se solicita del órgano jurisdiccional, frente al demandando, una actuación de fondo que declare constituya o imponga una situación jurídica y obligue a observar determinada conducta jurídica. Las concepciones de Couture y la Corte Suprema de Justicia identifican plenamente de la pretensión como sinónimo de petición de actividad jurisdiccional para el logro de una tutela jurídica, y no como sinónimo de derecho sustancial, ni de acción. Se afirma que la pretensión, antes que un hecho o un poder es una simple manifestación de la voluntad de un sujeto frente al órgano jurisdiccional para demandar actividad y tutela del derecho auto atribuido. Su existencia no depende de la existencia del derecho sustancial. Tampoco esta condicionado por la fundabilidad en hechos. Basta la petición para que la pretensión como institución procesal exista. No obstante, ello no significa que la mera existencia de la pretensión condicione el proferimiento de la sentencia estimatoria, pues ello hará parte de lo que hemos denominado presupuestos procesales de origen sustancial para la obtención de sentencia de fondo estimatoria de la pretensión, o presupuestos procesales de la pretensión, o presupuestos materiales de la sentencia de fondo estimatoria de la pretensión, es decir, la legitimación en la causa y el interés para obrar.



Esa petición de actividad jurisdiccional y de tutela, tiene alta incidencia en el régimen de la congruencia puesto que toda la actividad del juez, tanto en su sentido como en su contenido, queda regida por aquella” (Rico Puerta, 2013, págs. 440, 450 y 451) Así las cosas, del análisis de lo anteriormente expuesto podemos afirmar que la acción es un derecho de carácter fundamental, que toda persona tiene para invocar la intervención del Estado, para que a su vez este último mediante su aparato judicial garantice o reconozca un derecho vulnerado o desconocido, por el mismo estado o por un particular. Derecho que a su vez se comprende en primer lugar, el libre acceso a la administración de la justicia, pues cualquier persona puede ejercerlo y en segundo lugar la exigencia de una pronta resolución del conflicto por parte del Estado en cabeza del juez.

A su vez en materia penal es el derecho radicado en los particulares por mandato constitucional y legal o en cabeza de la Fiscalía como atribución constitucional, de exigir del Estado quien radica en el Juez una decisión pronta sobre la pretensión punitiva. Derecho que a su vez implica primero, decidir si promover o renunciar a la pretensión punitiva, pues que quien es titular de la acción puede iniciarla o desistir cuando lo crea pertinente. En segundo lugar, implica tener la facultad de variar la calificación jurídica del delito como acusador en el ejercicio de acción.

En cuanto al concepto de *pretensión*, en materia penal es la materialización del ejercicio de acción con la cual se manifiesta la voluntad de un particular o un funcionario público, quien eleva una petición de carácter punitivo, ante el juez competente, para que, este la decida en el menor tiempo posible. Así las cosas, entonces ¿Cómo podríamos entender la acción en el acusador privado en el marco de la ley 1826?, de antemano se puede inferir de lo anteriormente expuesto, que el acusador privado en Colombia no ejerce el derecho de acción, pues no es titular del mismo, por cuanto no es autónomo en ninguna de sus actuaciones estando subordinado a al Fiscal, quien en verdad tiene la titularidad exclusiva de la acción penal del Estado aun con la ley 1826.

## CAPITULO 2. EL EJERCICIO DE LA ACUSACIÓN.

El ejercicio de la acusación dentro del Sistema Penal Acusatorio Colombiano, con el fin de ilustrar la eventual tarea que tiene el acusador privado en el caso de que le sea convertida la titularidad de la acción penal por parte de la Fiscalía. Para el Doctor Andrés Felipe Arango, (2014). La Formulación de Acusación se constituye en el procedimiento por medio del cual se concreta la función de acusación, constitucional y legalmente atribuida a la Fiscalía General de la Nación. Es el acto dispositivo a través del cual, aquella materializa formalmente la acción penal ante el Juez de Conocimiento. El rango de persuasión exigible para proceder acusar se remite a la probabilidad de verdad, inferida a partir de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, recaudados durante la investigación, respecto de la existencia de la conducta delictiva y el compromiso de responsabilidad que se atribuye al imputado de ser su autor o participe, conforme lo establece el artículo 336 de la Ley 906 de 2004.

En esta etapa, además, inicia el procedimiento del descubrimiento de la prueba, en tanto es en este momento procesal cuando la Fiscalía exhibe a la defensa, en presencia del juez, los elementos de convicción y el material probatorio que pretende hacer valer como prueba en el juicio oral. Se concluye que la acusación es un acto complejo que se integra por (I) la presentación del escrito de acusación y (II) la formulación de acusación. Por esta razón es imprescindible configurar y caracterizar esta actuación procesal, bajo la luz de su antecedente procesal, el cual es la Formulación de Imputación. De las primeras características que cabe resaltar es la de la procedencia de la aplicación del principio de congruencia que debería existir entre la Formulación de Imputación y Formulación de Acusación.

Conforme a lo analizado en el acápite anterior, y retomando la Sentencia 29338, señala la judicatura que “ninguna ligazón o efecto condicionante de congruencia o consonancia jurídica salvo desde luego que el marco de referencia factico sea naturalistamente el mismo, puede existir entre el acto de formulación de la imputación y la acusación o la sentencia, toda vez que dicha

sujeción solo puede ser comprendida entre el pliego de cargos y fallo, pues el acusado no puede ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se haya solicitado su condena” (Artículo 448 C.de P.P). Sin embargo en sentencia C-025 de 2010 manifiesta la Corte, en relación con el principio de congruencia, ajustado al análisis jurisprudencial de las decisiones de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia:

[...](i) se trata de un principio cardinal que orienta las relaciones existentes entre la formulación de la acusación y la sentencia; (ii) su aplicación se extiende al vínculo existente entre la audiencia de imputación de cargos y aquella de formulación de la acusación; (iii) de allí que esta última no pueda incorporar hechos nuevos, es decir, no imputados previamente al procesado; y (iv) lo anterior no significa que la valoración jurídica de los hechos deba permanecer incólume, precisamente por el carácter progresivo que ofrece el proceso penal. En otras palabras, fruto de la labor investigativa desarrollada por la Fiscalía durante la fase de instrucción es posible, al momento de formular acusación, contar con mayores detalles sobre los hechos, lo cual implica, eventualmente modificar, dentro de unos parámetros racionales, la calificación jurídica de los hechos.

Con esta conclusión se puede dar inicio a la caracterización propuesta para esta etapa procesal, la cual, a la luz de los artículos 336 y siguientes del Código Procedimiento Penal, establece unos parámetros, que son: La presentación de un escrito de acusación y la celebración de una audiencia de acusación. En relación con el escrito de acusación, este debe contener la individualización del acusado, con indicación de su nombre, los datos que permitan identificarlo y su domicilio para las citaciones; una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, esto es, la imputación fáctica y jurídica de la conducta que se le endilga, describiendo de manera sintética las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que el hecho se realizó y su adecuación típica, una relación de bienes y recursos afectados con fines de comiso, el nombre y ubicación del defensor de confianza o del designado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública, el descubrimiento de las pruebas, efecto para el cual se presenta un documento anexo.

En relación con la celebración de la audiencia, en el tenor del artículo 339, se señala que el Juez de Conocimiento les concederá la palabra a las partes para que “expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúnen los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato” (Código Procedimiento Penal, Art 339). En este sentido, la defensa, el Ministerio Público y la víctima, pueden manifestarse sobre la correspondencia del escrito de acusación con hechos imputados en la audiencia de Formulación de Imputación, o proponer la nulidad por la violaciones a las garantías defensivas producidas por el error de la Fiscalía al realizar imputaciones no ajustadas fáctica o jurídicamente a los hechos con los que posteriormente acusa (Arango Giraldo, 2014, págs. 105-108).

En el mismo sentido para González Navarro (2014) la acusación es: “La acusación es el marco fáctico y jurídico del juicio” y afirma seguidamente que: “En este sistema donde el principio de permanencia de la prueba ha desaparecido y el estadio del juicio es un escenario propicio para la elaboración y discusión probatoria, la acusación tiene que reflejar la pretensión que el ente fiscal marca para que la defensa tenga claro hacia dónde apunta la teoría del caso del Ministerio Fiscal; la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal de la Justicia ordinaria ha venido decantando el tema de la acusación y entre otras cosas ha puesto límite a la intervención del juez de conocimiento en el escenario de la formulación de la acusación, no se puede pensar que el escrito de acusación como tal es una providencia judicial como lo es en la ley 600 del año 2000, hacer equivalencia es un error en la medida que la sistemática procesal acusatoria le despojó a la Fiscalía General de la Nación de esas facultades jurisdiccionales y solo conforme al acto legislativo 03 de 2002 la función de la Fiscalía se reduce a tres temas:

1. Interceptar comunicaciones
2. Ordenar allanamientos y registros.
3. Facultad excepcional de proferir capturas con los condicionamientos que la Corte Constitucional en esta materia ha reglado.

El ejercicio de la audiencia de acusación es el segundo nivel de un acto complejo, entendiendo que el primer nivel lo es el escrito de acusación; en esos términos entonces considera que existe acusación en cuando la Fiscalía sustenta su planteamiento referenciado en el escrito, en consecuencia, se inicia la etapa de juzgamiento a que se refiere la Carta Política de 1991 en su regla 29. Dicha audiencia es la oportunidad procesal prevista para que la Fiscalía exponga los elementos de juicio, las evidencias y material factico que pretende aducir como pruebas en el juicio a fin de desvirtuar la presunción de inocencia del imputado. En la audiencia, el juez competente da traslado al escrito de acusación a las partes y debe conceder el uso de la palabra a la Fiscalía, al Ministerio Publico y a la Defensa, con el fin de que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en la regla 337, para que el fiscal lo aclare, adicione, o corrija de inmediato. Inmediatamente después, el juez dará la palabra al fiscal para que formule la correspondiente acusación (Regla 339 C.P.P). Antes de finalizar la audiencia de acusación, el juez de conocimiento 1) incorporara las correcciones a la acusación leída, 2) aprobara o improbara los acuerdos a que hayan llegado las partes y 3) suspenderá condicionalmente el procedimiento cuando corresponda (artículo 343 C.P.P)”

Además afirma González Navarro que: “En esta audiencia el fiscal debe sustentar la acusación que hizo por escrito, de ahí que hasta tanto el fiscal no sustente la acusación formulada por escrito la misma ha cobrado validez en la dimensión fáctica y jurídica, pues es posible que se le hagan cambios acorde a los presupuestos materiales y formales exigidos por la ley procesal, lo cierto es que una vez finaliza esta audiencia de sustentación de la acusación, la misma se torna en el marco del juicio, pues de lo contrario se generaría en el acusado inseguridad jurídica, ya que no podría crear una estrategia de defensa sólida, ceñido al temor que la Fiscalía le cambie la acusación, en otras palabras cuando el órgano acusador sustenta la formulación de acusación, es con esta que se va a la audiencia de juicio oral, de ahí entonces la congruencia entre la acusación con el fallo o sentencia”

Se puede afirmar desde el punto de vista de la Corte Suprema de Justicia que el ejercicio de la acusación es una manifestación del derecho de acción y como tal la ha tratado de la siguiente manera: En sentencia de casación de radicado 34022 de 2011 la Corte afirma que:

“El acto de formulación de acusación, en estricto sentido, es el paso subsiguiente, previo y necesario para dar inicio al juzgamiento del imputado en un debate oral, público, contradictorio, concentrado y con inmediación de las pruebas que sustentan, de una parte, los hechos jurídicamente relevantes cuya ejecución (por acción u omisión) la Fiscalía atribuye al sujeto pasivo de la acción penal, y por otra, cuando sea del caso, aquéllas en las que encuentra respaldo la oposición o réplica del procesado a los hechos atribuidos en los que se predica su responsabilidad” (Sentencia de casación de radicado 34022 de 2011).

Y en el mismo pronunciamiento se explicó que la acusación tiene un carácter complejo y que ese carácter complejo del acto de acusación obedecía a:

“Una doble connotación, de una parte, constituye un acto jurídico insoslayable, en tanto que en el sistema acusatorio no puede existir ningún juzgamiento sin previa acusación, sin que medie un acto en el cual se fije con absoluta claridad la imputación fáctica y jurídica (hechos y delitos) que deben ser completas, no dilógicas, ambiguas o anfibológicas, que se atribuyen a una determinada persona, y de otra parte, es un acto jurídico sustancial. En efecto, es sustancial pues aquella es el segundo espacio procesal en donde al acusado se le da a conocer de manera concreta las imputaciones referidas a fines de enfrentar el compromiso penal en la etapa del juicio oral, y es expresión de seguridad jurídica en orden a una sentencia congruente” (Sentencia de casación de radicado 34022 de 2011)

Así pues, una vez definida la acusación como un acto procesal complejo, en sentencia con el radicado 40871 del 2014 la Corte se refiere al *control material de la acusación* y sentó el criterio según el cual de acuerdo con lo ordenado en el artículo 443 del Código de Procedimiento Penal del 2004, solo el fiscal está autorizado para realizar la tipificación circunstanciada de los hechos y al respecto dijo lo siguiente:

“La acusación es un acto de parte, de la Fiscalía, y por tanto el escoger qué delito se ha configurado con los hechos jurídicamente relevantes consignados en el escrito de acusación supone precisar el escenario normativo en que habrá de desarrollarse el juicio, el cual se promueve por excitación exclusiva de la Fiscalía General de la Nación a través de la radicación del escrito de acusación (razón por la que el único autorizado para tipificar la conducta punible es la Fiscalía, de acuerdo con lo planteado por el artículo 443); acto que como se dijo no tiene control judicial, y en cambio sí sustenta todo el andamiaje de la dinámica y la lógica argumentativa y probatoria que se debatirá en el juicio. (Ver CSJ, 15 jul. 2008, rad. 29994, tesis reiterada en AP, 14 ago. 2013, rad. 41375, entre otras providencias)”

La Corte reafirmó su anterior postura en AP de 21 de marzo de 2012, radicado 38256, al señalar: “En la audiencia de formulación de acusación al juez y a las partes les está vedado cuestionar la adecuación típica realizada por la Fiscalía en su escrito, pues, hacerlo, implicaría interferencia en el ejercicio de la acción penal y en la decisión de acusar que corresponde a ese ente, y a nadie más. Por lo demás, tal cuestionamiento implicaría un ejercicio de debate probatorio, que solamente puede hacerse en el juicio oral” (Auto del 15 de julio de 2008, radicado 29.994). Finalmente, en la misma sentencia afirma que: “La Fiscalía, entonces, cumple como titular de la acción penal y dueña de la acusación, parámetros a partir de los cuales ni el juez ni las partes pueden imponérsela total o parcialmente, desde donde se infiere que las observaciones realizadas por las partes pueden y deben ser incorporadas para que conformen un todo con la acusación, única y exclusivamente cuando el fiscal las acoge” (Auto del 15 de Julio de 2008, radicado 29.994).

Lo anterior lo citamos con el ánimo de ilustrar las facultades que se adquieren al ser titular de la acción penal, además de indicarnos como se debe ejercer la misma a través de la acusación. Pero además de esto encontramos otro tema de suprema importancia en la acusación, llamado *Congruencia* que no solamente tiene fundamento normativo, sino que es tratado de forma amplia por la Corte, al respecto encontramos en la sentencia con radicado 38256 del 2013 lo siguiente:

“La norma, que regula el principio de congruencia, exige que esta se presente desde una doble connotación: la fáctica (hechos) y la jurídica (delitos), de tal forma que se vulnera la consonancia cuando se condena (i) por hechos o por delitos distintos a los precisados en la acusación, (ii) por un delito del cual nunca se hizo mención fáctica ni jurídica en la acusación, (iii) por un delito deducido en la acusación, pero el juez deduce una circunstancia de mayor punibilidad no precisada en aquella, y, (iv) el juez desconoce una circunstancia de Casación delictiva. En ese contexto, el juicio y la sentencia deben circunscribirse a los lineamientos fácticos y jurídicos precisados en ese acto complejo acusatorio. Por tanto, los hechos y los delitos fijados por la Fiscalía vinculan al juzgador y la única posibilidad de controversia permitida a las partes e intervinientes es la concedida en el artículo 339, exclusivamente para que formulen observaciones sobre el cumplimiento de las exigencias del artículo 337 (auto del 5 de octubre de 2007, radicado 28.294. En la audiencia de formulación de acusación al juez y a las partes les está vedado cuestionar la adecuación típica realizada por la Fiscalía en su escrito, pues, hacerlo, implicaría interferencia en el ejercicio de la acción penal y en la decisión de acusar que corresponde a ese ente, y a nadie más. Por lo demás, tal cuestionamiento implicaría un ejercicio de debate probatorio, que solamente puede hacerse en el juicio oral” (Auto del 15 de julio de 2008, radicado 29.994).

Respecto de lo anterior, la congruencia solo se predica frente al escrito de acusación y no frente a las observaciones que se le hagan por parte de los intervinientes en la audiencia de acusación, pues dice la Corte en esta misma sentencia que admitir lo anterior sería de alguna



manera que la acusación pasará de la Fiscalía a alguna de las partes e intervinientes, lo cual se opondría totalmente al Artículo 250 de la Constitución Política, argumento que nos da pie para hablar del tema que le da origen al trabajo “*La titularidad de la acción penal*”, tema que analiza la Corte en esta sentencia a raíz del artículo antes mencionado, y al respecto nos dice:

“De ese mandato surge que la tarea de acusar es exclusiva y excluyente de la Fiscalía, en tanto la acepción natural de un deber es la de aquello a que está obligado el hombre por las leyes naturales o positivas. Por modo que la función acusadora de la Fiscalía no se estableció constitucionalmente como una facultad, sino como una obligación (en el entendido de que exista mérito para ello), de tal forma que el legislador procesal de la Ley 906 del 2004 no podía desconocer la disposición superior, y en verdad que no lo hizo, sino que, en desarrollo del Acto Legislativo, reiteradamente consignó que la carga de acusar compete a la Fiscalía de manera exclusiva y no puede trasladarla, siquiera parcialmente, ni al juez ni a otras partes”

Desde otra perspectiva, pero con el mismo alcance, el pasado 7 de diciembre (radicado 37.596) la Corte expuso lo siguiente: “Tan cierto es ello, que mediante el Acto Legislativo número 06 del 24 de noviembre de 2011 (Diario Oficial número 48.263 de esa fecha), se introdujo un “parágrafo 2º” al artículo 250 de la Constitución Política, en los siguientes términos: “Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente” (Acto Legislativo número 06 del 24 de noviembre de 2011).

Así las cosas, se puede concluir que la acusación es un acto complejo, que comprende una imputación fáctica (hechos) y jurídica (norma infringida), que tiene restringido cualquier tipo de control material que se quiera hacer, pues el acto de acusar como ejercicio de la pretensión punitiva, es un acto de parte, en el que ni el juez ni las partes deben inmiscuirse, pues la carga de probar lo que allí se suscribe compete solamente a la Fiscalía o la víctima, como titular exclusivo

de la acción penal por mandato constitucional. Pero entonces, ¿Cómo ejerce la acusación el acusador privado?, podríamos decir desde ahora que quien ejerce realmente la acusación es el Fiscal, quien finalmente le entrega el expediente al acusador privado para que este desarrolle el plan trazado previamente por la Fiscalía, pero bien sobre esto volveremos detalladamente más adelante.

### **CAPITULO 3. EJERCICIO DE LA ACUSACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO DEL ACTOR PRIVADO.**

En este capítulo, es necesario que se entienda primero el concepto de derecho comparado como un método de donde se analizan las semejanzas y diferencias de los distintos sistemas jurídicos del mundo y de esta manera poder mejorar o ver las fallas que se tiene en el sistema jurídico propio de cada país. Así las cosas, vamos a analizar el sistema jurídico de dos países de Suramérica, como los son Argentina y Chile desde Salazar & Jaramillo, (2015). De igual manera, se tratará el sistema jurídico de España, todo resultará práctico para entender cómo se ejerce la acusación en el derecho comparado y para mirar cuáles son las características del acusador privado Colombiano respecto del acusador en derecho comparado.

#### **3.1 República de Argentina.**

##### **3.1.1 Querellante o acusador particular.**

Persona particular a quien se le permite legalmente ejercer en ciertos casos la acción penal, eso sí, con representación de abogado. En los casos de actuación pública puede presentarse el querellante adherente, dependiente netamente de lo actuado por el fiscal. Querellante exclusivo se denomina en los casos en que la persecución penal de ciertas conductas únicamente está reservada a la víctima u ofendido (Artículo 73 CPN). En este último caso no es obligatorio el ejercicio de la

acción penal o el cumplimiento del principio de legalidad de la acción. Al respecto profundizando en el tema de Argentina Jauchen aduce:

“Añadiendo a ello los principios de acceso a la justicia, derecho a una tutela judicial efectiva y eficaz y a una vía judicial útil para defender los derechos, que surgen de la CADH Convención Americana de Derechos Humanos y el PIDCP Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, permiten afirmar que cualquier procedimiento penal que no admita la figura del querellante otorgándole a la víctima la facultad de parte autónoma para promover y proseguir la acción penal pública, sin perjuicio de la participación conjunta del Ministerio Público Fiscal, es inconstitucional” (Jauchen, 2015).

Por lo tanto, no basta con permitirle, como lo hacían algunas legislaciones, solo la posibilidad de constituirse como mera parte adhesiva o particular damnificado, quedando limitado y subordinado a la actuación y decisión del Ministerio Público Fiscal. A tales efectos recordemos tales conceptos a fin de establecer la diferencia. La del querellante adhesivo, o sea, la persona ofendida por un delito de acción pública con derecho a presentarse como parte en la causa penal derivada, pero con sus facultades limitadas en cuanto es independiente y subordinado a la acción y prosecución ejercida por el Ministerio Público Fiscal. Como consecuencia, para adherirse a la acción penal este debe estar pendiente; carece del derecho de formular acusación, de solicitar la elevación a la causa de juicio si el fiscal solicitó sobreseimiento, y del derecho de recurrir ninguna resolución jurisdiccional que favorezca al imputado, como la desestimación de la denuncia, el archivo de la investigación, el sobreseimiento y la sentencia absolutoria. En suma, es solo un colaborador del Ministerio Público Fiscal.

La figura del querellante autónomo, a diferencia del anterior sistema, importa que el ofendido, por el hecho delictivo puede promover y proseguir la acción penal pública, con absoluta independencia de la actitud procesal del fiscal, teniendo amplias facultades como parte del proceso, para ofrecer pruebas, asistir a audiencias, recurrir la desestimación de la denuncia y el archivo de las actuaciones, el sobreseimiento, y la sentencia absolutoria, con total prescindencia, de que el

fiscal, también recurra o consienta dichas resoluciones, y fundamentalmente ejerce su función de parte en el proceso con absoluta autonomía sin que en ningún caso su actividad este subordinada a directivas o conclusiones del Ministerio Público Fiscal.

Esta cualidad está expresamente conferida por la ley cuando en su artículo 93 del CPPSF – Código Procesal Penal de la provincia de Santa Fe, Ley 12.734 alude al derecho del particularmente ofendido a constituirse “como parte querellante” Y como tal es el sujeto de derechos y obligaciones dentro del proceso conforme a las disposiciones que el mismo digesto contiene. Es por lo tanto parte de la relación jurídico-procesal, pero es sujeto eventual de ella, lo cual importa que su presencia en la causa no es imprescindible para la validez de la relación procesal.

Conforme a los conceptos expuestos, cabe enfatizar que en el nuevo código procesal penal de Santa Fe el ofendido, está expresamente autorizado a promover la acción penal pública (Art. 16) e intervenir como parte en dicho proceso con amplias facultades (Art. 93) y ejercer todos los derechos que el código le otorga. Si la acción ya hubiese sido promovida por el fiscal tiene oportunidad perentoria para constituirse como parte durante la investigación preparatoria hasta la “audiencia preliminar” (Art. 95), debiendo entenderse que en realidad su presentación debe ser con anterioridad a esta, pues para que se realice la mencionada audiencia ya debe haber presentado su acusación, tal como surge en la interpretación hermenéutica del art. 296, en función de los artículos, 294, 287 y 288. Por lo tanto, la caducidad se produce cuando habiendo estimado la fiscal agotada la investigación formula acusación (CF arts. 287, 294 y 296), por lo que, si el querellante no se constituye con anterioridad a este acto del fiscal, la caducidad se produce de pleno derecho y sin lugar a recurso alguno (Art. 95).

Una de las innovaciones relevantes y modernas que incorpora el nuevo Código Procesal Penal de Santa Fe, es la legitimación para constituirse en parte querellante a toda “persona jurídica cuyo objeto fuera la protección del bien jurídico tutelado en la figura penal, cuando se trate de delitos que afecten intereses colectivos o difusos” (Art. 93). Se comprende así a toda entidad que

teniendo personería jurídica tenga como finalidad la protección de intereses no individuales, sino colectivos o difusos, como, por ejemplo, las asociaciones de defensa del medio ambiente, la sociedad protectora de animales, instituciones de defensa del consumidor, etcétera.

Si como consecuencia del delito no se hubiese iniciado acción alguna, el ofendido, está facultado para promoverla (Art. 93) presentando su querrela ante el fiscal correspondiente que pueda admitirla o rechazarla, resolviendo en este último supuesto el juez de la investigación penal preparatoria (Art. 96). Si se admite la querrela se inicia la investigación penal preparatoria en la que el fiscal y el querellante actúan en forma conjunta, manteniendo sin embargo el ofendido su carácter autónomo desde que en ningún caso su actividad estará subordinada a directivas o conclusiones del fiscal (Art. 97). También actuará conjuntamente cuando el fiscal hubiese promovido con anterioridad la acción de oficio, y luego el ofendido se constituyera como parte querellante. Puede entonces denominarse a este actuar del ofendido, en el digesto santafesino, como querellante particular autónomo y conjunto en los delitos de acción pública.

Así mismo, se establecen unos supuestos de sustitución en el ejercicio de la acción penal pública por el querellante particular, cuando la decisión de desestimación o archivo fiscal haya sido convalidada luego del mecanismo ya previsto, la víctima queda habilitada a iniciar la persecución conforme al procedimiento de querrela, cualquiera fuera el delito de que se trate, dentro del plazo de sesenta días hábiles de notificada la resolución. Esto es: el delito de acción pública se convierte en acción privada para su tramitación.

La conversión también es posible cuando el fiscal haya aplicado un criterio de oportunidad. Una vez iniciada la querrela, el Ministerio Público Fiscal no puede retomar la persecución. El sistema de conversión solo es admitido cuando las decisiones que clausuran la persecución penal provienen del fiscal (oportunidad o archivo), es decir, no son admitidas cuando el archivo lo dicta un órgano jurisdiccional, ocasión en que la única vía de reclamo es el recurso de apelación. La autorización de la conversión de la acción penal pública en privada no tiene gran viabilidad cuando su origen se da por la aplicación de un criterio de oportunidad por parte del fiscal. “Una lectura

rápida por el artículo que determina los criterios para que proceda la disponibilidad de la pretensión punitiva, nos lleva a pensar que no serán muchos los casos en que la víctima pueda asumir en soledad el ejercicio de la acción penal”

Si seguimos por los lineamientos de la disponibilidad que legalmente se consagran (Art. 19, CPPSF, Código Procesal Penal de la Provincia De Santa Fe), inmediatamente puede advertirse que en su mayoría no darían lugar a la conversión, porque se basan en que la pena es innecesaria. Por ejemplo, en los casos de conciliación entre los interesados (incs. 5 y 6), los acuerdos deberían contener cláusulas prohibitivas a este respecto. Mientras tanto, los restantes supuestos encuentran solución en la legislación penal y constitucional. Los casos de insignificancia (incs. 2 y 4), encuentran respuesta en la no afectación al bien jurídico (Art. 19 CN). No generan mayores problemas los supuestos en los que se autorice legalmente a prescindir de la pena (inc. 1), ocurriendo lo propio en los casos de la llamada pena natural (inc. 3), y aplicación para personas mayores de setenta años o enfermos graves en etapa terminal, donde opera el principio de humanidad.

## **3.2 Chile.**

### **3.2.1 Ejercicio de la acción penal en la perspectiva penal.**

La acción penal en Chile puede ser pública o privada (Artículo 53 CPP). La primera deberá ser ejercida de oficio por el Ministerio Público (Artículo 77 CPP), salvo que requiera de instancia previa particular, caso en el cual es necesario que el ofendido, por lo menos hubiere denunciado el hecho al Ministerio Público, la Policía o la justicia (artículo 54 CPP). Tratándose de delito de acción privada solo la víctima está legitimada para ejercer la acción penal (artículo 55 CPP) y, en general, cualquier acción que de estos delitos derive, se procede de esta forma cuando se trata de conductas constitutivas de calumnia, injuria, injuria livianamente de obra o de palabra, no siendo por escrito y con publicidad; la provocación a duelo y el denuesto o descredito público por no haberlo aceptado; y el matrimonio del menor llevado a efecto sin consentimiento de las personas designadas por la ley y celebrado de acuerdo con el funcionario llamado a autorizarlo.

La acusación con su contenido de pretensión punitiva le corresponde a su ejercicio al Ministerio Público y, excepcionalmente, al querellante particular o cuando sea procedente a la víctima en casos acción penal privada. Le corresponderá al querellante particular la acusación, en aquellos eventos en los cuales se oponga a la solicitud de sobreseimiento formulada por el fiscal del caso ante el juez de garantías, siempre que el fiscal regional ratifique la decisión del fiscal del caso respecto del sobreseimiento y el juez ordene que ejerza en los mismos términos los Ministerio Público la acusación.

Es menester afirmar que el Estado de Chile se caracterizaba por su estructura de investigación y juzgamiento penal de carácter netamente inquisitorial, donde el juez del crimen investigaba, acusaba y sentenciaba, concentrando todas las funciones de los sujetos en un proceso, desnaturalizando el rol de la judicatura. De allí que en el año 1997 se proyectó una reforma constitucional en la cual se separaron las funciones de investigar, acusar y sentenciar, creando el ministerio público, encargado, por ende de la persecución penal pública, que deberá a estos efectos, conducir y dirigir la investigación penal, coordinar la organización de los organismos policiales, y posteriormente formular y sustentar la acusación ante los tribunales del crimen, representado los intereses de la comunidad en la persecución de los delitos. Tal como lo expresa el Artículo 3 del CPP. “Artículo 3. Exclusividad de la investigación penal. El ministerio público dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinaren la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, en la forma prevista por la Constitución y la Ley”

Así mismo, se ideaba el cambio de un sistema inquisitivo por uno adversario acusatorio, que de acuerdo con el mensaje Presidencial al Congreso manifestaba: “La reforma procesal penal intenta estructurar un proceso con igualdad de condiciones para las partes litigantes, enfrentando al acusador y al acusado en un proceso genuinamente parcial, donde la figura del juez se reserva la función de juzgar y fallar de acuerdo con el mérito de las pruebas presentadas por las partes, juzgando como tercero imparcial y con arreglo a un sistema de valoración de la prueba de sana crítica. De esta forma se tendrá, por una parte, al ministerio pública en representación de los

intereses de la comunidad en la persecución del delito, que litigará a través de los fiscales y que representará a si mismo los derechos de la víctima del delito. Eventualmente podrá haber así mismo un abogado querellante representando los intereses de la víctima. La otra parte estará representada por el imputado y su abogado defensor, y en caso de que el imputado no cuente con medios para financiar y abogado particular, será responsabilidad y obligación del estado proporcionarle un abogado defensor en forma gratuita. Durante la fase de investigación, que será pública y desformalizada cada una de las partes deberá recopilar las pruebas y antecedentes que les permitirán sustentar su posición durante el juicio oral ante el tribunal colegiado” Así entonces, con la reforma constitucional plasmada en la ley 19.519 de 1997, la consecuencia no podía ser otra que la separación de las funciones investigativas y las de juzgamiento; dejando las primeras en manos de un organismo autónomo creado para tal efecto denominado ministerio público” (Ley 19.519 de 1997).

### **3.2.2 Estructura legal de la actuación penal.**

Chile regula su actuación procesal en materia penal, además de lo establecido en la constitución, mediante la ley 19.696 del año 2000, denominada código procesal penal. Desde el ejecutivo existía bastante claridad en lo que representaba el cambio de normativa procesal que impactaba el sistema procesal penal, de ahí que se reclamó un conjunto de adecuaciones normativas, estructurales y esencialmente culturales, que imponían el desafío de realizar un proceso de transición que garantizara a efectiva aplicación y viabilidad del nuevo sistema en enjuiciamiento criminal. En ese orden, se programó un proceso de implementación que permitiera evaluar la puesta en marcha del nuevo sistema procesal penal, adoptando la forma gradual de ejecución en las diversas regiones del país. Tratándose del conocimiento de la realización de una conducta penalmente relevante el ministerio público (Artículo 3 del CPP), puede iniciar la investigación por denuncia, por querrela, o de oficio” (Artículo 172 del CPP)



### 3.2.3 Ejercicio de la acción penal en la perspectiva penal.

La acción penal en Chile puede ser pública o privada (Artículo 53 CPP). La primera deberá ser ejercida de oficio por el Ministerio Público (Artículo 77 CPP), salvo que requiera de instancia previa particular, caso en el cual es necesario que el ofendido, por lo menos hubiere denunciado el hecho al Ministerio Público, la Policía o la justicia (artículo 54 CPP). “Artículo 77. Facultades. Los fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Con ese propósito practicarán todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación y dirigirán la actuación de la policía, con estricta sujeción al principio de objetividad consagrado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público” (Artículo 77 CPP).

Tratándose de delito de acción privada solo la víctima está legitimada para ejercer la acción penal (Artículo 55 CPP) y, en general, cualquier acción que de estos delitos derive, se procede de esta forma cuando se trata de conductas constitutivas de calumnia, injuria, injuria livianamente de obra o de palabra, no siendo por escrito y con publicidad; la provocación a duelo y el denuesto o descredito público por no haberlo aceptado; y el matrimonio del menor llevado a efecto sin consentimiento de las personas designadas por la ley y celebrado de acuerdo con el funcionario llamado a autorizarlo.

“Artículo 53. Clasificación de la acción penal. La acción penal es pública o privada. La acción penal pública para la persecución de todo delito que no esté sometido a regla especial deberá ser ejercida de oficio por el ministerio público. Podrá ser ejercida, además, por las personas que determine la ley, con arreglo a las disposiciones de este Código. Se concede siempre acción penal pública para la persecución de los delitos cometidos contra menores de edad. La acción penal privada sólo podrá ser ejercida por la víctima. Excepcionalmente, la persecución de algunos delitos de acción penal pública requiere la denuncia previa de la víctima” (Artículo 55 CPP).

La acusación con su contenido de pretensión punitiva le corresponde a su ejercicio al Ministerio Público y, excepcionalmente, al querellante particular o cuando sea procedente a la víctima en casos acción penal privada. Le corresponderá al querellante particular la acusación, en aquellos eventos en los cuales se oponga a la solicitud de sobreseimiento formulada por el fiscal del caso ante el juez de garantías, siempre que el fiscal regional ratifique la decisión del fiscal del caso respecto del sobreseimiento y el juez ordene que ejerza en los mismos términos los Ministerio Público la acusación.

### **3.2.4 Procedimientos Penales Especiales.**

Basados en la brevedad y la simpleza de la actuación la legislación chilena establece los siguientes trámites especiales:

**SIMPLIFICADO:** El procedimiento simplificado (Libro IV, Título I, Artículo 388 y S.S) permite la realización de un juicio oral ante el juez de garantía, desprovisto de mayores formalidades en su preparación y desarrollo. Este trámite inicia cuando se formula el requerimiento por faltas o hechos constitutivos de simples delitos para los que el Ministerio Público, o eventualmente la víctima (en caso de lesiones leves e injurias livianas), solicita una pena que no excede de presidio o reclusión menores en su grado mínimo.

**PROCEDIMIENTO POR DELITO DE ACCIÓN PRIVADA:** regulado en los Artículos 400 y S.S. del CPP, se rige bajo las mismas reglas del procedimiento simplificado sin posibilidad de suspender condicionalmente la condena. Ambos procedimientos difieren en lo que respecta al sujeto titular de la persecución, en este caso es solo la víctima mediante querrela presentada ante el juez de garantías. Resulta factible por el contenido de la afectación, que se desista de la querrela y se decrete el sobreseimiento definitivo en la causa y el querellante seria condenado al pago de las costas, salvo que el desistimiento obedeciere a un acuerdo con el querrellado.

La inasistencia al querellante a la audiencia del juicio, así como su inactividad en el procedimiento por más de 30 días, entendiéndose por tal la falta de realización de diligencias útiles para dar curso al proceso que fueren de cargo del querellante, producirán el abandono de la acción privada. En tal caso, el Tribunal deberá de oficio o a petición de parte, decretar el sobreseimiento definitivo de la causa. Lo mismo ocurre si habiendo muerto o caído en incapacidad el querellante, sus herederos o representante legal no concurrieren a sostener la acción dentro del término de 90 días o cuando se ha ejercido acción civil antes del ejercicio de la acción penal.

- Procedimiento monitorio.
- Procedimiento abreviado.

### **3.3 España.**

#### **3.3.1 La víctima en el sistema procesal penal de España.**

En cuanto al ejercicio de la acción se señala que: “...una de las peculiaridades del Sistema Procesal Penal Español estriba, cabalmente, en que se concede a todos (Art. 101, LECr.), determinadas condiciones (Arts. 102 y 103, LECr.), un derecho al que se denomina legalmente acción”, distinguiendo entre la acción atribuida al fiscal y la que se concede a cualquier ciudadano (acción popular). Existe el “derecho” de todos los ciudadanos a ejercitar la acción. El Art. 103 de la LECr., así lo establece en concordancia con lo previsto por el Art. 270 del mismo ordenamiento. Esto resulta concordante con lo establecido por el Art. 125 de la Constitución Española (“Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular...”) y el art. 19.1 de la LOPJ. Para ello la LECr., establece quiénes se encuentran impedidos de ejercerla, y en caso afirmativo bajo qué condiciones (Arts. 102 y 103 de la LECr.)

Así mismo, también podemos referirnos al derecho que poseen, en igual sentido, los sujetos perjudicados por el delito y ejercitable por ellos. Si bien el Art. 106 de la LECr., señala que la renuncia del ofendido no extingue el ejercicio de la acción (irretroactividad de la acción penal), sí prevé que ello opera en los casos de delitos sólo perseguibles a instancia de parte (indicando que

la acción civil se extingue, frente a este caso, cualquiera fuere el delito o la falta de que proceda). Por otra parte, el Art. 109 del mismo ordenamiento expresa claramente que, al momento en que se le recibe declaración al ofendido, se le debe instruir del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso (y renunciar o no a la acción civil), siendo ello posible hasta antes del trámite de calificación del delito (Art. 110 de la LECr.). En otro de los casos encontramos el derecho “exclusivo” de los perjudicados en determinados delitos (privados) al ejercicio y disponibilidad de la acción (Art. 215 del C.P.)

La LECr., fortalece este principio rector a través de los Arts. 642, 643 y 644 (Libro II, “Del Sumario”; Título XI, “De la conclusión del sumario y el sobreseimiento”; Cap. II, “Del sobreseimiento”). Allí se establecen las normas que regirán en caso de que el Ministerio Fiscal solicite el sobreseimiento. Se prevé, en caso de que no exista querellante particular que sostenga la acusación, la facultad del tribunal de hacer saber “... a los interesados...” en el ejercicio de la acción penal, para que defiendan su acción si lo consideran oportuno, en caso de no ocurrir ello el tribunal dictará el sobreseimiento (Art. 642). También se prevé la posibilidad de que no se hallare a “los interesados”. En este caso se los llamará por edictos por un lapso, luego del cual, de no haberse presentado se procederá a la conclusión del sumario por sobreseimiento (Art. 643)

El Art. 106 de la LECr., sobre la base del principio de legalidad procesal, afirma, como regla, la irrenunciabilidad de la acción penal por parte del ofendido, y, en esa línea, el Art. 191.2 del CP, impide la extinción de la acción por el perdón del ofendido en los delitos “semipúblicos”. El principio de legalidad procesal presente algunas excepciones, y en lo que respecta a los supuestos en que la víctima tiene una participación se destacan:

- 1) La denuncia en los delitos semipúblicos (Art. 191 del CP)
- 2) La querrela en los delitos privados, la licencia del juez o tribunal en las injurias y calumnias vertidas en juicio y el perdón del ofendido (Arts. 130.4 y 215 del CP)

En el primer caso –denuncia de los delitos semipúblicos–, por el Art. 191 del C.P. se establece como requisito para la procedencia de la acción penal en los delitos de: agresiones, acoso o abusos sexuales, la denuncia de la persona agraviada, representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, quien de cualquier modo deberá actuar en caso de sujetos pasivos menores o incapaces, bastando su sola denuncia. Esta disposición se encuentra en concordancia con lo previsto en los Arts. 104, 105 y 106 de la LECr. Si bien la instancia se encuentra en manos de particulares afectados, éstos no poseen la disponibilidad de la acción, en tanto el perdón del ofendido no extingue la misma (Art. 191.2, CP)

El restante supuesto, la querrela, su ejercicio está regulado entre los Artículos 270 y 281 de la LECr., interesando en este caso la que se deriva de los delitos previstos en el Art. 467 del CP, el cual plantea tres momentos:

- a) La legitimación para querellar y su exclusividad (Art. 215.1 del CP)
- b) La necesidad de la licencia del juez o tribunal para querellar por calumnias o injurias causadas en juicio (Art. 215.2 del CP)
- c) El relevamiento de la pena por el perdón del ofendido (Art. 215.3)

En los casos mencionados en a) y c), nos encontramos con dos manifestaciones “directas” de la oportunidad: el particular decide absolutamente todo en el proceso, en tanto puede evitar su iniciación, su continuación y la imposición de una pena. En el caso referido en b), se suele decir que se trata de una manifestación “indirecta” de la oportunidad (ver Art. 279 de la LECr). Por otra parte, la LECr prevé la figura del “abandono de la querrela” en los Arts. 275 y 276, indicando que, pasados diez días desde la realización de la última medida solicitada por el querellante, o por encontrarse inactiva a causa de aquél, el tribunal o juez, de oficio, mandará que el querellante pida lo que convenga a su derecho en el plazo de diez días, de lo contrario se considerará abandonada la querrela.

Junto al Ministerio Público y en una posición prácticamente idéntica (salvo en los procesos abreviados, donde se concede al Ministerio Fiscal un especial protagonismo; ver Art. 785 bis de la LECr), se encuentran en el proceso penal ciudadanos que formulan y sostienen la acusación; tales acusadores actúan, sobre todo cuando hayan sido ofendidos por el delito, por un interés propio (en los llamados “delitos privados” se advierte, quiérase o no, un componente importante de *vindicta*), incluso en el caso del ejercicio de la acción popular, advierte el Tribunal Constitucional que cuando se actúa en defensa del interés común o general, se sostiene simultáneamente un interés personal, porque en estos casos la única forma de defender el interés personal es sostener el interés común.

Se afirma que, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, en el sistema español el Ministerio Fiscal no ostenta el monopolio de la acción penal. El Estado efectivamente no podía inhibirse de la persecución de los delitos, abandonando el ejercicio de la acción penal en manos de los particulares, pero tampoco ha parecido conveniente excluir a los ciudadanos o impedir su participación en el proceso penal, como si la punición de los delitos atañera de manera directa (y no sólo cuando se trata del perjudicado u ofendido, sino también a título de simple ciudadano). De esta manera, se señala que los sujetos que postulan en el proceso una resolución de condena necesaria para abrir el juicio oral, está a cargo de las partes acusadoras: el Ministerio Fiscal y el acusador particular o privado, aunque ninguna de ellos sea el titular del *ius puniendi*. En síntesis, partes acusadoras serían el Ministerio Fiscal, el acusador particular, el acusador privado y el actor civil (este último viene al proceso ejercitando exclusivamente la pretensión de derecho privado).

Desde el punto de vista de la preceptiva intervención de unos u otros sujetos procesales, en relación con las partes acusadoras –ya que el acusado indudablemente siempre ha de existir-, es de hacer notar que en el proceso penal por delitos perseguibles de oficio (los llamados “delitos públicos”) es parte necesaria el Ministerio fiscal y puede intervenir también (parte contingente) cualquier español, haya sido o no ofendido por el delito, y los extranjeros, por los cometidos contra sus personas o bienes o las personas o bienes de sus representados (Arts. 101 y 270 de la LECr.)

En el proceso por delitos perseguibles sólo a instancia de parte (los llamados “delitos privados”) es parte necesaria el acusador privado. En consecuencia, dos tipos de acusadores no públicos pueden intervenir en un proceso penal: el acusador particular y el acusador privado. La diferencia esencial entre ambos radica en el carácter contingente del primero y el carácter necesario del segundo, según el tipo de delito por el que se procede. El actor civil es siempre parte contingente; naturalmente que si se acumula la pretensión civil al proceso penal han de intervenir también una o varias personas como responsables civiles, frente a quienes dicha pretensión se ejercita.

### 3.3.2 Las partes acusadoras.

En el ordenamiento procesal penal Español, a diferencia de lo que sucede en otros países (Francia. Italia y Alemania) la acción penal no esta monopolizada por el ministerio fiscal. En España la acción penal es pública y su ejercicio está legalmente configurado como un deber para el ministerio fiscal y como un derecho para todos los ciudadanos. En el proceso penal Español pueden ejercer la acción penal, adquiriendo la condición de parte acusadora, el ministerio fiscal, la acusación popular, la acusación particular y **el acusador privado**. El ministerio fiscal es el órgano público al que la ley encomienda el ejercicio de la acción penal con carácter general y en nombre del Estado. El acusador particular es el ofendido o perjudicado por el delito (sea persona física o jurídica), que igualmente puede constituirse en parte acusadora.

Pero, las partes acusadoras, además de determinar los hechos punibles y su calificación, señalando la persona a quien se considera responsable de los mismos y las penas en que hubiera incurrido (Art. 650 de la LECr.), cuando el ofendido no renuncie o reserve el ejercicio de la pretensión de restitución, reparación o indemnización, en el derecho Español se entenderá ésta utilizada en el proceso penal, bien por el Ministerio Fiscal –salvo en los delitos perseguibles sólo a instancia de parte-, bien por el ofendido o perjudicado, constituyéndose en parte procesal también en materia penal (acusador particular o privado), bien constituyéndose éste en parte a los solos efectos de pretender el efecto civil derivado de los hechos delictivos (actor civil).

Además, cualquier ciudadano español (incluida las personas jurídicas, de acuerdo con la doctrina del tribunal constitucional) a pesar de no ser ofendido o perjudicado por el delito, puede ejercitar la acción penal, constituyéndose en acusación popular previo cumplimiento de unos requisitos legales. Y, por último, el acusador privado es también perjudicado por el delito, pero en este caso es el único legitimado para ejercer la acción penal, porque el delito por el que se ha visto ofendido no afecta el interés común. Dejando aparte la figura totalmente residual del acusador privado, cabe decir que la legitimación de la acusación popular deriva del Artículo 125 de la constitución española que reza:

“Artículo 125. Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales.”, como derecho de participación de los ciudadanos en la administración de la justicia y, por ello, no se precisa ser perjudicado u ofendido por el delito para ejercerla en los delitos públicos. Tal reconocimiento constitucional tiene reflejo en el Artículo 19.1 de la Ley orgánica del poder judicial y en los Artículos 101 y 270 de la Ley de enjuiciamiento criminal. Artículo 101. La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley. Artículo 270. De la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el Artículo 101 de esta Ley. También pueden querellarse los extranjeros por los delitos cometidos contra sus personas o bienes, o las personas o bienes de sus representados, previo cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 280, si no estuvieren comprendidos en el último párrafo del 281”

No obstante, la posibilidad de que los ciudadanos puedan acusar en un procedimiento penal, a pesar de no ser perjudicados por el delito históricamente ha sido muy criticada, pues para muchos es una vía para introducir en el proceso penal presiones y manipulaciones inadmisibles, existiendo



un evidente peligro de utilización fraudulenta. La acción popular ha jugado un papel importante en la defensa de “intereses difusos”, como en el caso de las asociaciones de Derechos Humanos en los delitos de tortura o diversas asociaciones en los delitos contra la salud pública o contra el medio ambiente, pero no se puede desconocer la proliferación de querellas con móviles poco legítimos, como los relacionados con cuestiones políticas.

Por lo que se refiere a la acusación particular, según el tribunal constitucional español, el ejercicio del derecho del perjudicado a acusar se ampara en el Artículo 24.1 de la constitución que consagra como derecho fundamental de toda persona “obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos” El ofendido o perjudicado por el delito está legitimado para el ejercicio de la acción penal con independencia de la actuación del Ministerio Fiscal. Es más, en la práctica, en ocasiones sucede que el Ministerio Fiscal decide no ejercer la acusación y sí lo hace el ofendido o perjudicado por el delito, llegando a obtener una sentencia condenatoria contra el autor del delito en contra del criterio del Ministerio Público. Así, en España el procedimiento penal pueda comenzar y finalizar sin necesidad del que le ministerio fiscal acuse.

La condición de parte acusadora particular en el proceso penal se puede adquirir inicialmente, mediante la presentación de una querrella o, posteriormente, durante la tramitación del procedimiento, con la personación en el mismo. En uno y otro caso es necesaria la intervención de abogado y procurador de los tribunales. Los delitos tipificados en el código penal español se pueden clasificar en tres categorías: delitos públicos, semipúblicos y privados. En primer lugar, si el delito es público el Ministerio Fiscal tiene el deber de ejercitar la acción penal, mientras que el acusador particular y el acusador popular tienen la facultad de hacerlo. En segundo lugar, si el delito es semipúblico, el Ministerio Fiscal también tiene el deber de ejercitar la acción penal, pero su ejercicio está condicionado a que previamente el ofendido o perjudicado por el delito presente denuncia; igualmente, en este caso el acusador particular podrá ejercer la acción penal. Y en último lugar, si el delito es privado, el único legitimado para ejercer la acción penal es el ofendido (a

quien se denomina acusador privado), sin que puedan hacerlo ni el Ministerio Fiscal, ni los acusadores privados, ni públicos.

### **3.3.3 La importancia práctica del Ejercicio de la Acción Penal por el Ofendido o Perjudicado por el Delito.**

El hecho de que el ofendido o perjudicado por un delito pueda ejercitar la acción penal en el procedimiento penal español es de gran importancia, principalmente cuando se trata de infracciones penales contra el patrimonio y el orden socio-económico, en los que con la acción penal se pretende la defensa de los derechos económicos de las víctimas de estos delitos. Ellos son así, porque en el procedimiento penal también se ejerce la acción civil ex delito, a menos que se haya hecho expresa reserva de tal acción o se haya renunciado a la misma. El que es ofendido o víctima del delito puede intervenir en el procedimiento penal solo como actor civil, sin ejercitar la acción penal y sin actuar como parte acusadora, pero no hay que olvidar que para que haya lugar a la responsabilidad civil (reparación del daño e indemnización de los perjuicios). Las actuaciones judiciales, desde el inicio del procedimiento penal, han de estar dirigidas a la averiguación del delito y sus circunstancias, a la determinación de los responsables del mismo y aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias.

Todo ellos se pueden dejar en manos del juez instructor y del Ministerio Fiscal, quienes deben investigar los hechos delictivos y el patrimonio de su infractor y su entorno. Pero es de sobras conocida la lentitud de la administración de justicia y su falta de medios materiales y humanos, a los que en ocasiones hay que añadir la falta de preparación para afrontar la investigación de tipos delictivos técnicamente complejos (Tirvió Portús, 2018).

## **CAPITULO 4. EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y SU VINCULACIÓN CON EL DERECHO DE ACCIÓN.**

En capítulos anteriores hemos visto las diferentes acepciones de acción y pretensión de acción y pretensión, ahora nos ocuparemos de ilustrar la congruencia que implica el ejercicio de estos conceptos, el vínculo que existe desde el punto de vista de quien pide (titular del derecho de acción y de la pretensión, Fiscalía General de la Nación o acusador privado) y quien condena. (Juez competente). Para Andrés Felipe Arango (2014), “El principio de congruencia configura una regla que condiciona la competencia de las autoridades judiciales, en el sentido de que solo pueden resolver sobre lo solicitado y aprobado por las partes. De tal suerte que el juez, en su sentencia, no puede reconocer lo que no se le ha pedido [extra-petita] ni más de lo pedido [ultra petita]. De allí la necesidad de fijar con precisión, desde el comienzo, el objeto del litigio.

Ahora bien, en materia procesal penal, el principio de congruencia adquiere una mayor relevancia debido a su íntima conexión con el ejercicio del derecho de defensa. De tal suerte que no se trata de una simple directriz, llamada a dotar de una mayor racionalidad y coherencia al trámite procesal en sus diversas etapas, sino de una garantía judicial esencial para el procesado” En este sentido, ahondando en el tema Saray Botero, (2017) trata tres temas básicos para comprender la congruencia y su vinculación con el derecho de acción; (i) El principio de congruencia en materia penal en los regímenes procesales mixtos,(ii)El principio de congruencia en materia penal en la ley 906 de 2004 y, (iii) Implicaciones de la congruencia.

### **4.1 El principio de congruencia en materia penal en los regímenes procesales mixtos.**

El principio de congruencia en materia penal, también denominado de coherencia o de correlación entre acusación sentencia, es el elemento integrante del debido proceso, es en tanto garantía indispensable para la efectividad del derecho de defensa. Como expresión del debido proceso o mejor, como “*regla estructural del proceso*” y en íntima conexión con el derecho de la

defensa, las diversas legislaciones procesales han contemplado este instituto. En el Decreto 2007 de 1991, sistema mixto inquisitivo, en el que según la Corte Constitucional en las sentencias T-480 de 2006 y C-025 de 2010, la Sala Penal desarrolló una clara línea jurisprudencial en la que se destaca:

- i) La provisionalidad de la calificación jurídica no vulnera el derecho de defensa del acusado.
- ii) A pesar de las modificaciones que se introduzcan a la acusación, estas no pueden ser de tal naturaleza que rompan la consonancia entre la acusación y la sentencia.
- iii) Al enjuiciado no se le puede sorprender con hechos nuevos sobre los cuales no tenga oportunidad de defenderse.

En la Ley 600 de 2000, sistema mixto inquisitivo con algunos elementos acusatorios, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia estableció, en lo que concierne al principio de congruencia y la variación de calificación jurídica, la siguiente doctrina:

- i) La calificación inicial sobre el delito no puede ser invariable, ya que el objetivo de todo proceso penal es esclarecer los hechos, los autores y partícipes con fundamento en el material probatorio recaudado, para administrar justicia con apoyo en la verdad y en la convicción razonada de quien resuelve.
- ii) El funcionario o Corporación a cuyo cargo se encuentra la decisión final debe estar en condiciones de modificar, parcial o totalmente las apreciaciones con base en las cuales se inició el proceso.
- iii) Lo trascendente, desde una perspectiva constitucional, no es que la acusación se mantenga incólume, sino que ante la variación de la acusación el encartado también pueda modificar su estrategia defensiva, y que igualmente se le respete el derecho de contradecir los hechos nuevos.

En la Ley 600 de 2000 uno de los postulados fundantes de las actuaciones penales, que estructuran tanto el debido proceso como el derecho de defensa, es el principio de *congruencia*, el cual se predica de la sentencia respecto de la resolución de acusación (Corte Constitucional, Sentencias T-062 de 2013 y T-655 de 2015). La congruencia en el sistema procesal penal mixto se predica efectivamente entre la resolución acusatoria y la sentencia en sus aspectos personal (sujetos), fáctico (hechos y circunstancias) y jurídico (modalidad delictiva), de tal forma que si alguno de ellos no guarda la debida identidad, se quebrantan las bases fundamentales del proceso y se vulnera el derecho a la defensa, en cuanto el procesado no puede ser sorprendido con imputaciones que no fueron incluidas en la acusación ni se le pueden desconocer aquellas circunstancias favorables que redunden en la determinación de la pena.

Precisamente la acusación señala los parámetros dentro de los cuales debe moverse el juez desde el punto de vista jurídico, pero también fáctico, de modo que le está vedado al juez “introducir hechos no comprendidos en la resolución de acusación, ni agravantes, ni en fin, hacer, de alguna manera, más gravosa la situación del procesado” (Ley 600 de 2000). El imputado debe conocer a ciencia cierta los hechos por los que se le está persiguiendo penalmente, pero, sobre todo, aquellos en virtud de los cuales la Fiscalía lo acusa ante el Juez y los delitos que le atribuye, pues es precisamente esto lo que torna efectivo su derecho a defenderse asume el papel de parte, según el esquema proceso de la Ley 600 de 2000.

Sí el proceso no conoce de forma concreta, específica y circunstanciada los hechos que conforman la acusación y su respectiva calificación jurídica, tampoco sabrá de qué y cómo intentar controvertir aquello que se le atribuye. Pero garantizado lo anterior, puesto que la certidumbre de la acusación permite y asegura la eficacia de la defensa, esas bases fácticas y jurídicas alrededor de las cuales gira el juzgamiento no pueden ser desconocidas por el fallador al momento de adoptar la decisión de fondo, por cuanto, con la erosión de la congruencia, también terminaría haciéndose nugatorio el derecho a la contradicción protegido por la Carta (Art. 29 de la Constitución). La garantía de la congruencia posee una doble dimensión: tiende un puente o vínculo, por un lado, entre los hechos contenidos en la acusación y aquellos sobre

los cuales versará la sentencia, y por el otro, entre los delitos imputados por la Fiscalía y aquellos sobre la base de los cuales el Juez dictará sentencia, vínculo dual establecido por el legislador como forma de protección al imputado.

En la Ley 600 de 2000 se contempla expresamente, en la audiencia de juicio, la posibilidad que la Fiscalía modifique la calificación jurídica dada a la conducta en la resolución de acusación ya sea porque fue errónea o en razón de prueba sobreviniente, respecto de un elemento básico estructural del tipo, forma de coparticipación o imputación subjetiva, desconocimiento de una circunstancia atenuante o reconocimiento de una agravante que modifique los límites punitivos. Adicionalmente, como forma de salvaguardar los derechos de las partes y, especialmente, del acusado frente a la atribución de esa nueva calificación, el estatuto establece un procedimiento para que la defensa pueda ser reorganizada de conformidad con las nuevas circunstancias (Artículo 400 Ley 600 de 2000)

La Ley solo permite a la Fiscalía alterar en ese momento las connotaciones jurídicas de la conducta por la que acusó, pero no los hechos en sí, en virtud de los cuales llevó a juicio al procesado. La imputación fáctica a la Fiscalía alterar todavía mucho más fuerte e infranqueable que la imputación jurídica, pues, opuestamente a esta, ni siquiera puede ser modificada en el escenario del juicio, una vez consignada en la acusación y, por supuesto, tiene que ser respetada de forma rígida por el juez al condenar, todavía en mayor medida que el marco señalado por los delitos, pues mientras que se puede sancionar por punibles menos graves, los hechos son inmodificables. La congruencia es una garantía instrumental que busca evitar que el acusado sea sorprendido por hechos o delitos nuevos, y de modo fundamental por los primeros, a fin de proteger su prerrogativa intangible de defenderse de manera real dentro de la actuación penal.

Es incontestable que desconocida la congruencia se derrumbaría también la prerrogativa de la contradicción del procesado. La congruencia no se puede concebir como una exigencia de perfecta armonía e identidad entre acusación y sentencia, “sino como una garantía que el

proceso transita alrededor de un eje conceptual fáctico-jurídico que le sirve como un marco y límite de desenvolvimiento y no como una atadura irreducible”, con lo cual, en la sentencia el juez puede, dentro de ciertos límites, “degradar la responsabilidad sin desconocer la consonancia”. No hay vulneración de la congruencia cuando se condena en forma atenuada, *“siempre y cuando se respete el núcleo básico de la conducta imputada”*.

#### **4.2 El principio de congruencia en materia penal en la ley 906 de 2004.**

La Corte Constitucional en la sentencia C-025 de 2010, concluye con respecto al principio de congruencia en el sistema acusatorio penal:

“(i) se trata de un principio cardinal que orienta las relaciones existentes entre la formulación de la acusación y la sentencia; (ii) su aplicación se extiende al vínculo existente entre la audiencia de imputación de cargos y aquella de formulación de la acusación, (iii) de allí que esta última no pueda incorporar hechos nuevos, es decir, no imputados previamente al procesado; y (iv) lo anterior no significa que la valoración jurídica de los hechos deba permanecer incólume, precisamente por el carácter progresivo que ofrece el proceso penal. En otras palabras, fruto de la labor investigativa desarrollada por la Fiscalía durante la fase de instrucción, es posible, al momento de formular la acusación, contar con mayores detalles sobre los hechos, lo cual implica, eventualmente, modificar, dentro de unos parámetros racionales, la calificación jurídica de los hechos” (Sentencia C-025 de 2010).

La congruencia ha pasado a ocupar lugar destacado en la casuística que se deriva de la aplicación del sistema acusatorio procesal penal colombiano. El principio de congruencia constituyente, bastión del debido proceso penal desde la doble perspectiva de garantía (íntimamente relacionado con el derecho de defensa) y estructura (como eslabón), pues le marca al Estado un límite en el ejercicio del *ius puniendi*; su carácter vinculante por

antonomasia no puede ser desbordado porque pugnaría con los mismos sustentos del sistema acusatorio. Su teología no hace cosa distinta que exigir una total correspondencia entre el acto complejo de la acusación (escrito y audiencia), el que se extiende hasta el alegato final en el juicio oral, al momento en que, el procesado, conozca todas y cada una de las circunstancias tanto fácticas como jurídicas en que se edifica el pliego y de esta manera, planifique su defensa.

Por lo tanto, la congruencia como garantía y postulado estructural del proceso, implica que el fallo debe guardar armonía, bien con lo que el imputado acepte en la audiencia de formulación de la imputación o a través de preacuerdos y negociaciones celebrados con la Fiscalía, o ya con las conductas punibles atribuidas en el acto complejo de acusación, identidad que debe estar referida o verificarse en tres aspectos, a saber: el personal, el fáctico y el jurídico (CSJ AP, 23 mayo 2012, rad. 38.810). Dicho postulado está consagrado en el canon 448 de la Ley 906 de 2004, así:

Artículo 448. **Congruencia.** El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena. En la sentencia C-025 de 2010, que precisamente declaró la asequibilidad del art. 448 de la Ley 906 de 2006, “*por el cargo analizado*”, se dijo por la Corte Constitucional, que dicho principio rige la relación existente entre la acusación y la sentencia, configura en elemento central de un sistema penal acusatorio, caracterizado por (i) la separación entre el órgano que investiga y acusa con aquel que falla; (ii) el derecho que tiene el procesado a conocer la acusación formulada; y (iii) una comprensión estricta de la prohibición de la *reformatio in pejus*”; principio acusatorio entendido en que no hay proceso sin acusación (*nemo iudex sine accusatore*); el cual se proyecta en varios sentidos: (i) existencia necesaria de una acusación; (ii) congruencia entre acusación y sentencia; y (iii) prohibición de la reforma de perjuicio; y, adicionalmente, en materia procesal penal dicho principio “*adquiere una mayor relevancia* debido a su íntima conexión con el ejercicio del derecho de defensa. De tal suerte que no se trata de una simple directriz, llamada a dotar de una mayor racionalidad coherencia al trámite procesado. Así las cosas, el contenido y el alcance del mencionado principio en asuntos penales



se encuentran determinados por una interpretación sistemática de los artículos 29 y 31 Superiores; 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (Corte Constitucional, Sentencia C-025 de 2010).

El referido precepto, como de tiempo atrás lo ha dilucidado la Sala Penal de la Corte, alude a la correspondencia personal (el acusado), fáctica (hechos) y jurídica (delitos), que debe existir entre la acusación, la intervención del delegado de la Fiscalía durante la etapa del juicio y la sentencia; conformidad que, referida al debido proceso y al derecho de defensa, se ajusta al principio de congruencia e implica que los jueces no pueden desconocer la acusación dictando otra oficiosamente, pues se trata de un proceso adversarial que involucra, de un lado, al ente investigador y, del otro, al procesado y su defensor, en una relación contenciosa en cuyo desarrollo se debe materializar la igualdad de armas, e impone hacer valer en toda su extensión el principio de imparcialidad.

De esa manera surge claro es con relación a los hechos jurídicamente relevantes de la acusación y demostrados en el juicio, que el fiscal puede solicitar la condena y el juez proferir el fallo correspondiente, teniendo en cuenta el carácter provisional de la calificación jurídica de la conducta incluida en la acusación. Al término del debate probatorio resulta posible afirmar que la calificación jurídica de la conducta es definitiva, toda vez que son los hechos que en curso del juicio se lograron demostrar por las partes, los que le permiten al juez cumplir con su función constitucional de prodigar justicia, verificando si la adecuación típica propuesta por la Fiscalía como fundamento de la solicitud de condena, coincide o no con lo acreditado probado en él, a fin de aplicar las correspondientes consecuencias jurídicas.

De conformidad con lo dispuesto por el Artículo 337.2 del Código de Procedimiento Penal, la Fiscalía tiene la obligación de incluir en el escrito de acusación “*una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible*”, cuya importancia se ve acentuada con lo previsto por el artículo 443 CPP, alusivo a los turnos para

alegar de conclusión, según el cual en su intervención final el fiscal debe exponer “los argumentos relativos al análisis de la prueba, tipificando de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación”; y que encuentra plena coherencia en lo dispuesto por el Artículo 448 de la Ley 906 de 2004, que establece que la persona que haya sido formalmente acusada por la Fiscalía, no podrá ser declarada culpable “por hechos que no consten en la acusación, no por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”. La providencia penal de condena incurre en error absoluto si el juez i) sigue un trámite totalmente ajeno al dispuesto para el asunto sometido a su competencia, ii) pretermite etapas sustanciales del procedimiento y, de esa forma, conculca derechos de alguna de las partes y iii) pasa por alto el debate probatorio, vulnerando los derechos de defensa probatorio, vulnerando los derechos de defensa y contradicción de los intervinientes en la actuación.

A causa del desconocimiento del principio de congruencia en su dimensión fáctica entre la acusación y la sentencia, el juez incurre en un error procedimental absoluto que se refleja en el fallo. En varios pronunciamientos recientes de la Corte Constitucional se ha consolidado expresamente la tesis que desconocer la garantía de la congruencia supone que la providencia incurrió en un defecto procedimental absoluto. En el sistema acusatorio penal la imputación por parte de la Fiscalía debe ser lo más completa, precisa y clara posible de tal forma que tanto el investigado como su abogado defensor conozco el marco de la imputación y proyecten adecuadamente las consecuencias de una posible aceptación voluntaria y unilateral de responsabilidad a través del allanamiento. En este caso la congruencia se predica entre la imputación de cargos y la sentencia.

### **4.3 Implicaciones de la congruencia.**

El principio de congruencia implica:

Uno: Que al juez le está vedado adicionar consecuencias adversas distintas a las consignadas por la Fiscalía, y proferir condena por conductas respecto de las cuales dicho ente no hizo pedimento en tal sentido. Por manera que le corresponde resolver observando el principio de congruencia, que lo ata a hacerlo conforme al contenido de la acusación, entendida ésta como acto complejo- escrito y formulación- y a lo solicitado por la Fiscalía en los alegatos finales (CSJ SP, 13 de julio 2006, rad.15.843; CSJ SP 16544-2014, rad. 41.315 de 03-12-14)

Dos: Que la Fiscalía conserva una cierta potestad para incidir de forma autónoma en las resultas del proceso.

Tres: Que, si la Fiscalía solicita absolución, el juez invariablemente debe absolver.

Cuatro: Que, si la Fiscalía se abstiene de pedir condena por el delito objeto de acusación, el juez invariablemente debe absolver.

Cinco: La acusación marca un límite para al arbitrio de las partes e intervinientes.

Seis: Que la acusación marca un límite al funcionario judicial, en tanto, no es posible, en la generalidad de los casos, pedir condena o proferir la misma por una conducta punible a la que fuera objeto de elevación del pliego de cargos y, en todo caso, nunca por hechos diferentes. La acusación limita las facultades del fallador.

Sobre este último aspecto, la Corte precisó en CSJ SP, 16 marzo 2011, rad. 32.685; CSJ SP, 8 junio 2011, rad. 34.022; CSJ SP 17436-2105, rad. 45.008 de 16-12-15, que esa exigencia merecía “ser modificada en el sentido que los jueces de instancia se puede apartar de la imputación jurídica formulada por la Fiscalía hacia una degradada, siempre y cuando la conducta delictiva que se estructura en esta etapa procesal no obstante constituir una especie distinta a la prevista en la acusación, esté comprendida dentro del mismo género, comparta en núcleo y la nueva atribución soportada en los medios de pruebas sea más favorable a los intereses del procesado”. Al respecto de la congruencia desde el punto de vista penal la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 29 de junio de 2006 con radicación 24529, se ha pronunciado de la siguiente manera:

“En cuanto a la congruencia (Artículo 448 del Código de Procedimiento Penal), se hace necesario recordar que nuestro sistema optó por una imputación fáctica y una imputación jurídica, que deben determinarse desde el instante en que se formula la imputación, pues, como lo tiene señalado la Ley, los extremos de la relación jurídico procesal deben estar cabalmente delimitados y, por lo mismo, puestos en conocimiento del imputado y su defensor. Por ello, el juzgador al momento de elaborar el correspondiente juicio de derecho puede llegar a transgredir el principio de congruencia, en tratándose de la aceptación de cargos, por acción o por omisión, ocurriendo en los siguientes eventos:

1. Por acción:

- a) Cuando se condena por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, según el caso.
- b) Cuando se condena por un delito del cual nunca se hizo mención fáctica ni jurídicamente en el acto de formulación de imputación o de la acusación, según el evento.
- c) Cuando se condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación o en la acusación, según el caso, pero se deduce, además, circunstancia, genérica o específica, de mayor punibilidad.

2. Por omisión:

“Cuando en la sentencia se suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que fue reconocida en las audiencias de formulación de la imputación o de la acusación, según el caso” Seguidamente en Sentencia del 25 de abril de 2007 de radicado 26309, complementa el magistrado Yesid Ramírez Bastidas, de la siguiente manera:

“La congruencia se debe predicar, y exigir, tanto de los elementos que describen los hechos como de los argumentos y las citas normativas específicas. Esto implica (i) que el aspecto fáctico mencionado en la acusación sí y sólo sí es el que puede ser tenido en cuenta por el juez al momento de dictar sentencia. Si la prueba demuestra que los hechos no se presentaron como los relata la Fiscalía en el escrito de acusación, al juez no le quedará otro camino que el de resolver el asunto de manera contraria a las pretensiones de la acusadora; y, así mismo, (ir) la acusación debe ser completa desde el punto de vista jurídico (la que, en aras de la precisión, se extiende hasta el alegato final en el juicio oral), con lo cual se quiere significar que ella debe contener de manera expresa las normas que ameritan la comparecencia ante la justicia de una persona, bien en la audiencia de imputación o bien en los momentos de la acusación, de modo que en tales momentos la Fiscalía debe precisar los artículos del Código Penal en los que encajan los hechos narrados, tarea que debe hacerse con el debido cuidado para que de manera expresa se indiquen el o los delitos cometidos y las circunstancias específicas y genéricas que inciden en la punibilidad” (Sentencia del 25 de abril de 2007 de radicado 26309).

Ahora bien, el objetivo de este capítulo es analizar que sucede con la pretensión penal (pretensión de condena) desde el punto de vista de la congruencia, al respecto la Corte en sentencia 43837 SPA 6808 2016, realiza una línea jurisprudencial donde relaciona varias sentencias que nos ilustran lo anteriormente expuesto de la siguiente manera:

“Lo concerniente a la congruencia como es regulada en la Ley 906 de 2004, en cuanto en el sistema acusatorio si el Fiscal retira los cargos el Juez no puede emitir sentencia condenatoria, en la Sentencia del 13 de abril de 2008 (radicación 27413), la Sala de Casación Penal señaló: En el sistema regulado por la Ley 906, la Fiscalía es la titular de la acción penal durante todo el proceso, de tal forma que al formular la acusación no renuncia a la potestad de retirar los cargos formulados, pues es dueño de la posibilidad de impulsarla o no. La acusación, no es una decisión judicial, sino su pretensión. El Juez está impedido

para actuar de oficio porque se está ante un sistema de partes” (Corte en sentencia 43837 SP 6808 2016).

Con posterioridad, en auto del 27 de febrero de 2013, radicado 40306, se dejó claro que el decaimiento de la acción penal a partir de la sola voluntad de la Fiscalía opera cuando solicita absolución en el alegato conclusivo y que ello ocurría de manera excepcional si se tenía en cuenta que:

“No es cierto que en la sistemática de la Ley 906 de 2004 el fiscal sea dueño incondicional de la acción penal y que pueda a su arbitrio disponer de la misma”. Ahora bien, al intentar justificar la excepción, la Sala consideró que tal opción se entendía lógica y jurídica en los casos en que aquél no logró cumplir con la promesa de acreditar la responsabilidad del acusado. En ese orden, la petición de absolución debe conducir a ello por “simple sustracción de materia, o carencia jurídica de objeto” (Auto del 27 de febrero de 2013, radicado 40306).

Ese mismo año, el 11 de septiembre, en el proceso radicado con el número 43837 se profirió un auto en el que se esbozaron las siguientes ideas fundamentales en torno a la congruencia y su vinculación con el derecho de acción:

1. La acusación es un acto de parte, por lo que una petición de absolución proveniente de su titular equivale a un retiro de los cargos. De allí que, al juez de conocimiento no le sea permitido asumir como propia la acusación o tomar el rol de acusador oficioso. No obstante, lo anterior, lo cierto es que ningún yerro se le puede atribuir al sentenciador por haber proferido sentencia absolutoria frente a la petición en tal sentido formulada por la Fiscalía, en la audiencia del juicio oral. Ello es así, porque en el proceso de tendencia acusatoria que adopta la Ley 906 de 2004 la acusación es un acto de parte. Por tanto, una petición como aquella, proveniente de su exclusivo titular, equivale a su retiro, sin que al juez de conocimiento le sea permitido, como ocurre en el sistema mixto acogido por la Ley 600 de 2000,

asumirla como propia o tomar el rol de acusador oficioso, en atención a lo que estime probado en el juicio. Por tanto, ante la petición absolutoria de la Fiscalía la acusación decae y es por eso que el funcionario judicial no puede más que fallar según lo pedido. 2. La posibilidad de que el juez de instancia realice una evaluación probatoria para determinar si la pretensión absolutoria de la Fiscalía carece de sustento, rompe con los principios que regulan el proceso acusatorio, en particular, con la autonomía del titular de la acción penal para retirar la acusación y con la prohibición que recae en el funcionario judicial para ejercer por sí mismo la tarea acusadora. Significa lo anterior que al juez no le está dado, como así lo sugiere la impugnante, indagar si la prueba introducida en el juicio tiene o no la aptitud para demostrar la atipicidad de la conducta y la no responsabilidad del acusado, pues sobre el ejercicio de un acto de parte, como lo es la formulación de acusación o su retiro, no puede ejercer control alguno. En contraste, su deber es verificar si aún persiste el ejercicio de la acción por parte del acusador, y si llegare a una conclusión negativa, ya sea porque se produjo retiro de la acusación o porque su titular reclamó la absolución, su determinación debe ser lógica y racionalmente la de acoger la solicitud formulada por la Fiscalía”

Todo lo anterior con el ánimo de responder a: *¿Cómo funciona el principio de congruencia en lo que tiene que ver con la acción privada?*. Anticipadamente podemos afirmar que es casi nulo en la acusación privada, pues quien marca el congruente fáctico previamente es el fiscal y le entrega al acusador privado cada uno de sus componentes: personal, fáctico y jurídico, debidamente trazado y delimitado.

## CAPITULO 5. EL ACUSADOR PRIVADO EN COLOMBIA.

De los conceptos de acción y pretensión nos encontramos que, quien ejerce la acción es quien tiene la disponibilidad de fijar los hechos, de limitar el derecho y el alcance del derecho, es decir, la autonomía para promover el proceso penal buscando que se acceda a la pretensión punitiva, incluso en determinados casos buscar el desistimiento de la misma. Este capítulo tiene por objeto analizar de una manera sistemática las atribuciones de La Fiscalía General de la Nación, en el ejercicio de la acción y pretensión penal, en desarrollo del Artículo 250 Constitucional, y compararlas con las que tiene el acusador privado a partir de la Ley 1826 de 2017. Ahora bien, desde un análisis del Artículo 250 de la Constitución Política, podemos afirmar que a La Fiscalía General de la Nación en ejercicio de los conceptos de acción y pretensión penal se le atribuye:

- 1) Investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito.
- 2) Aplicar el principio de oportunidad en los términos y condiciones definidos por la Ley 906 de 2004.
- 3) Ordenar, registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones y poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes inmediatamente termine la actuación.
- 4) Asegurar los elementos materiales probatorios y evidencia física, garantizando su cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción.
- 5) Dirigir y coordinar las funciones de Policía Judicial que en forma permanente ejerce su Cuerpo Técnico de Investigación, la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.
- 6) Velar por la protección de las víctimas, testigos y peritos que la Fiscalía pretenda presentar.
- 7) Ordenar capturas, de manera excepcional en los casos previstos en la ley 906 de 2004 y poner a la persona capturada a disposición del juez de control de garantías, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.



- 8) Solicitar al Juez de Control de Garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.
- 9) Presentar la acusación ante el Juez de Conocimiento para dar inicio al juicio oral y público.
- 10) Solicitar ante el Juez de Conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando no hubiere mérito para acusar.
- 11) Intervenir en la etapa de juicio en los términos establecidos en el código de procedimiento penal.
- 12) Solicitar ante el Juez de Conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los efectos del injusto.
- 13) Interponer y sustentar los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión en los eventos establecidos por este código.
- 14) Solicitar nulidades cuando se tenga lugar a ellas.

Ahora analicemos el concepto del acusador privado en Colombia de conformidad con la ley 1826 del año 2017, modificadorio de la Ley 906 del año 2004, a fin de realizar un contraste con las atribuciones que tiene La Fiscalía General de la Nación. El profesor y especialista en Derecho Procesal Penal Andrés Felipe Arango en su Herramienta de Estudio de La Ley 1826 de 2017, realizando un análisis del Título II de la mencionada ley, afirma lo siguiente:

1. Acusador privado es la víctima de la conducta punible (querellante legítimo), debe estar representada por abogado de confianza.
2. Cuando sean varias las víctimas deberá existir acuerdo frente a la conversión de la acción pública en privada, de no haber acuerdo se seguirá el procedimiento por el trámite ordinario.
3. El acusador privado deberá someterse a los mismos parámetros legales que el fiscal (los que le sean compatibles).

4. El acusador privado cumple función pública transitoria, por lo tanto, estará sometido al mismo régimen disciplinario y penal que se aplica a los fiscales.
5. La conversión de la acción penal pública a acción penal privada se podrá solicitar a la Fiscalía hasta antes del traslado del escrito de acusación.
6. La solicitud debe hacerse por escrito y debe acreditarse sumariamente la calidad de víctima, si son varias las víctimas cada una deberá coadyuvar y firmar la solicitud.
7. Recibida la solicitud, la Fiscalía contará con un mes para resolver dicha solicitud de fondo, la decisión que se adopta lo será de plano.
8. Solo puede nombrarse un acusador privado por cada proceso. No pueden coexistir acusador privado y fiscal en la misma causa.
9. El acusador privado tiene las mismas facultades de investigación que la defensa, en igual sentido las mismas limitaciones (Sentencia C-186 de 2008)
10. No podrá el acusador privado desarrollar actos de investigación complejos como interceptación, allanamiento, registro personal, etc.
11. Para esos actos complejos el acusador privado acudirá ante el Juez de Control de Garantías y expondrá su solicitud, de salir avante, el Juez le ordenará al Fiscal que autorizó la conversión la realización del acto investigativo.
12. El fiscal del caso deberá comparecer ante el Juez de Garantías para ejercer el control posterior al acto de investigación.
13. El acusador privado podrá acudir directamente al Juez de Control de Garantías para solicitar la medida de aseguramiento respectiva para el caso.
14. Una vez se dé la conversión de la acción penal, el fiscal del caso entregará al acusador privado todos los elementos materiales probatorios, la IR y E.F, respetando en todo caso el protocolo de cadena de custodia.
15. La custodia de los elementos le corresponderá únicamente al acusador privado.
16. La acción penal privada deberá quedar consignada en documento escrito y deberá constar en el traslado de la acusación.

17. Según el Art. 563, la Fiscalía podrá destruir armas de fuego o armas blancas que sean usadas para la comisión de la conducta punible. Indica que este procedimiento se aplicará a las armas de fuego y armas blancas que se encuentren a su disposición. Modifica de este modo el concepto de comiso definitivo a favor del estado conforme los Artículos 82 y 87 del C.P.P.
18. La pretensión de reparación deberá ser incorporada el traslado del escrito de acusación, en mismo documento deberá descubrir, enunciar, y solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.
19. En la Sentencia de inmediato el juez condenará al penalmente responsable al pago de los daños causados según lo que se acredite en juicio, esto generará problemáticas en los eventos en donde se revoque la sentencia absolutoria en segunda instancia y a la inversa. En el mismo sentido en el trámite de casación. (Arango G, 2017).

Si hacemos un comparativo de las atribuciones de la Fiscalía General de la Nación y las del acusador privado podemos afirmar que: Si la Fiscalía tiene la función de Investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito; el acusador privado simplemente después de que el ente acusador realice esta función recibirá todos los elementos materiales probatorios, la I.L.O y E.F y se limitará a respetar en todo caso el protocolo de cadena de custodia. Desde este punto se denota que, los conceptos de acción y pretensión están presentes en el ejercicio de acusación de la Fiscalía, pues en su titularidad esta realizará la investigación y reunirá todos elementos materiales probatorios que de ella se obtenga, el acusador privado entra en esta etapa, es decir, después de la investigación y recibe lo que el Fiscal delegado, para el caso en concreto le entregue, de lo que se infiere entonces, que el acusador privado no tiene esta facultad y está limitado al ejercicio de la acción penal por parte del ente acusador.

La Fiscalía está facultada para aplicar el principio de oportunidad en los términos y condiciones definidos por la Ley 906 de 2004; para el acusador privado la Ley 1826 de 2017 guardo silencio, lo que deja en interrogante también la posibilidad de solicitar la preclusión, realizar acuerdos y negociaciones y solicitar la extinción de la acción penal. Gran vacío normativo para el acusador privado, pues estar en ejercicio de la acción penal del Estado, como se supone debería estar el

acusador privado, implica la disposición del derecho y aún más cuando los delitos que son susceptibles de la “conversión” de la acción penal son de naturaleza querrelable en su mayoría, es decir, delitos de menor gravedad donde se busca precisamente que la víctima disponga de su derecho y lo pueda resolver utilizando los mecanismos alternativos a la solución de los conflictos o incluso desistir del mismo mediante la aplicación del principio de oportunidad.

La Fiscalía tiene la facultad de ordenar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones y poner a disposición del Juez de Control de Garantías los elementos recogidos, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes inmediatamente termine la actuación; el acusador privado por prohibición expresa de la Ley 1826 no podrá realizar directamente los actos de investigación complejos anteriormente enunciados (Art. 34) y estará limitado a realizar actos de investigación simples.

La Ley 1826 prescribe que para esos actos complejos el acusador privado acudirá ante el juez de control de garantías y expondrá su solicitud, de salir avante, el juez le ordenará al fiscal que autorizó la conversión, la realización del acto investigativo (Art. 35). Nótese como una vez más una función que es propia de la Fiscalía por mandato constitucional y que cuando se autorice la “conversión” debería ser por consiguiente transmitida al acusador privado para el correcto ejercicio de la acción penal, le es prohibida limitándolo una vez más a situaciones excepcionales y además a un control previo y posterior ante un Juez de Control de Garantías.

La Fiscalía está facultada en la Ley 1826 para ordenar la reversión de la “conversión” de la acción penal, desplazando al acusador privado de su función transitoria, no pudiendo este último interponer recurso alguno contra esta decisión. Punto que amerita ser analizado desde la óptica del Acto Legislativo 06 el acto de 2011 que modificó el Artículo 250 de nuestra Carta Constitucional y le adiciono un segundo párrafo, en el que se afirma que no obstante de la “conversión” de la acción penal en privada. la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente, en consecuencia se ve desarrollado lo anterior en la figura de la reversión en la Ley 1826 de 2017, que garantiza que ante cualquier irregularidad por parte de quien funge como acusador privado, el

fiscal delegado para el caso asuma reasuma la titularidad de la acción penal sin que el primero pueda oponerse.

En consecuencia de lo anteriormente expuesto y una vez descritas las facultades que desarrolla la Fiscalía General de la Nación y el acusador privado dentro de la Ley 1826 del 2017 podemos describir que si bien la víctima puede actuar dentro del proceso penal siempre y cuando se cumplan las características que se describen en los párrafos anteriores, son más las restricciones que la misma tiene a la hora de actuar como acusador privado dentro del proceso, pues para desarrollar las actividades propias que se desprenden de sus labores se deben llevar a cabo ciertos controles y solicitar al juez o al fiscal competente que se dejen realizar actividades que en cabeza de la Fiscalía General de la Nación no sería necesario.

Así las cosas, se visualiza como el acusador privado tiene restricciones en actividades que son necesarias para el desarrollo de la acción penal, como lo son actos de investigación complejos como interceptación, allanamiento, registro personal, etc., limitando, en consecuencia, al acusador privado en su autonomía y libertad dentro del proceso penal, facultades que la Fiscalía tiene consagradas constitucionalmente. Es la Fiscalía quien delega las actividades o funciones que este puede o no cumplir y quien considera la necesidad de la prácticas de estas investigaciones para el caso, de igual manera el acusador privado por tener funciones transitorias está sometido al mismo régimen disciplinario y penal que se le aplica a los fiscales resultando contradictorio que si bien tiene las mismas sanciones no puede ejercer de manera autónoma y con las mismas facultades que lo hace un Fiscal en razón de funciones de la Fiscalía General de la Nación.

El ente acusador también se reserva para sí la recolección de los Elementos Materiales Probatorios y Evidencia Física quien debe garantizar su custodia hasta el momento en que se autoriza la conversión de la acción penal, en ese momento el Fiscal se los entrega al acusador privado, con los mismos protocolos de la cadena de custodia, siendo este el nuevo garante de los mismos. Referente a las solicitudes de medidas de aseguramiento podemos decir que el Fiscal y el

acusador privado, cada uno en sus actuaciones, acudirán ante el juez para solicitar la medida de aseguramiento de la persona que cometió el ilícito.

Ahora bien, una vez terminado el proceso investigativo, la Fiscalía en representación del acusador privado es quien deberá acudir ante el Juez de Control de Garantías para realizar un acto de control posterior al acto investigativo realizados, subrogándose en esta facultad y quedando a disposición del Juez de Control de Garantías las actuaciones que se desarrollaron durante toda la investigación en desarrollo del plan metodológico trazado por la Fiscalía. En síntesis, lo hemos venido estudiando durante todo el capítulo, en la figura del acusador privado, la Fiscalía no se desliga de sus facultades y no permite al acusador privado ejercer la acción penal con autonomía, consecuencia de ello no hay un ejercicio de acción privada, sino de una delegación del ejercicio de la pretensión penal porque la acción la sigue conservando la Fiscalía como ampliamente se ilustró.

## Conclusiones

A lo largo de este trabajo investigativo se pretendió verificar, si en Colombia existía acusación privada o se ejercía acusación privada, para tal efecto trazamos como objetivos específicos:

- 1) Implicaciones del concepto de acción y pretensión.
- 2) Facultades del acusador privado.
- 3) Limitaciones o vacíos.
- 4) Garantías que eventualmente se afectan con la negativa de la conversión.

Empezaremos afirmando que no se ejerce acción sino delegación, porque desde nuestro primer capítulo pudimos establecer que, del concepto de acción y pretensión nos encontramos las siguientes implicaciones: La primera de ellas es la autonomía para promover el proceso penal buscando que se acceda a la pretensión punitiva. Sin embargo, el acusador privado no es autónomo en promoverlo pues antes tendrá que solicitar la conversión al Fiscal de acuerdo al Artículo 31 de la Ley 1826, que adicionó el Artículo 553 a la Ley 906 de 2004, de la siguiente manera:

“Artículo 31. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 553, así:

Artículo 553. Solicitud de conversión. Quien según lo establecido por este título pueda actuar como acusador privado, a través de su apoderado, podrá solicitar al fiscal de conocimiento la conversión de la acción penal de pública a privada. La solicitud deberá hacerse de forma escrita y acreditar sumariamente la condición de víctima de la conducta punible. El fiscal tendrá un (1) mes desde la fecha de su recibo para resolver de fondo sobre la conversión de la acción penal. En caso de pluralidad de víctimas, la solicitud deberá contener la manifestación expresa de cada una coadyuvando la solicitud”

Así pues, queda en evidencia que el Titular de la acción penal del Estado sigue siendo la Fiscalía General de la Nación, pues cuando el Artículo 250 Constitucional, párrafo segundo, prescribe que: “*El legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación*”, en realidad no está asignando, más bien está delegando, pues seguidamente el mismo artículo prescribe “*En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente.*”, lo que reafirma lo anteriormente expuesto, la intención del legislador era delegar la acción penal a la víctima y no convertirla, pues en este caso el acusador privado podría promover el proceso por sí mismo, sin intermedio de la solicitud de la conversión de la acción penal o en su defecto siendo en verdad titular de la misma, con la sola manifestación verbal bastaría para que se encargase de promover el proceso, no tendría ni siquiera que estar esperando la respuesta de esta solicitud por parte del Fiscal como la Ley 1826 lo ordena: “Artículo 554. Decisión sobre la conversión. El fiscal decidirá de plano sobre la conversión o no de la acción penal teniendo en cuenta lo previsto en el inciso siguiente. En caso de aceptar la solicitud de conversión, señalará la identidad e individualización del indiciado o indiciados, los hechos que serán objeto de la acción privada y su calificación jurídica provisional”.

Lo que afecta severamente la segunda implicación, del derecho de acción, el libre acceso a la administración de justicia, que tiene como fin dotar al titular del derecho de acción de autonomía, la cual para el acusador privado se ve afectada desde la misma Ley 1826, pues no es autónomo para iniciar o promover la acción penal, tampoco se le dota de independencia de acuerdo con el concepto de acción, pues el acusador privado siempre estará dependiendo de las decisiones del fiscal, incluso ante la negativa de la conversión quedaría sin recurso alguno para acceder a la administración de justicia, pues como lo vimos en el artículo anteriormente citado se establece en la Ley que: “El fiscal decidirá de plano sobre la conversión o no de la acción penal”

Lo anteriormente expuesto cierra todas las puertas y lesiona en gran proporción este componente de la acción, quedando la acusación privada, sin estos componentes propios de la del derecho de acción. Puesto que ante la negativa de la conversión de la acción penal se podrían afectar garantías como el libre acceso a la administración de justicia, esto desde el punto de vista



que no sea justificada aquella negativa, porque entendemos que habrá casos en donde por la complejidad de la investigación, o bien, porque el fiscal necesite desplegar actividades en desarrollo de un plan metodológico que impliquen la afectación de garantías fundamentales, tendrá que hacerlo el directamente con un control previo y posterior según el caso, por parte de un Juez de Control de Garantías.

Ahora bien, desde nuestro marco teórico se infiere que el concepto de Acción esta siempre conectado al concepto de Pretensión, pues es tanto así que decíamos que: “No es concebible el ejercicio del derecho de la acción sin la formulación de una pretensión, pues lo único que justifica el empleo de la acción es la necesidad de plantear una cuestión concreta para estimular un pronunciamiento del Estado acerca de ella” Concretando lo anterior con la Ley 1826 y siguiendo el análisis que hacíamos desde la acción, nos ocuparemos ahora de analizar también cómo funciona la pretensión en el acusador privado.

Tengamos en cuenta que: “La pretensión punitiva está dirigida contra el acusado por con conducto del acusador, titular del *ius punendi* y se ejerce ante el juez que tiene la jurisdicción. La así denominada pretensión punitiva busca el sometimiento del culpable a la pena” (Rojas Gómez, 2017) La pretensión punitiva que es la que se le entrega a quien ejerce la acusación, tiene la finalidad de someter al acusado y eventualmente culpable a la pena.

Pero piénsese en el caso del acusador privado cuando quiera desistir de la acusación *¿Qué pasa si el acusador privado quiere disponer de la pretensión?*, la ley en este aspecto se ha quedado corta pues ha dejado vacíos como el anterior, además de ello, no existe facultad expresa de realizar allanamientos u acuerdos, *¿Cómo se manejarían entonces estas dos figuras?*

Ser titulares del derecho de acción nos permite a su vez elevar la pretensión punitiva ante un juez. Además quien eleva dicha pretensión puede desistir de ella, esto traduciría que el acusador privado siendo el titular del derecho de acción y por consiguiente el de la pretensión punitiva, podría retirar cuando así lo creyera conveniente la acusación, no obstante decíamos anteriormente que el acusador privado en Colombia no tiene la titularidad del derecho de acción, pues está

limitado siempre en sus actuaciones a la Fiscalía, que finalmente es quien tiene la titularidad absoluta.

Después de toda esta investigación se torna un poco irónico leer el Título II de la Ley 1826 llamado *de la acción penal privada*, pues por acción debemos entender delegación en la norma, porque la Fiscalía nunca se desprende del derecho de acción, siempre está ahí incluso de forma preferente para actuar como titular, o en caso contrario estará vigilando las actuaciones del acusador privado, incluso decidiendo sobre los actos de investigación que se quieran realizar, es decir, cumpliendo la función de control y vigilancia que se tiene cuando se delega una actividad propia del Estado.

Se puede concluir que, aunque el ejercicio de la acusación recae inicialmente sobre la Fiscalía General de la Nación y que es mediante este que se materializa la acción penal en Colombia, la Ley 1826 del 2017, en su Artículo 27 establece un nuevo artículo así: “Artículo 549. Acusador privado. El acusador privado es aquella persona que al ser víctima de la conducta punible está facultada legalmente para ejercer la acción penal representada por su abogado. El acusador privado deberá reunir las mismas calidades que el querellante legítimo para ejercer la acción penal”

Pues bien, a lo largo de la investigación realizada para el desarrollo de este trabajo, podemos observar que, aunque se establece que el acusador privado está facultado para ejercer “la acción penal”, las características que debe cumplir son tema que en la práctica cumple únicamente la Fiscalía General de la Nación, pues el escrito de acusación es redactado por un representante de la Fiscalía con calidad de fiscal y posteriormente si se acepta la conversión de la acción penal, solicitada antes del traslado del escrito de acusación, se hará entrega por parte de la Fiscalía de la individualización de la/s persona/s implicada/s, los hechos que son objeto de la investigación y la calificación jurídica provisional, que serán presentados ante el juez por quien solicita la conversión, es decir, la inicialmente llamada víctima y posteriormente “acusador privado”.

Cuando se realiza la conversión penal y la Fiscalía hace entrega al acusador privado de esa *calificación jurídica provisional*, ¿es posible que este realice una variación en ese escrito?, se supondría desde un verdadero modelo de pretensión penal que podría hacerlo sin ningún problema, sin embargo lo que venimos demostrando es que estamos frente a una delegación, y esta facultad así como las de realizar preacuerdos y negociaciones, solicitar principio de oportunidad, solicitar la preclusión de la investigación o la extinción de la acción penal, se han quedado en un vacío normativo, que finalmente si estamos hablando de una delegación de la acción penal como hasta ahora lo hemos demostrado, el acusador privado no tendría ninguna de estas facultades.

Se establece en la Ley 906 de 2004 un nuevo artículo así: “Artículo 542. Audiencia concentrada. Una vez instalada la audiencia y corroborada la presencia de las partes, el juez procederá a: 4. Acto seguido, interrogará al fiscal sobre si existen modificaciones a la acusación plasmada en el escrito de que habla el artículo 538, las cuales no podrán afectar el núcleo fáctico señalado en tal escrito”; no haciendo claridad sobre el acusador privado, lo que nos deja por pensar que se pueden realizar las modificaciones que se consideren necesarias por parte del acusador privado. En cuanto a la reversión de la acción penal, que no es más que retirar las facultades que ya habían sido otorgadas, en el Artículo 33 de la Ley que estamos tratando, establece en la Ley 906 de 2004 un nuevo artículo, así: “Artículo 555. Cuando se ordene la reversión de la acción, el acusador privado pierde su calidad de tal y solo mantendrá sus facultades como interviniente en el proceso en calidad de víctima, caso en el cual se le garantizará la asistencia jurídica de un abogado en los términos que establece el código”. En el artículo 38 de la misma Ley se establece en la Ley 906 de 2004 un nuevo artículo que habla de la reversión, así:

“Artículo 560. Reversión. En cualquier momento de la actuación, de oficio o por solicitud de parte, el fiscal que autorizó la conversión podrá ordenar que la acción privada vuelva a ser pública y desplazar en el ejercicio de la acción penal al acusador privado cuando sobrevenga alguna de las circunstancias descritas en el Artículo 554. En este evento, el fiscal retomará la actuación en la etapa procesal en que se encuentre. Además de las causales previstas en el Artículo 554, el Fiscal ordenará la reversión de la acción penal

cuando se verifique la ocurrencia del supuesto de hecho contemplado por el parágrafo 2° del Artículo 557 o una ausencia permanente del abogado de confianza del acusador privado”.

De los artículos anteriormente relacionados, extraemos una de las mayores críticas a esta Ley, pues la Fiscalía General de la Nación al realizar una reversión de la acción retoma la investigación del hecho, convirtiendo a la víctima en un mero delegatario al que le será retirada la calidad de acusador privado en el momento en que la Fiscalía lo estime pertinente para el caso y según las causales que la misma ley enuncia, retomando su calidad de víctima y sin que la ley estipule un medio por el cual esta pueda oponerse a la decisión, es decir, sin recurso alguno, lo cual es violatorio al debido proceso en cuanto a la impugnación de las decisiones que hablamos. Es así como vemos que la víctima se puede convertir en un instrumento para la Fiscalía, pues con las facultades que se le otorgan para realizar las investigaciones a que hubiere lugar para la documentación del caso del que conociere ese acusador privado, el hecho a investigar se adelantaría y la Fiscalía retoma en el momento en que se considere, dándole un nuevo rumbo a cada caso y así viéndose alterado el rumbo de la investigación.

Igualmente realizamos un análisis sobre el comportamiento del actor privado en el derecho comparado, visto desde los países que se estudiaron y realizando una comparación de la ley que hoy se aplica al Estado Colombiano, es fácil dilucidar que: Como toda norma adoptada en Colombia, es una simple copia, llena de muchos vacíos, obstáculos y un sinfín de cuestionamientos que surgen al momento acceder a ella ; como es sabido, la Ley 1826 de 2017, busca entre todo una descongestión del sistema judicial por aquella lista de delitos que debido a su masiva ocurrencia conlleva a que el aparato judicial día a día no dé abasto y que únicamente los resultados que se muestran es de retroceso.

Este proceso penal abreviado tendría como mínimo; visto desde su creación; desde la perspectiva de todo ser soñador, inspirador, que todo lo que imagina se cumpla y que lo que se

proyecta trascienda más allá de su voluntad, se pueden observar dos ventajas; un trámite simplificado y la segunda es que se le permitiría a la víctima ejercer la acción penal.

En el entendido del porqué de la creación de la norma, y lo bonito que se imagina y suena, pasemos mejor a resaltar aquellas dificultades que tendría que sobrellevar esa víctima al querer que se le convierta la acción penal pública a privada en Colombia, y que además de ello cuando se aborda el estudio de esta figura en el derecho comparado las mismas no se presentan. En cuanto a conceptos primarios en el entendido de quien es beneficiario de este procedimiento, observamos en el derecho comparado que sencillamente existe una semejanza:

### **República de Argentina.**

**Querellante o acusador particular:** Persona particular a quien se le permite legalmente ejercer en ciertos casos la acción penal, eso sí, con representación de abogado. Artículo 549. Acusador privado. (Ley 1826/2017) El acusador privado es aquella persona que al ser víctima de la conducta punible está facultada legalmente para ejercer la acción penal representada por su abogado.

**Querellante exclusivo,** se denomina en los casos en que la persecución penal de ciertas conductas únicamente está reservada a la víctima u ofendido (Artículo 73 CPN), que a su tenor literal expresa:

1. Calumnias e injurias.
2. Violación de secretos, salvo en los casos de los Artículos 154 y 157.
3. Concurrencia desleal, prevista en el Artículo 159.
4. Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge.

Así mismo, son acciones privadas las que, de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales correspondientes, surgen de la conversión de la acción pública en privada o de la prosecución de la acción penal por parte de la víctima.

“Artículo 534. Ámbito de aplicación. El procedimiento especial abreviado de que trata el presente título se aplicará a las siguientes conductas punibles: 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; Actos de Discriminación (C. P. Artículo 134A), Hostigamiento (C. P. Artículo 134B), Actos de Discriminación u Hostigamiento Agravados (C. P. Artículo 134C), inasistencia alimentaria (C. P. artículo 233) hurto (C. P. artículo 239); hurto calificado (C. P. artículo 240); hurto agravado (C. P. artículo 241), numerales del 1 al 10; estafa (C. P. artículo 246); abuso de confianza (C. P. artículo 249); corrupción privada (C. P. artículo 250A); administración desleal (C. P. artículo 250B); abuso de condiciones de inferioridad (C. P. artículo 251); utilización indebida de información privilegiada en particulares (C. P. artículo 258); 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; violación de derechos morales de autor (C. P. artículo 270); violación de derechos patrimoniales de autor y derechos conexos (C. P. artículo 271); violación a los mecanismos de protección de derechos de autor (C. P. artículo 272); falsedad en documento privado (C. P. artículos 289 y 290); usurpación de derechos de propiedad industrial y de derechos de obtentores de variedades vegetales (C. P. artículo 306); uso ilegítimo de patentes (C. P. artículo 307); violación de reserva industrial y comercial (C. P. artículo 308); ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico (C. P. artículo 312).

En caso de concurso entre las conductas punibles referidas en los numerales anteriores y aquellas a las que se les aplica el procedimiento ordinario, la actuación se registrará por este último. **Parágrafo.** Este procedimiento aplicará también para todos los casos de flagrancia de los delitos contemplados en el presente artículo”.

### **Chile.**

La acción penal en Chile puede ser pública o privada. Tratándose de un delito de acción privada solo la víctima está legitimada para ejercer la acción que de estos delitos deriven “Artículo 55 CPP Delitos de acción privada. No podrán ser ejercidas por otra persona que la víctima, las acciones que nacen de los siguientes delitos. 1 La calumnia y la injuria. 2. La falta descrita en el numeral 11 del Artículo 496 del Código Penal. 3 La provocación o duelo y el denuesto o descredito público por no haberlo aceptado. 4. El matrimonio del menor llevado a efecto sin el consentimiento de las personas designadas por la ley y celebrado de acuerdo con el funcionario llamado a autorizarlo.

### **España.**

Se puede referir también al derecho que poseen, en igual sentido, los sujetos perjudicados por el delito y ejercitable por ellos. (...) por otra parte el ordenamiento expresa claramente que, al momento en que se le recibe la declaración al ofendido, se le debe instruir el derecho que le asiste para mostrarse en el proceso. Todo lo anterior solo para realizar una muestra en que consiste la semejanza de este procedimiento abreviado visto desde el derecho comparado, concluyendo así que el querellante o actor privado debe ser la víctima fielmente acreditada, que en ningún caso podrá ejercer su acción si no cuenta con la representación de un abogado, por otro lado se concluye también que para poder tener ese ámbito de aplicación, el procedimiento especial abreviado solo le es aplicable a ciertas conductas punibles Respecto a las diferencias, habría mucha tela por cortar, mencionaremos algunas y comenzaremos por España, pues es supremamente garantista porque permite que ante el sobreseimiento solicitado por parte del Ministerio público, los interesados en

el ejercicio de la acción penal, defiendan su acción si lo consideran oportuno antes de que el Tribunal decida sobre la mencionada solicitud.

Actuación que no se prescribe en Colombia para quien tenga interés en la acción privada y se tenga una solicitud por parte de la Fiscalía para precluir la investigación. Bastante marcada la diferencia en la Republica de Argentina, dado que este país tiene demasiado claro el concepto y la práctica del desarrollo de la ley (...) no basta con permitirle, como lo hacían algunas legislaciones, solo la posibilidad de constituirse como mera parte adhesiva o particular damnificado quedando limitado y subordinado a la actuación y decisiones ministerio Público Fiscal (...) La figura del querellante autónomo, importa que el ofendido, por el hecho delictivo puede promover y proseguir la acción penal pública, con absoluta independencia de la actitud procesal fiscal, teniendo amplias facultades como parte del proceso (...) Mientras que en Colombia la ley o mejor ese procedimiento abreviado no se desliga totalmente de la función de la acción que tiene a cargo la Fiscalía, más bien es un sometimiento en cuanto a las decisiones del fiscal, no hay autonomía y todo acto o diligencia que se haga dentro de la acción privada debe ser sometida a su revisión, verificación y aprobación por parte de él.

Unos de los temas que trata el Artículo 554 de la Ley 1826, es la decisión sobre la conversión, citada anteriormente, la cual expresa: “El fiscal decidirá de plano sobre la conversión o no de la acción”, lo que nos lleva a cuestionarnos, ¿Solo por tener actuar preferente la Fiscalía, no tiene alguien que revise su proceder?, ¿Qué pasa si la víctima no está de acuerdo con la decisión de plano que tome el Fiscal? Y si esto no fuera poco, por ese mismo actuar preferente que tiene la entidad, puede desistir de la acción, reversando su derecho, tal y como lo cita el Artículo 560. Reversión: “En cualquier momento de la actuación, de oficio o por solicitud de parte, el fiscal que autorizo la conversión podrá ordenar que la acción privada vuelva a ser pública, aunque su decisión debe ser totalmente motivada”; volvemos y nos preguntamos: ¿Ante quién podemos ejercer un derecho de recurso al no estar de acuerdo con esto? Es un derecho el cual lo está otorgando la misma ley, pero la misma ley al no cortar ese cordón umbilical con la Fiscalía y dejar que el ofendido tenga ese carácter de autonomía, le quita el derecho de ejercer la acción privada. Así las



cosas y a modo de conclusión, en Colombia no existe un verdadero ejercicio de acción privada de acuerdo con un verdadero modelo de pretensión como funciona en el derecho comparado, especialmente en Argentina.

El procedimiento abreviado colombiano el cual se pensó para descongestionar el aparato judicial, únicamente lo que hace es ser un fiel sirviente, un delegatario de quien tiene en cabeza el Ius Puniendi. Al fin y al cabo, el fiscal como anteriormente se indica debe revisar y aprobar todas las actuaciones que se realiza en ese actuar privado, la actividad del acusador privado está totalmente subordinada. Desde el punto de vista de la congruencia quisiéramos partir del siguiente fragmento de nuestro marco teórico: La Corte Constitucional en la sentencia C-025 de 2010, concluye con respecto al principio de congruencia en el sistema acusatorio penal:

“(i) se trata de un principio cardinal que orienta las relaciones existentes éntrela formulación de la acusación y la sentencia; (ii) su aplicación se extiende al vínculo existente entre la audiencia de imputación de cargos y aquella de formulación de la acusación, (iii) de allí que esta última no pueda incorporar hechos nuevos, es decir, no imputados previamente al procesado; y (iv) lo anterior no significa que la valoración jurídica de los hechos deba permanecer incólume, precisamente por el carácter progresivo que ofrece el proceso penal. En otras palabras, fruto de la labor investigativa desarrollada por la Fiscalía durante la fase de instrucción, es posible, al momento de formular la acusación, contar con mayores detalles sobre los hechos, lo cual implica, eventualmente, modificar, dentro de unos parámetros racionales, la calificación jurídica de los hechos”

Como se puede inferir la congruencia implica para quien ejerce la acción penal la facultad de calificar la conducta, variar la calificación jurídica de acuerdo a la investigación y además de ello desde el punto de vista personal configurar todo el plan metodológico para acusar a una persona determinada y desvirtuar su presunción de inocencia. Ahora bien, tres son los componentes fundamentales que ocupan nuestras conclusiones del acusador privado desde el

punto de vista de la congruencia, el congruente fáctico, personal y jurídico. Observamos en el estudio de estos componentes que el acusador privado de acuerdo con el Artículo 554 de la Ley 1826 que prescribe: “Decisión sobre la conversión. El fiscal decidirá de plano sobre la conversión o no de la acción penal teniendo en cuenta lo previsto en el inciso siguiente: En caso de aceptar la solicitud de conversión, señalará la identidad e individualización del indiciado o indiciados, los hechos que serán objeto de la acción privada y su calificación jurídica provisional”.

- 1) No existe un verdadero diseño de los hechos materia de investigación, no existe autonomía en el diseño de un plan metodológico, pues el fiscal una vez decida aceptar la conversión de la acción penal, le entregara al acusador privado este congruente previamente marcado y delimitado.
- 2) No existe autonomía en la calificación jurídica del comportamiento, aunque la norma habla de provisionalidad, se infiere que el acusador privado no podrá variarla, pues el fiscal es quien reserva para si esa facultad, dado el caso de que se necesite variar esta calificación será el igualmente quien lo haga.

Así las cosas, el principio de congruencia en el actor privado no está presente, sus componentes los sigue definiendo el Fiscal, las facultades del acusador privado están tan limitadas en el ejercicio de la acción penal que inequívocamente, una vez más, nos lleva a concluir que desde acción y pretensión hasta las implicaciones de la congruencia, lo que tenemos es una delegación de la pretensión punitiva. Finalmente el actor privado se limita a ser un subordinado de las decisiones y plan investigativo del fiscal, fungiendo como delegatario y asumiendo el rol como tal se evidenció a lo largo de este trabajo investigativo.

## Referencias

- Arango G, A. F. (14 de febrero de 2017). *Herramienta de estudio de la Ley 1.826 de 2017 por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado*. Obtenido de <http://derechoprocesalpenalcontemporaneo.blogspot.com/2017/02/herramienta-de-estudio-de-la-ley-1826.html>
- Arango Giraldo, A. F. (2014). *Control Constitucional a la imputación de cargos - una cuestión de dogmática procesal penal*. Medellín: Unaula.
- González Navarro, A. L. (2014). *Manual de Procedimiento Penal Acusatorio*. Bogotá, D.C.: Leyer.
- Jauchen, E. m. (2015). *Proceso penal. Sistema acusatorio adversarial*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni.
- Quintero, B., & Prieto, E. (2008). *Teoría del Derecho Procesal*. Bogotá: Temis S.A.
- Rico Puerta, L. A. (2013). *Teoría General del Proceso*. Medellín: Leyer.
- Rojas Gómez, M. E. (2017). *Lecciones de Derecho Procesal - Tomo I, Teoría del Proceso*. Bogotá: USAJU.
- Salazar, G. J., & Jaramillo, J. G. (2015). *Sistemática Procesal Penal Acusatoria Comparada en Suramérica*. Medellín: UPB - UNAULA.
- Saray Botero, N. (2017). *Procedimiento Penal Acusatorio*. Bogotá: Leyer.
- Tirvió Portús, J. (2018). *El ejercicio de la acción penal en el proceso penal español*. Obtenido de <http://www.agmabogados.com/es/el-ejercicio-de-la-accion-penal-en-el-proceso-penal-espanol/>

### **Jurisprudencia.**

Corte Constitucional. (16 de junio de 2006). Sentencia T-480 de 2006. [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto]

Corte Constitucional. (27 de enero de 2010). Sentencia C-025 de 2010. [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto]

Corte Constitucional. (8 de febrero de 2013). *Sentencias T-062 de 2013*. [M.P. Luís Ernesto Vargas Silva]

Corte Constitucional. (15 de octubre de 2015). *Sentencias T-655 de 2015*. [M.P. Luís Ernesto Vargas Silva]

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. (29 de junio de 2006). Radicado 24529. [M.P. Jorge Luis Quintero Milanes]

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. (25 de abril de 2007). Radicado 26309. [M.P. Yesid Ramírez Bastidas]

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. (16 marzo de 2011). Radicado 32685. [M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández]

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. (8 junio de 2011). Radicado 34022. [M.P. Julio Enrique Soacha Salamanca]

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. (23 mayo de 2012). Radicado 38810.

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. (16 de diciembre de 2015). Radicado 45008

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. (11 de septiembre de 2016). Radicado 43837

### **Legislación.**

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991). Artículo 250 2da Ed. Legis.

Congreso de Colombia. (31 de julio de 2007). *Tratamiento de las pequeñas causas en materia penal*. [Ley 1153 de 2007]. DO: 46.706

Congreso de Colombia. (12 de enero de 2017). *Procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado*. [Ley 1826 de 2017]. DO: 50.114

Congreso de Colombia. (31 de agosto de 2004). *Código de Procedimiento Penal*. [Ley 906 de 2004]. DO: 45.657