

El acusador privado en los laberintos efficientistas

Una lectura de la desmonopolización de la persecución penal
en el escenario de la reforma judicial

Felipe Villa García



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Colección mejores trabajos de grado | Pregrado

El acusador privado en los laberintos eficientistas

Una lectura de la desmonopolización de la persecución penal
en el escenario de la reforma judicial

El acusador privado en los laberintos eficientistas

Una lectura de la desmonopolización de la persecución penal
en el escenario de la reforma judicial

Felipe Villa García



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Colección *Mejores Trabajos de Grado*

El acusador privado en los laberintos eficientistas

Una lectura de la desmonopolización de la persecución penal en el escenario de la reforma judicial

© Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

© Felipe Villa García

Edición: 2020

ISBNe: 978-958-5596-87-0

Carátula: *La conspiración de los Bátavos bajo Claudius Civilis*, Rembrandt

Diseño, diagramación e impresión: Imprenta Universidad de Antioquia

Hecho en Colombia / Made in Colombia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Teléfono (57-4) 219 58 54

Correo electrónico: publicacionesderechoypolitica@udea.edu.co

Página web: <http://derecho.udea.edu.co>

A.A. 1226. Medellín - Colombia

El contenido de la obra corresponde al derecho de expresión del autor y no desata responsabilidad institucional frente a terceros. El autor asume la responsabilidad por los derechos de autor y conexos contenidos en la obra, así como por la eventual información sensible publicada en ella.

Este libro está disponible en texto completo en la Biblioteca Digital de la Universidad de Antioquia: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Villa García, Felipe

El acusador privado en los laberintos eficientistas. Una lectura de la desmonopolización de la persecución penal en el escenario de la reforma judicial / Felipe Villa García; prólogo de David Enrique Valencia Mesa. – 1. edición. – Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia; 2020.

xii, 142 páginas. -- (Colección Mejores Trabajos de Grado, No. 43)

ISBNe: 978-958-5596-87-0

1. Colombia. Fiscalía General de la Nación. 2. Fiscales privados – Colombia. 3. Administración de justicia penal – Colombia. 4. Debido proceso legal – Colombia. 5. Acusaciones – Colombia. 6. Procedimiento penal – Colombia. I. Valencia Mesa, David Enrique, prólogo. II. Título. III. Serie.

LC-KHH5842

345.861-DDC

Catalogación en publicación de la Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

*A mi madre,
la autora de los posibles.*

*Pero si estudian ustedes la justicia de aquella época
y se conduelen en algún momento,
les voy a pedir en segundo y último lugar que no se dejen llevar
tampoco demasiado lejos por un sentimiento de superioridad,
por la sensación de que entonces pasaba aquello, pero ahora nosotros
estamos en una época en la que tales cosas no suceden. Ciertamente
aquellas cosas no suceden, pero suceden otras y es bueno que
mantengamos un ojo en el presente cuando pongamos el otro en el
pretérito. Porque todavía hay demasiada violencia asesina,
demasiado dolor encarcelado
y demasiada injusticia.*

Delincuentes y pecadores, Francisco Tomás y Valiente (1990, págs. 30-31).

Contenido

Prólogo	8
Introducción	11
1. La acusación y su carácter instrumental: un panorama histórico	15
1.1. La acusación privada germana en la Europa feudal.	16
1.2. El procurador del rey en la Inquisición	19
1.3. El ministerio público en la Francia posrevolucionaria	23
2. Las reformas eficientistas de la justicia penal: un marco actual de condiciones	32
2.1. Los lineamientos eficientistas del neoliberalismo	36
2.2. Las políticas de reforma judicial	43
2.3. Las transformaciones recientes de la justicia penal colombiana.	48
2.3.1. <i>La Fiscalía General de la Nación y las políticas de delación</i>	50
2.3.2. <i>El sistema adversarial de orientación estadounidense.</i>	54
3. La desmonopolización de la persecución penal: una reconstrucción	62
3.1. Los cimientos constitucionales de la desmonopolización	64

3.2. Propuestas y tensiones en el desarrollo legal	65
3.3. La modificación durante el trámite legislativo	71
4. La racionalidad instrumental de la acusación privada: una mirada dogmática	79
4.1. El procedimiento especial abreviado	82
4.2. La participación de la víctima en el proceso penal	90
4.2.1. <i>La víctima como querellante legítimo</i>	91
4.2.2. <i>La víctima como actor civil</i>	94
4.2.3. <i>La víctima como interviniente especial</i>	97
4.3. El régimen legal del acusador privado	100
4.3.1. <i>El infundado ámbito de aplicación</i>	106
4.3.2. <i>La acción civil bajo las prerrogativas de la penalidad</i>	112
4.3.3. <i>El selectivo acceso a la justicia</i>	114
4.4. La racionalidad instrumental tras el velo	118
5. La titularidad del poder de acusar: una cuestión política	121
Conclusiones	127
Referencias	130

Prólogo

Aunque no falten evidencias en torno a que el régimen de la acción penal es un instrumento para el ejercicio selectivo de la violencia estatal, y que el sistema de acusación privada regulado en la Ley 1826 de 2017 es un instrumento para favorecer los intereses de poderosos actores económicos del país, ello es algo que generalmente pasa desapercibido en los debates político-criminales nacionales. Pero que sea evidente no significa que su análisis sea fácil o innecesario; por el contrario, dar razón de las obviedades que por rutinas cotidianas o imposiciones del poder llegan a ser invisibles para los propios afectados, ha sido y seguirá siendo una de las principales funciones de la crítica a las instituciones jurídicas. A esta tradición crítica de pensamiento se ha unido Felipe Villa García, quien por medio de su libro *El acusador privado en los laberintos eficientistas*, descubre esas obviedades mediante una juiciosa reconstrucción del sistema de acción penal en Colombia, desde la perspectiva de las transformaciones de la justicia penal.

El texto se compone de cinco capítulos: 1. Un panorama histórico, 2. Un marco actual de condiciones, 3. Una reconstrucción, 4. Una mirada dogmática y 5. Una cuestión política. A través de estos, el autor va mostrando el proceso de construcción del régimen de la acción penal, que de ser una prerrogativa del Estado justificada como un ejercicio “legítimo” de la violencia, ha pasado a ser una prerrogativa de los particulares —o al menos de algunos particulares pudientes—, justificada ahora como un supuesto derecho de las víctimas.

En Colombia, la posición de la víctima en el proceso penal ha descrito una extraña parábola, ya que de ser un actor procesal dirigido a realizar sus intereses resarcitorios, ha pasado a constituirse en un actor con

“exclusivos” intereses penales, pues a medida que se construían la figura del interviniente especial y la figura del acusador privado, sus facultades y su posición en el proceso penal como actor civil han quedado definitivamente desatendidos, o atendidos siempre y cuando beneficien la pretensión penal. Lo más curioso de todo es que si se analiza la suerte de esta parábola, de la cual el autor nos trae los hitos más relevantes, se encuentra que la acción civil fue el Caballo de Troya a través del cual se filtró al proceso penal un sujeto particular articulado al interés punitivo, sin que necesariamente esta situación redundara en un mejoramiento de la situación concreta y real de sus derechos.

El autor nos recuerda que el origen de todo se encuentra en la Sentencia C-228 de 2002, mediante la cual la Corte Constitucional asigna al actor civil la posibilidad de realizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación al interior del proceso penal. Una vez afianzado el discurso de los derechos de la víctima a la verdad, la justicia y la reparación en el proceso penal, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-209 de 2007, reconstruye el sistema de competencias de la víctima regulado en la Ley 906 de 2004, para asignarle unas facultades de actor penal que inicialmente no habían sido previstas.

El siguiente paso, ya constituida la víctima bajo la referencia de sus intereses punitivos, fue excluir el escenario privilegiado para la realización de los intereses civiles del particular de la Ley 906 de 2004. Esta exclusión se dio a través de la Ley 1395 de 2010, o *Ley de descongestión judicial*, que dispuso la realización del incidente de reparación integral para después de la ejecutoria de la sentencia penal condenatoria, con lo cual se produjo un rompimiento de las relaciones civiles y penales en el proceso penal y un evidente abandono del escenario reparatorio. Por último, como culminación de toda esta transformación, encontramos la Ley 1826 de 2017, por medio de la cual se regula la figura del acusador privado con un interés privilegiadamente penal, de la que Felipe nos dará inteligentes pistas de lectura.

El autor se encarga de mostrarnos que, en Colombia, la consolidación del acusador privado que hoy se consume con la Ley 1826 de 2017 se ha realizado al precio de la desaparición del actor civil. Y no es que se trate de un fenómeno coincidental, sino que en la extensión de la punitividad del sistema, por medio de la introducción de la víctima punitiva, se encuentra

la explicación de la reducción de las estrategias alternativas para resolver conflictos y satisfacer derechos. Esta situación es la concreción procesal de una idea político-criminal que entiende que la víctima sí importa, siempre y cuando sus intereses sean funcionales a la realización de la pretensión penal pública, pero que debe hacerse a un lado siempre y cuando sus intereses reparatorios puedan implicar un riesgo para la realización de la pretensión penal.

No deja de ser curioso que esta transformación se justifique con el argumento de que “las víctimas de los delitos tienen un derecho a la verdad y a la justicia, que desborda el campo de la simple reparación”, pues lo cierto es que lo ha desbordado hasta el punto que ha dejado a las víctimas sin reparación. La conclusión de lo dicho hasta aquí no puede ser más evidente. En Colombia se asiste a la consolidación de una idea político-criminal que pone a la víctima al servicio de la punición y la defensa social, de manera hipócrita y de forma redituable por actores e intereses distintos a los de las propias víctimas, y sobre cuya pista nos pone el texto de Felipe.

La conversión de la acción penal que habilita la Ley 1826 de 2017 viene a ser el punto de consolidación de todo este movimiento, y nuevamente la “descongestión”, la “humanización”, la “modernización”, y hasta la “constitucionalización”, se cotizan al alza en el mercado de consignas justificatorias; consignas que, ahora como antes, vienen a servir para rutinizar dolores e invisibilizar beneficiarios.

David Enrique Valencia
Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Antioquia

Introducción

Durante las últimas décadas, los países latinoamericanos han compartido un rasgo común: la constante introducción de reformas judiciales, dirigidas a transformar la estructura de los aparatos de administración de justicia. Por lo general, estas reformas consisten en un selectivo ejercicio de trasplante de instituciones procesales, definido de manera transversal por postulados eficientistas tendientes a la producción de resultados funcionales a la construcción y al sostenimiento del poder, ajenos a toda consideración en torno a la cultura jurídica propia de cada ordenamiento, a las garantías de un debido proceso y a las necesidades sociales de acceso a la justicia.

Sin ser ajeno a estas dinámicas, el Estado colombiano ha sido destinatario de una serie de reformas estructurales desde inicios de la década del noventa, destacándose aquellas de corte procesal penal, que en el marco de la consecución de determinados objetivos político-criminales han dado lugar a la implementación de instituciones como la Fiscalía General de la Nación y el modelo adversarial de orientación estadounidense, las cuales son exhibidas como un avance, de cara a la salvaguarda de los valores liberales y democráticos que deben primar en el desarrollo del proceso penal, pero que, en realidad, reflejan otro tipo de intereses, más preocupados por afinar los alcances de la punición estatal, en aras de favorecer las conveniencias del poder vigente y de mantener modelos económicos y políticos desiguales y excluyentes.

Pasados algunos años desde la promulgación de la Ley 906 de 2004—último Código de Procedimiento Penal—, arribó una nueva e importante reforma judicial consignada en la Ley 1826 de 2017, que introdujo el instituto procesal del acusador privado, de suyo, una figura bastante particular y

controversial, que ya se ha afincado en los ordenamientos jurídicos de varios países latinoamericanos bajo distintas modalidades, y que es presentada por sectores oficiales como un remedio contra la impunidad, capaz de acercar la justicia al “ciudadano de a pie”. Conforme a este mecanismo, la víctima de una serie de conductas punibles específicas puede solicitarle al fiscal del caso la conversión de la acusación penal, de pública a privada, bajo ciertos condicionamientos, con el objetivo de desempeñar las funciones de investigación y persecución, en el marco de un procedimiento penal especial abreviado de dos audiencias.

Pese a su reciente desarrollo legal, la idea de ceder el monopolio de la acusación lleva varios años gestándose en el seno del ordenamiento jurídico colombiano, apareciendo dentro de sus antecedentes la Ley 1153 de 2007, cuya declaratoria de inexequibilidad en la Sentencia C-879 de 2008 puso de relieve la necesidad de introducir una reforma constitucional que abriera la oportunidad de delegar el ejercicio de la persecución penal, dando lugar a la expedición del Acto Legislativo 06 de 2011. Desde entonces se intentó regular dicha posibilidad de la mano de varios proyectos de ley bastante heterogéneos, hasta la llegada del Proyecto de Ley 048 en Senado, y 171 en Cámara, que culminó en la expedición de la Ley 1826 de 2017.

Ahora bien, no es un secreto que el sistema penal encierra un feroz, ilegítimo y problemático ejercicio de poder por parte del Estado, que a través de la persecución oficial se ha valido del conflicto particular, ajeno por demás, para atormentar al individuo y desarrollar su política criminal, relegando a un segundo plano las garantías del procesado e, incluso, los intereses de la víctima del agravio. Toda vez que en virtud de tal ejercicio de poder se invaden los derechos fundamentales y se cercena la libertad de los individuos, aquel, de no ser eliminado, debe ser minimizado y limitado en la medida de lo posible.

Bajo tal ideario, anclado a una actitud liberal y democrática, la configuración de la persecución penal se erige como un punto de examen cardinal, en razón a que “expresa decisiones cruciales de política criminal, vinculadas a la gestión de intereses” (Binder, 2014, pág. 311), siendo la misma “uno de los más elocuentes criterios para juzgar el mayor o menor grado de libertad civil que los rectores dejan a los ciudadanos” (Carrara, 1957, pág. 318). Cualquier decisión que sobre el régimen de la persecución penal se tome, tendrá, pues, una incidencia directa en la expansión o

limitación de la punición estatal, así como en el aumento o disminución de su reprochable selectividad.

Lo anterior, conjugado con el problemático ejercicio de inserción y modificación de instituciones que tanto ha caracterizado las reformas procesales de los últimos años, plantea la necesidad de aproximarse críticamente al instituto de la acusación privada, en medio de un cuestionamiento por su auténtica racionalidad instrumental; es decir, por los intereses y objetivos que mediaron su implementación en el ordenamiento jurídico colombiano, así como también por los aspectos problemáticos que envuelve dicha racionalidad, materializada en la regulación concreta de la figura, de cara a una postura crítica del castigo y recelosa frente al poder.

Para tal efecto, este libro se divide en cinco capítulos. En el primero de ellos se identifica, desde una perspectiva histórica, la relación instrumental existente entre la configuración de los métodos de persecución punitiva y las arquitecturas adoptadas por el poder, a partir de las continuidades y discontinuidades que se han presentado en las prácticas penales en tres momentos: la Europa feudal con el sistema germano de lucha entre particulares, la Inquisición con la figura del procurador del rey, y la Francia posrevolucionaria con la figura del ministerio público.

En el segundo capítulo se exploran los contornos de la arquitectura de poder actual, identificada con el proyecto de gobierno neoliberal, así como su forma eficientista de entender el papel del Estado, el sistema penal y las instituciones procesales. Acto seguido, y en consonancia con la línea trazada en el capítulo precedente, se indaga por la incidencia que han tenido sus políticas de reforma judicial en el vertiginoso proceso de transformación experimentado por la justicia penal colombiana durante las décadas más recientes. Con ello se procura mostrar el contexto político, social e institucional en el cual se inserta la emergencia de la acusación privada.

En el tercer capítulo se realiza una reconstrucción del proceso de implementación de la acusación privada, que abarca las razones que dieron origen a la preocupación en torno a la desmonopolización de la persecución penal, las tensiones que se presentaron durante su desarrollo, las líneas de poder que intervinieron de manera determinante

en su configuración legal, y el papel crucial desempeñado por algunos actores domésticos.

En el cuarto capítulo se abordan las líneas generales del procedimiento abreviado y algunas cuestiones en torno a la participación de la víctima en el proceso penal, desde una perspectiva dogmática comprometida con una postura político-criminal de derecho penal mínimo, con la finalidad de sentar unas bases que permitan aproximarse con mayor claridad a la figura que es objeto de estudio. A ello le sigue un examen del régimen legal de la acusación privada, orientado a identificar su verdadera racionalidad instrumental y su coherencia frente a una instancia discursiva determinada, sin perder de vista el contexto político, social e institucional en el cual se inserta su emergencia.

Por último, en el quinto capítulo se presenta una reflexión en torno al trasfondo político e ideológico inherente al poder de acusar, partiendo de un cuestionamiento frente a la conveniencia de entregarle a la víctima del delito el ejercicio de la persecución penal, como una suerte de solución para reivindicar un ideal de libertad ciudadana y democratizar el derecho penal.

Así las cosas, las siguientes páginas procuran mostrar una lectura de la acusación privada desde una perspectiva que integra elementos históricos, sociológicos y políticos, sin descuidar la importancia que ostenta el tradicional enfoque dogmático¹, teniendo como línea conductora la sospecha en torno al auténtico rol que esta novedosa institución desempeña en el escenario actual de reformas judiciales.

1 Es desde este único enfoque, entendido como el análisis del derecho positivo a partir de herramientas y lógicas intrasistemáticas, que la doctrina nacional ha estudiado la acusación privada, haciendo énfasis en las posibilidades y límites constitucionales de esta institución, así como en su funcionamiento técnico concreto. Al respecto, se encuentran los trabajos de Renato Vargas (2012), Christian Matusan (2013), Edwin Manuel Chávez (2013), Christian Matusan y Edwin Manuel Chávez (2013), Carlos Daniel Arias y César Javier Valencia (2017), Ángela María Buitrago (2012 y 2017), Luisa Fernanda Caldas (2017), María Victoria Parra (2017), Andrea Bermúdez (2017), Jaime Ángel Londoño (2017), Carlos Andrés Guzmán (2017), Nelson Saray Botero (2017), Mauricio Molina (2018), Álvaro Vargas y Renato Vargas (2018), Rafael Sofanor Cuentas (2018) y Edgar Guillermo Escobar (2018).

La acusación y su carácter instrumental: un panorama histórico

En el marco de los ordenamientos procesal penales de estirpe continental, el denominado principio de oficialidad, con ocasión del cual las funciones de acusar, juzgar e imponer la pena radican en cabeza del Estado y son ejercidas por funcionarios públicos especializados a través de un sistema de delegación, ha sido avalado a partir de justificaciones, como el carácter público del derecho penal, sus funciones de prevención general y especial, y el temor permanente a la venganza privada (Bovino, 2009; Ferrajoli, 1995; Maier, 1992; Roxin, 2000).

Bajo dichas consideraciones, no sorprende que el carácter oficial y público de la acusación sea visto como un baluarte inamovible del proceso penal, trazando así un panorama en el que la acusación privada funge como una institución que parece fracturar la inveterada rigidez de una de las aristas del principio de oficialidad, mostrándose como una novedosa decisión de política criminal². Empero, una mirada histórica revela que la posibilidad de que el individuo ofendido por una conducta ejercite la persecución criminal, es de vieja data, pese a que hoy, valga resaltarlo, regrese de una

2 El concepto de política criminal ha sido objeto de numerosas disquisiciones, que exigen precisar el sentido en el cual se entenderá. De tal suerte, en este escrito se acoge la definición propuesta por Manuel Salvador Grosso (1999) en virtud de su amplitud y operatividad, quien en un sentido objetivo entiende por política criminal “la manera como se ejerce el poder en relación con el fenómeno criminal. Actividad esta que se realizaría en un doble sentido: como *definición* y como *respuesta*” (pág. 16).

manera diferente y aparezca cimentada sobre otros argumentos, siendo esto último, en todo caso, el verdadero objeto de discusión.

Aunado a lo anterior, ver hacia el pasado también resulta valioso para advertir que las múltiples formas que ha tenido la potestad de acusar se han relacionado con acontecimientos y rupturas que trastocaron la distribución del poder y, con ello, la manera de concebir la gestión del conflicto y la organización social. A la luz de este entendido, a continuación no se pretende realizar una reconstrucción histórica detallada, cronológica, lineal y espacialmente estricta de la acusación y las prácticas judiciales ni tampoco una descripción pormenorizada de su funcionamiento. En lugar de esto, se pretende abordar algunas continuidades y discontinuidades, con el ánimo de esbozar las acentuadas razones instrumentales que han definido la configuración de la persecución punitiva, ya que como bien lo propone Binder (2014): “no se deben analizar los conceptos como construcciones teóricas por fuera de la funcionalidad política y del arrastre histórico que les ha ido construyendo sentido” (pág. 345).

1.1. La acusación privada germana en la Europa feudal

En el marco del siglo v de la era común, el ya decadente Imperio romano de Occidente sucumbió ante las reiteradas invasiones bárbaras por parte de tribus nómadas que se desplazaban desde el Oriente, asentándose así el inicio de la Edad Media en Occidente (Le Goff, 1999, págs. 21 y ss.). Este acontecimiento dio lugar a la irrupción de las pastoriles y consensuales prácticas germanas en el territorio europeo y, con ello, a una pugna entre estas y las anquilosadas costumbres romanas, lo que originó un escenario determinante para el desarrollo de la cultura jurídica europea en los siglos venideros.

En lugar de detenerse a observar los vaivenes de la relación entre el antiguo derecho germano y el derecho romano, es suficiente indicar, de la mano de Foucault (2011), que entre ambos hubo “relaciones de rivalidad o competencia a veces, y otras, de abierta complicidad” surtidas entre los siglos v y ix (pág. 70). Existiendo conflictos y penetraciones entre ambos sistemas, la preponderancia de uno u otro estaba dada por los intentos de edificar nuevamente un Imperio, o bien, por el desplome de los mismos. En este sentido,

Cada vez que sobre las ruinas del Imperio romano comienza a esbozarse un Estado y empieza a nacer la estructura estatal, el derecho romano, viejo derecho de Estado, se revitaliza. [...] Por otro lado, cada vez que se disuelven estos embriones o lineamientos de Estados, el derecho germánico reaparece. (págs. 70-71).

Entrado el siglo IX comienza a derrumbarse el Imperio carolingio, último esfuerzo por reconstruir el Imperio romano de Occidente, a raíz de reiterativas invasiones exteriores conjugadas con factores internos de disgregación, tales como el fortalecimiento de los nobles locales y la muerte de Carlomagno, rey franco y emperador romano coronado por el papa León III (Le Goff, 1999, págs. 42-45). Este acontecimiento, sumado al carácter predominantemente rural de una economía fundada en la agricultura, sentaría las bases del feudalismo en la Europa medieval y daría lugar a una importante discontinuidad: el triunfo definitivo del derecho germano y el correlativo olvido del derecho romano, al menos por un tiempo (Foucault, 2011, pág. 71).

A grandes rasgos, el derecho germano se caracterizaba por la inexistencia de la separación de infracciones públicas e infracciones privadas y la realización de juicios orales, públicos y contradictorios (Maier, 1999, págs. 268-269). La nota definitoria de este sistema era su régimen de acusación privada, no existiendo individuos o funcionarios que en representación de intereses comunitarios ejercitaran la persecución criminal. En lugar de ello, la tarea de acusar descansaba en cabeza del directamente ofendido o su familia, y se fundamentaba cardinalmente en la noción de daño. Así, para que se surtiera un proceso “era necesario que hubiese habido daño, que al menos alguien afirmase haber sufrido daño o se presentase como víctima y que esta presunta víctima designase a su adversario” (Foucault, 2011, pág. 68).

En el proceso germano, indica Foucault (2011), “no había intervención alguna de ningún representante de la autoridad; se trataba de una reclamación de un individuo a otro que se desarrollaba con la sola intervención de estos dos personajes: el que se defiende y el que acusa” (pág. 68), siendo ambos los titulares exclusivos de la gestión de su conflicto, a pesar de que en momentos posteriores surgieron jueces y tribunales populares limitados a atestiguar la regularidad del procedimiento (pág. 74). Bajo este imaginario, el proceso germano fungía como “una ritualización de la lucha entre los individuos” o, bien, como “una manera

reglamentada de hacer la guerra” (pág. 69), que “consistía en saber si hubo ofensa, quién la practicó y si aquel que pretende haber sufrido la ofensa es capaz de soportar la prueba que propone su adversario” (pág. 87). Dichas pruebas podían ser de carácter social, relacionadas con el status del individuo; de carácter verbal, consistentes en el pronunciamiento de una serie de fórmulas de manera precisa; y de carácter corporal, relativas a la realización de ordalías para medir la fuerza del individuo o la intervención de la divinidad en la decisión de la disputa (págs. 71-73).

Pese a esta indisoluble relación entre derecho y guerra, lo cierto es que en este sistema se otorgaba un privilegio especial a la composición a través de pactos sobre venganzas rituales y recíprocas, o transacciones económicas que le permitían al individuo ofensor recuperar su protección jurídica y, con ello, su paz (Foucault, 2011, págs. 69-70). De ahí que el procedimiento judicial ocupara un lugar secundario, ya que solo se acudía al mismo cuando no se había alcanzado la composición privada (Maier, 1999, pág. 265).

Dejando a un lado esta aproximación esquemática al sistema de enjuiciamiento germano, cimentado en la acusación privada, resulta imprescindible señalar el importante rol que este desempeñó en la circulación de bienes, la acumulación de riqueza y la concentración de la fuerza, sin duda, una condición preponderante de su hegemonía entre los siglos X y XII, pues en el marco de la segmentada sociedad feudal europea, no otra estructura institucional se adaptaría y serviría de manera tan eficaz a las lógicas bélicas que envolvían las pretensiones monopolizadoras de los sectores dominantes.

En efecto, dada la naturaleza fragmentada de las dinámicas políticas y económicas imperantes en la época, la circulación de bienes no se aseguraba a partir del comercio, sino que se daba a través de dispositivos herenciales y, primordialmente, “por el enfrentamiento bélico, militar, extrajudicial o judicial” (Foucault, 2011, pág. 76); de modo que conquistar la victoria en una disputa significaba, a su vez, obtener territorios y riqueza. Con la fuerza ocurría algo similar, puesto que vencer a alguien en contienda implicaba “privarlo de sus armas, noción de donde proviene la concentración del poder armado que dio fuerza en los Estados feudales a los más poderosos” (Foucault, 2011, pág. 77). El modelo germano, en consecuencia, facilitó el sometimiento de los débiles y avaló una arquitectura de poder específica,

no siendo difícil comprender el porqué conservó su vigencia durante el periodo inmediatamente anterior al nacimiento de la monarquía medieval.

Luego de estas breves consideraciones, es posible identificar los acontecimientos y discursos que rodearon el tránsito de la acusación privada en la Europa medieval, a saber: su emergencia en el siglo v a raíz de las invasiones de las tribus nómadas germanas; su ascenso definitivo en el siglo x con ocasión de la caída del Imperio carolingio y el inicio del feudalismo; y su arraigo hasta el siglo xii, a partir de la utilidad que el litigio judicial como forma ritualizada de la guerra reportaba, de cara a los proyectos monopolizadores de ciertos sectores dominantes.

1.2. El procurador del rey en la Inquisición

En el curso de la primera mitad del siglo xii comienza a dibujarse la monarquía medieval de la mano de tres condiciones directamente ligadas a las prácticas judiciales germanas de la sociedad feudal: i) la acumulación de riquezas fundada en la obtención reiterada de victorias en el marco del sistema de litigio germano, ii) la concentración de la fuerza en manos de unos pocos, iii) la paulatina monopolización de los litigios e incautación del poder judicial (Foucault, 2011, págs. 77-78). Sedienta de poder, la incipiente realeza entró en disputa con los señores feudales buscando unificar diversos territorios bajo el manto de una organización política centralizada, condición que posibilitó la emergencia de estados nacionales, organizados políticamente bajo un sistema de monarquía absoluta que reunía las funciones de legislar, juzgar y administrar en un poder central, capaz de concretar el ideal imperial en territorios y pueblos determinados (Maier, 1999, págs. 288-289).

Dicho acontecimiento se expresó en el paulatino avasallamiento del derecho germano local en el curso de los siglos xii y xiii, frente al reemergente derecho romano imperial que luego de su postrimería en el siglo x había sido conservado subrepticamente “en las universidades, a través de sus principales códigos y de los glosadores italianos, y, fundamentalmente, en la Iglesia, a través de la cual adquirió universalidad, de la mano de su creciente influencia, poderío y organización” (Maier, 1999, pág. 289). Esta reconquista, conocida con el nombre de *recepción del derecho romano-canónico*, sentó una de las más importantes discontinuidades en la historia

del derecho occidental, haciendo eco en todo el territorio europeo durante el período comprendido entre los siglos XIII y XVII, con excepción de Inglaterra donde pervivió el derecho germano y, a la par, el sistema de acusación privada, que continuó siendo la base de la justicia criminal hasta finales del siglo XIX, cuando se creó un sistema de persecución oficial, con el fin de responder a la necesidad de controlar y limitar el desbordado ejercicio de dicha potestad³ (Bovino, 2014, págs. 15-19).

El derecho germano, otrora mecanismo y condición inexorable de la formación de la monarquía en la Europa feudal, ahora se reputaba inútil frente a un consolidado monopolio de recursos y fuerza. En contraste, el derecho romano-canónico, un enraizado derecho de Estado articulado sobre una noción de soberanía centralizada y organizada bajo la figura del emperador, se acompañaba tranquilamente a la idea de poder concentrado que encarnaba la monarquía absoluta, desprovista en ese momento de un sistema normativo que le permitiera articularse (Binder, 2013, págs. 265-266).

Aparejado a lo anterior, la cada vez más influyente Iglesia católica, que siglos atrás había visto en las estructuras romanas una base sobre la cual erigirse (Le Goff, 1999, pág. 23), encontraba ahora en ellas una fórmula precisa para llevar adelante su empresa de castigar la herejía y expiar los pecados para mantener la paz y el orden. De esta manera, la Iglesia se sirvió de la estructura institucional del derecho romano para elaborar su plataforma de acción, que dio lugar a un célebre movimiento de enjuiciamiento criminal conocido con el nombre de Inquisición, que sería utilizado por la monarquía católica para consolidar su poder frente a los señores feudales, a tenor de un arma política inserta en la arquitectura de los estados nacionales (Maier, 1999, pág. 290).

3 En efecto, si bien hoy el sistema de acusación privada inglés conserva su vigencia y es asociado con un derecho de la ciudadanía, lo cierto es que ha entrado en desuso desde la creación de la *Director of Public Prosecutions* en 1879. Por otro lado, el sistema de acusación privada operó también en las colonias inglesas del territorio americano hasta la época de la revolución en el siglo XVIII, momento que “representó la declinación de la persecución confiada a particulares y, al mismo tiempo, el ascenso de la persecución penal estatal” (Bovino, 2014, pág. 31). La aparición de la persecución oficial en Estados Unidos puede imputarse a la influencia que tuvo el derecho holandés atravesado por la recepción; pero, en contraste con el continente, su emergencia no implicó la adopción de un nuevo modelo de proceso penal (Bovino, 2014, págs. 32-35).

El antiguo modelo de enjuiciamiento adversarial, oral y público, fue tachado de inútil para satisfacer los intereses del poder vigente, siendo sepultado gradualmente durante el espacio comprendido entre los siglos XIII y XVI, junto con el eclipsado derecho germano. Mientras, sobre su mausoleo se erigió un proceso de estirpe romano-canónica, con el cariz de una investigación oficial, escrita, secreta y completamente vertical, que tenía como objetivo la averiguación de una verdad histórica y se aferraba a un rígido sistema de tarifa legal probatoria, que para imponer una condena exigía la declaración de dos testigos oculares inobjektibles o la confesión voluntaria del acusado, lo cual dio origen a una de las prácticas más singulares del derecho medieval: la tortura como fábrica de confesiones (Langbein, 2001, págs. 4-9).

Como correlato, la justicia dejó de ser una disputa entre los individuos, librada a su voluntad y definida por el juego adversarial y público de la prueba, para mutar en una imposición por parte de un poder externo, urgido de conocer la verdad a través de un método indagatorio que secuestraba y confinaba el saber a la celda de la instrucción criminal. La configuración escrita y secreta del proceso no era un elemento accidental en este escenario. En lugar de ello, se acoplaba a la arquitectura del poder vigente, respondiendo a la idea de que “en materia penal, el establecimiento de la verdad era para el soberano y sus jueces un derecho absoluto y un poder exclusivo” (Foucault, 2009, pág. 45).

Este esquema de juzgamiento fue articulado sobre la noción de infracción, una invención medieval que desplazó la vieja noción germana de daño, entendido como la ofensa de un individuo hacia otro, y fundó en su lugar una nueva comprensión, según la cual el delito se transformó en un atentado del individuo contra el soberano y la divinidad en este simbolizada. De esta forma, el poder logró establecer una quimérica identificación entre el interés comunitario y la ley emanada del soberano; artificio que le permitió marchar por el continente “confiscando todo el procedimiento judicial, el mecanismo judicial, el mecanismo de liquidación de litigios entre individuos de la alta Edad Media” (Foucault, 2011, pág. 80).

A los dispositivos de enjuiciamiento inquisitorial y de infracción se sumó otra importante creación, esta vez dirigida a la obtención de riqueza: la noción de reparación, en su génesis concebida como una retribución económica que el infractor debía pagar al soberano con el objetivo de resarcir la ofensa a él irrogada (Foucault, 2011, pág. 80). Junto con esta

invención se edificaron las multas y las confiscaciones de bienes como mecanismos para hacer efectiva la reparación, que engendraron en los gobernantes un interés económico en la obtención de condenas, lo cual derivó en un fructífero medio de enriquecimiento para las nacientes monarquías occidentales (Carrara, 1957, pág. 338). De allí su interés en secuestrar y reformar el aparato judicial, toda vez que este se mostraba como un mecanismo idóneo para imponer multas y efectuar confiscaciones, lo que dio lugar a una relación de utilidad que fungiría como uno de los motores políticos más importantes de toda la metamorfosis sufrida por la instrucción criminal (Foucault, 2011, págs. 80-81).

El funcionamiento de toda esta estructura institucional, así como su carácter instrumental a la confiscación de la verdad, el aparato judicial y la riqueza por parte del poder monárquico vigente, es sintetizado por Binder (2013) en las siguientes palabras:

La tradición del delito como infracción y como desobediencia constituye uno de los ejes de la configuración de los sistemas que llamamos inquisitoriales [...]. Esa nueva concepción del delito es la que permitió “estatizar” [...] de un modo creciente el funcionamiento de la justicia penal. Gracias a ese artificio, el poder real queda autorizado (legitimado) para intervenir en cualquiera de esos conflictos, lo que le permite, por una parte, presencia y autoridad política y, por el otro, pingües beneficios, mediante la confiscación de bienes del condenado, lo que implicaba también el aumento de los siervos que luego engrosarían los ejércitos, en un juego de aumento permanente de poder. (2013, pág. 266).

El perturbador embate estatalizador no culminó allí. Por el contrario, hacía falta una figura que le diera eficacia a toda la estructura; un eslabón final en la cadena de instituciones destinadas a afianzar el dominio político y económico del soberano. Esta necesidad desembocaría en la última invención del poder medieval, el procurador, un funcionario oficial, delegado por el rey, concebido para investigar, perseguir y juzgar, en el nombre del soberano y de manera oficiosa, las infracciones que llegaran a su conocimiento, velando de forma permanente por la satisfacción de los intereses del poder vigente, enmascarados usualmente bajo el manto de intereses generales (Binder, 2014, pág. 453).

En el marco de esta estructura institucional, la figura del procurador del rey suplantó a la víctima real del daño y la alejó de la gestión de su litigio, acontecimiento que algunas voces críticas han denominado *expropiación*

del conflicto (Christie, 1992), que se resume en la emergencia de la hoy preponderante persecución penal oficial como un aspecto definitorio del sistema inquisitorial, que a todas luces rompe con la lógica acusatoria material de la persecución privada, inherente al derogado modelo germano y bajo la cual el ofendido por la conducta o su familia eran los únicos legitimados para ejercitar la acusación. En ese orden de ideas, Maier (2003) dirá:

ya no importaba aquí el daño real producido, en el sentido de la restitución del mundo al *statu quo ante* o, cuando menos, la compensación del daño sufrido; aparecía la *pena estatal* como mecanismo de control de los súbditos por el poder político central, como instrumento de coacción —el más intenso— en manos del Estado, que lo utilizaba *de oficio*, sin necesidad de una queja externa a él; el conflicto se había “estatizado”. (págs. 582-583).

Esta identificación entre el ejercicio de la persecución penal y la oficialidad, según lo resalta Binder (2014) con atinada razón, no es más que el producto de un “proceso de concentración de poder propio del sistema inquisitorial”, en el que “nada tienen que ver las venganzas privadas ni el proceso civilizador” (pág. 345), tratándose únicamente de un concepto funcional a un modelo de Estado monárquico y absolutista, atravesado por el interés soberano en el ejercicio de poder.

Se concluye así que, durante su emergencia en la Edad Media, la figura del procurador del rey fungió como un vehículo de representación de un sujeto soberano, que al sentirse ofendido buscaba ratificar su hegemonía mediante el suplicio y la obtención de una reparación. En este sentido, la idea de persecución penal oficial se afinó como uno de los elementos facilitadores de la intrusión del Estado en el proceso penal, a la manera de una herramienta crucial para concentrar y atesorar el ejercicio de poder, lo que dio lugar a una suerte de justicia retenida que radicaba en cabeza del rey la potestad de realización penal.

1.3. El ministerio público en la Francia posrevolucionaria

En el ocaso del siglo XVIII, el Antiguo Régimen francés, definido por el absolutismo monárquico, el carácter rural de su economía feudal y su fragmentada división estamental en clero, nobleza y Tercer Estado, cruzaba por un turbulento clima político que lentamente fraguaba las condiciones

de posibilidad de la Revolución francesa (Jaurès, 1979; Soboul, 1972 y 1994). Por un lado, al interior de los estamentos privilegiados del clero y la nobleza se presentaban profundas divisiones entre sectores aristocráticos y populares que minaban la posibilidad de defender el sistema que garantizaba su predominio; en contraste, el Tercer Estado, conformado por una amalgama de burgueses, artesanos y campesinos que representaba la mayoría de la nación, se unía y fortalecía en torno a un sentimiento de odio común hacia los inequitativos privilegios y los abusos de la aristocracia. Por otro lado, la filosofía racionalista de la Ilustración se afincaba con éxito en el imaginario de las clases populares, sembrando una idea de bienestar social de corte humanista que contribuiría a su movilización. Finalmente, la evolución de la economía industrializada fortalecía cada vez más el poder de la burguesía.

Así las cosas, en medio de un complejo entramado de sucesos y disputas, plagado de mitos e interpretaciones de todo tipo (Le Bon, 1912), el acontecimiento de la Revolución francesa se tradujo esencialmente en una nueva confiscación del poder, que sería arrebatado de las manos del monarca y los sectores aristocráticos de la nobleza y el clero, para ser entregado a una burguesía ávida por consolidar definitivamente un modelo de producción capitalista que asegurara su hegemonía.

De conformidad con la lectura historiográfica realizada por Albert Soboul (1994), la burguesía, a diferencia de la monarquía y la aristocracia, tenía una concepción de riqueza mobiliaria, apuntalada en el renacimiento del comercio y la producción artesanal durante los siglos x y xi, que le había permitido desarrollarse junto con el modelo capitalista y edificar allí su poder. Entrado el siglo xviii, la burguesía, ya con una consciencia de clase que bebía de la filosofía ilustrada, estaba a la cabeza de las finanzas, el comercio y la industria.

Sin embargo, su ascenso comenzó a detenerse a raíz de la naturaleza aristocrática de la ley y las instituciones del viejo Estado, cuyas estructuras feudales y tradicionales colisionaban con el desarrollo de la economía capitalista que servía como plataforma de su poder. De allí que la burguesía, inspirada por la realidad económica que le daba su fuerza, viera en la sublevación una provechosa oportunidad para reclamar igualdad en relación con la aristocracia, pero, ante todo, libertad; “la libertad política, sí, pero más aún la libertad económica, la de la libertad de empresa y el beneficio” (pág. 14).

Luego de varios años de episodios revolucionarios, que no tiene objeto reproducir con detalle, la realidad social e institucional francesa había mutado de manera radical, conforme a los intereses capitalistas de la burguesía. Los privilegios del Antiguo Régimen y del feudalismo habían desaparecido bajo la fórmula de un sistema de leyes general e igualitario que liberó a los productores, aceleró el proceso de diferenciación de clases y reforzó la división entre capital y trabajo. En suma, toda una serie de rupturas que allanaron el camino para que el capitalismo se asentara y se expandiera, conquistando nuevos territorios del continente europeo y provocando en ellos similares transformaciones. Recogiendo las palabras de Soboul (1994):

Cambiando completamente las estructuras económicas y sociales, la Revolución francesa rompía al mismo tiempo el armazón estatal del Antiguo Régimen, barriendo los vestigios de las antiguas autonomías, acabando con los privilegios locales y los particularismos provinciales. Así hizo posible, [...] la implantación de un Estado moderno que respondía a los intereses y a las exigencias de la burguesía. (pág. 127).

Esta nueva confiscación del poder también hizo eco en la configuración del sistema de enjuiciamiento inquisitivo regulado en la Ordenanza Criminal francesa de 1670, instrumental a la estructura del Antiguo Régimen. No otro resultado era posible, pues estaba claro que el sistema penal, como mecanismo primigenio de control social hundido en las entrañas del Antiguo Régimen, no podía quedar al margen de la controversia.

Como lo indica Maier (1999, págs. 334 y ss.), la reforma del proceso penal francés no recorrió un sendero uniforme y lineal. Al contrario, cruzó un accidentado camino de transformaciones, propio de las coyunturas políticas y sociales de la época. Para el momento de la Revolución, la doctrina penal ilustrada, sentada por Montesquieu, Voltaire, Beccaria y Filangieri, ya había advertido la necesidad de adoptar elementos acusatorios, centrando su atención en el proceso penal inglés como posible modelo de reforma⁴.

4 Según lo afirma Máximo Langer (2014, pág. 7), fue en esta época que surgió el uso de las categorías acusatorio e inquisitivo con fines comparativos, precisamente a partir de la necesidad de establecer modelos que facilitaran la tarea reformadora. Cabe señalar que, al presente, estas categorías son fuertemente criticadas, tanto por su esterilidad e imprecisión conceptual, como por su uso instrumental y político fundado en la carga emotiva que las rodea (Damaska, 2000, págs. 12-17; Langer, 2001 y 2014). Teniendo en cuenta estas dificultades, resulta oportuno acatar las advertencias del autor y precisar que en este primer capítulo ambas categorías son utilizadas en un sentido

Estos reclamos fueron acogidos y plasmados parcialmente en las primeras leyes procesales penales de la Revolución, pero fueron atenuados en modificaciones ulteriores que dieron cuenta de voces críticas y posturas más conservadoras y oficialistas, que privilegiaron elementos inquisitivos tradicionales.

El momento de maduración final del proceso penal francés llegó con la expedición del Código de Instrucción Criminal napoleónico de 1808, en el que se plasmó un esquema procesal mixto que, posteriormente, adquirió la denominación de proceso inquisitivo reformado. Este modelo marchó por la Europa continental durante el siglo XIX, colonizando múltiples ordenamientos jurídicos, con ocasión de la expansión de la ideología revolucionaria republicana y la dominación napoleónica, a la par que lo hizo el capitalismo en la esfera económica. De acuerdo con Ferrajoli (1995), este esquema procesal se caracterizaba por ser:

predominantemente inquisitivo en la primera fase, escrita, secreta, dominada por la acusación pública y exenta de la participación del imputado, privado de la libertad durante la misma; tendencialmente acusatorio en la fase sucesiva del enjuiciamiento, caracterizada por el juicio contradictorio, oral y público con intervención de la acusación y la defensa, pero destinado a convertirse en mera repetición o escenificación de la primera fase. (pág. 566).

Como se ve, la etiqueta de proceso inquisitivo reformado no era gratuita, ya que si bien en dicho estatuto se recogían algunos elementos formales de talante acusatorio, como la separación funcional entre acusador y juzgador y la realización de juicios orales y públicos sin torturas y con libre valoración probatoria, lo cierto es que el resultado final dejaba indemnes las notas materiales más típicas del sistema de enjuiciamiento del Antiguo Régimen: la búsqueda de la verdad material como objetivo del proceso y, más importante aún, la persecución penal oficial, que había pervivido

histórico, conforme al cual el término inquisitivo hace alusión al proceso penal nacido en la Europa continental, entre los siglos XII y XIII, que perduró hasta inicios del siglo XIX, cuyas características incluyen “el inicio del procedimiento penal por parte de los funcionarios públicos, mediante iniciativa propia, el sistema de pruebas legales, la limitación de los derechos del imputado y el uso de la tortura” (pág. 10); mientras, el término acusatorio se refiere al proceso inglés de estirpe germana, caracterizado por ser “una contienda entre dos abogados frente a un juez y un jurado pasivos, [...] en donde el acusado tiene una serie de derechos en el juicio” (págs. 10-11).

durante todo el proceso de reforma y ahora reposaba sobre una sólida plataforma normativa.

De manera que, en medio de una sospechosa continuidad con la figura inquisitorial del procurador del rey, el Código de Instrucción Criminal francés incorporó y entregó, de modo definitivo, el monopolio estatal de la persecución penal a un ministerio público de designación gubernamental, jerarquizado y disfrazado como un defensor de los intereses del pueblo con ropajes de Ilustración proveídos por la retórica napoleónica (Binder, 2014, págs. 452-453). Las palabras expresadas por Treilhard (citado en Foucault, 2011), jurista reformador del Imperio francés, con motivo de la presentación del Código, ofrecen un valioso testimonio:

El *Código de Instrucción Criminal* que por este acto presento es una auténtica novedad no solo en la historia de la justicia y la práctica judicial, sino también en la historia de las sociedades humanas. En este código damos al procurador, que representa al poder estatal o social frente a los acusados, un papel completamente nuevo. (pág. 127).

Junto al sistema inquisitivo reformado, el modelo francés de ministerio público se instaló en los ordenamientos jurídicos de la Europa continental, aunque con ciertos matices relativos a su ubicación constitucional al interior de los poderes públicos —ejecutivo o judicial— y su dependencia jerárquica, que al final en nada tocaban su esencia oficialista⁵.

A primera vista, la pervivencia de una figura tan consustancial al Antiguo Régimen como lo es la persecución penal oficial podría resultar extraña en un escenario de reestructuración social e institucional tan profundo como el que vivía Francia con ocasión de la consolidación del capitalismo, que implicaba un afianzamiento cada vez mayor de las lógicas de producción, el crecimiento demográfico, la elevación general del nivel de vida, la multiplicación de la riqueza y de la propiedad. Sin embargo, una mirada más detenida e inquieta, como la que ofrece Foucault (2009, págs. 85-119), revela un cuadro de condiciones que permite trazar una relación entre la continuidad de la persecución oficial y las preocupaciones de la burguesía capitalista, que hallaba en aquella, tal y como lo hiciese la monarquía

5 No obstante, en países como España se admitieron excepciones al principio de oficialidad, dejando la persecución de algunos delitos en manos del ofendido —acusación privada— o la comunidad —acusación popular— (Maier, 1999, pág. 451).

medieval, un concepto funcional a la consolidación de su estrategia de gobierno en el escenario de transformación francés.

Así, durante el siglo XVIII fue posible advertir un singular y paulatino desplazamiento de la criminalidad popular en Francia: mientras los delitos de sangre y de violencia disminuían, las conductas atentatorias contra la propiedad territorial, comercial e industrial se incrementaban, al tiempo que sus autores adquirían pericia y sigilo. Este fenómeno provocaba cierto malestar en la burguesía, que no solo veía agredido un pilar estructural de su poder, sino que también era consciente de que conductas como el hurto, la estafa y los crímenes económicos, en general, refrenaban el tránsito de una sociedad asentada sobre un modelo medieval de enriquecimiento basado en confiscaciones y exacciones, a uno capitalista organizado en torno al trabajo y los medios de producción.

Estas preocupaciones derivaron, a su vez, en la necesidad de disciplinar el comportamiento de los individuos, de reprenderlos y corregirlos para hacer de ellos sujetos útiles al sistema de producción capitalista, de manera que pudieran insertarse en él y contribuir con su desarrollo, a la par que se combatían los molestos ilegalismos. Bajo este imaginario, el castigo aparecía como un dispositivo idóneo para normalizar a los individuos desviados y peligrosos, mientras el sistema penal se perfilaba como un infalible instrumento de vigilancia y control.

A la par de este sentir, circulaba un estratégico discurso crítico sostenido por teóricos y reformadores, que advertían un mal funcionamiento de la justicia penal ligado a un exceso de los castigos, “pero un exceso que va unido más a una irregularidad que a un abuso del poder de castigar” (Foucault, 2009, pág. 91). Según afirmaban, dicha irregularidad se debía, principalmente, a la coexistencia separada y descoordinada de múltiples instancias encargadas de aplicar el poder de castigar, lo que se reflejaba en conflictos de intereses políticos y económicos que las llevaba, incluso, a neutralizarse entre sí, generando lagunas que impedían controlar el conglomerado social. Esta dificultad, sostenían, empeoraba con motivo del exceso de poder del soberano, que ejercitaba de manera apresurada y caprichosa la potestad de castigar, con repercusiones prácticas devastadoras de cara al adecuado funcionamiento de la justicia penal, cada vez más atiborrada de procedimientos y conflictos de competencia. Por lo tanto, las principales críticas no recaían sobre la crueldad de las prácticas punitivas, sino sobre su mala economía, producto de una distribución desordenada

del poder de castigar, que abría las puertas a lagunas y excesos que minaban el adecuado funcionamiento de la justicia penal.

Convergiéron, entonces, una redefinición de los ilegalismos populares, producto del desarrollo de la sociedad capitalista y la disponibilidad de nuevos bienes; una necesidad de disciplinar el comportamiento de los individuos a través del castigo para hacerlos útiles al sistema de producción, y un aparato judicial que no solamente fue incapaz de aplicar adecuadamente el poder de castigar, sino que también se presentaba como un dispositivo instrumental a la conservación del poder del soberano y del Antiguo Régimen. Fueron estas condiciones convergentes, más que una nueva y enigmática sensibilidad humanista, el germen de la reforma, extensión y afinamiento que atravesaron las prácticas punitivas para poder alcanzar con mayor eficacia y regularidad cada rincón de la sociedad, en aras de controlar las nuevas prácticas ilícitas mediante la disciplina, asegurar la estabilidad del capitalismo y afianzar el poder de la burguesía sobre este edificado. Recogiendo las palabras de Foucault (2009):

A lo largo de todo el siglo XVIII, en el interior y en el exterior del aparato judicial, tanto en la práctica penal cotidiana como en la crítica de las instituciones, se advierte la formación de una nueva estrategia para el ejercicio del poder de castigar. Y la “reforma” propiamente dicha, tal como se formula en las teorías del derecho o tal como se esquematiza en los proyectos, es la prolongación política o filosófica de esta estrategia, cuyos objetivos centrales eran hacer del castigo y de la represión de los ilegalismos una función regular, coextensiva a la sociedad; no castigar menos, sino mejor; castigar con una severidad atenuada, quizá, pero para castigar con más universalidad y necesidad; introducir el poder de castigar más profundamente en el cuerpo social. (pág. 95).

Siguiendo la línea trazada, el poder de castigar fue dotado de una serie de dispositivos que redefinieron sus alcances: una codificación criminal fundada en una racionalidad economicista y utilitarista, dirigida a lograr un efecto disuasorio o de prevención; una justicia penal organizada, capaz de aplicar con regularidad la legislación criminal y reprimir los ilegalismos; y un aparato penitenciario diseñado con la pretensión de disciplinar el comportamiento del criminal, para evitar su reincidencia y hacerlo funcional al sistema de producción.

En el marco de esta elaborada maquinaria penal, la persecución oficial fungió como un engranaje determinante. En efecto, otros modelos de

persecución criminal regidos por un carácter dispositivo ligado al interés de un particular, como sucedía con la acusación privada inglesa de tradición germana, podían reproducir las lagunas y excesos del modelo anterior, poniendo en peligro la empresa de universalizar el castigo. En contraste, la idea de un funcionario público, que envuelto en la retórica de defender los intereses de la sociedad y respaldar la igualdad de los ciudadanos ante la ley estuviera subordinado a un rígido principio de legalidad procesal que lo obligara a ejercitar y sostener, sin excepciones ni distinguos, la persecución criminal frente a todo delito que llegara a su conocimiento, resultaba más funcional al logro de tan anhelado objetivo.

La persecución penal oficial se erigió, así, como una condición necesaria para que las infracciones definidas en lo abstracto fuesen castigadas en lo concreto, a la manera de un eslabón imprescindible en la cadena de instituciones construidas para conservar el orden vigente, al fungir de puente entre la codificación criminal y el aparato penitenciario, potenciando y universalizando su alcance para disciplinar y fabricar individuos útiles al sistema de producción.

No en vano la persecución oficial oriunda del Antiguo Régimen gozó del beneplácito de importantes teóricos y reformadores que, si bien discutieron en torno a su necesidad y conveniencia, optaron finalmente por convalidarla con un amplio margen de aprobación. “Bien puede decirse que la teoría penal del siglo XVIII ratifica una práctica judicial de la Edad Media, la estatización de la justicia: Beccaria piensa en términos de una justicia estatizada” (Foucault, 2011, pág. 106). El *vengador público* de Montesquieu (1845, pág. 104) y el *acusador público* de Bentham (1843, pág. 85) ofrecen un importante testimonio, junto con las palabras del mismo Beccaria (1993):

Es opinión del Sr. Montesquieu que las acusaciones públicas son más conformes al gobierno republicano, donde el bien público debe formar el primer cuidado de los ciudadanos que al monárquico, donde esta máxima es debilísima por su misma naturaleza, y donde es un excelente establecimiento destinar comisarios que en nombre público acusen a los infractores de las leyes. (pág. 87).

En síntesis, la persecución oficial ha sido instrumental a una preocupación permanente de los intereses burgueses dominantes, al contribuir con la empresa de llevar el castigo a cada rincón del cuerpo social, en aras

de reprender comportamientos odiosos a ojos del modelo capitalista y disciplinar a los individuos para adaptarlos a las exigencias de dicho sistema de producción, luego de consumado el proceso de transformación del sistema penal francés en el siglo XIX⁶.

* * *

Concluido, pues, que la configuración de la acusación se presenta como una decisión crucial de política criminal que obedece a las necesidades del poder vigente, y que tiene la virtud de influir de manera determinante en la distribución del mismo, en la gestión del conflicto y en la organización social, corresponde, a continuación, indagar por las fuerzas y motivaciones políticas que definen las transformaciones actuales de la justicia penal colombiana, habida cuenta de la incidencia que tendrán de cara a la emergencia y configuración de la acusación privada.

6 Si bien se parte de la idea de que la persecución oficial en el marco del proceso inquisitivo reformado del siglo XIX fungió como una correa de transmisión de las lógicas del poder hegemónico, no sobra resaltar que esta institución ha tenido lecturas diferentes que ven en su acogimiento otra serie de finalidades, más ligadas a la aparición de una nueva sensibilidad humanista. Ferrajoli (1995), por ejemplo, indica que la persecución oficial obligatoria tiene importantes consecuencias, de cara a garantizar la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la certeza del derecho penal, la tutela de los ofendidos más débiles, la defensa de los intereses individuales y colectivos afectados por el delito y la independencia del ente acusador (págs. 569-570).

Las reformas eficientistas de la justicia penal: un marco actual de condiciones

Mientras en el continente europeo el modelo mixto de proceso inquisitivo reformado del Código de Instrucción Criminal napoleónico colonizaba diversos ordenamientos jurídicos durante el siglo XIX, las jóvenes e independientes naciones latinoamericanas discutían en torno a si debían sumarse a esta tendencia o conservar el modelo inquisitivo que había prevalecido en la Europa continental antes de la reforma. Temiendo un caos institucional, varios países de Latinoamérica se aferraron a la tradición colonial y optaron por acoger el esquema de enjuiciamiento inquisitivo, aunque con algunas diferencias referidas a la prohibición de la tortura y la adopción de un sistema de libre valoración probatoria (Langer, 2007, pág. 14).

Este panorama permaneció inalterado todo el siglo XIX y la mayoría del XX, salvo por algunos cuestionamientos y reformas tendientes a ajustar la estructura de la justicia penal de acuerdo con el añejo modelo mixto francés, que para ese entonces ya había sido objeto de numerosas modificaciones de tendencia acusatoria en Europa, implementadas con la finalidad de contrarrestar su obsolescencia (Maier, 1993, págs. 151-152). Fue solo hacia finales de la década del ochenta que brotó un movimiento generalizado de reforma judicial comprometido con la reestructuración de las instituciones procesales y de la administración de justicia, como sector del Estado llamado a adjudicar derechos, dirimir controversias e imponer penas.

De tal modo, la justicia penal latinoamericana experimentó una serie de transformaciones, cuyas líneas gruesas estuvieron dadas por el tránsito de antiguos esquemas procesales mixtos, con un fuerte componente inquisitivo, hacia nuevos modelos de tendencia más acusatoria, cuya configuración se asemejaba a la del sistema adversarial estadounidense, pero con algunos matices europeos en virtud de las exigencias propias de una tradición continental —como la adopción de la oportunidad reglada de estirpe alemana—. Este cambio se tradujo en el abandono de formas de procesamiento predominantemente escriturales y de investigación vertical, donde la persecución penal se veía abocada a un rígido principio de legalidad procesal y se confundían de manera constante las funciones de investigar, acusar y juzgar, para adoptar, en su lugar, fórmulas orales y de contradicción horizontal, ricas en mecanismos de terminación anticipada que permiten flexibilizar la obligatoriedad de la persecución penal, y definidas por la presencia de robustecidos órganos de investigación y acusación con escasas potestades jurisdiccionales⁷.

Siguiendo la línea trazada en el acápite precedente, en el que se procuró mostrar cómo las arquitecturas de poder vigentes en algunos lugares espaciotemporales influyeron de manera inexorable, según sus lógicas e intereses, en la configuración de las instituciones procesales y los modelos de persecución punitiva; corresponde ahora realizar una lectura sucinta de este reciente fenómeno de transformaciones, dentro del cual la justicia penal ha ocupado un lugar protagónico y donde se enmarca la emergencia de la acusación privada en el ordenamiento jurídico colombiano.

Para ello debe precisarse, de manera preliminar, que la reforma judicial es un fenómeno complejo que admite múltiples lecturas y que se encuentra atravesado por diversas fuerzas y actores internacionales y domésticos, cada uno con intereses particulares. En esta medida, es posible advertir por lo menos cinco grandes condiciones que han incidido, de una u otra manera, en el movimiento de reforma de la justicia penal en la región (Duce y Pérez, 2001; Langer, 2007; Sánchez, 2017): i) los procesos de democratización experimentados por varios países latinoamericanos luego de la década del setenta; ii) el paulatino reconocimiento de derechos

7 En este punto es necesario aclarar, recogiendo nuevamente las advertencias de Máximo Langer (2007, pág. 6), que este uso de las categorías inquisitivo y acusatorio hace referencia al lenguaje empleado por los reformadores latinoamericanos y será el que se replicará en las próximas páginas, salvo que se indique un uso alternativo.

humanos y derechos fundamentales, que dio lugar a cuestionamientos internos en torno a los estándares de debido proceso; iii) la preocupación por el aumento progresivo de las tasas delictivas luego de la década del ochenta, que situó la eficiencia del proceso penal en la agenda de varios gobiernos; iv) las ideas de expertos latinoamericanos con sensibilidades humanistas y sus importantes contribuciones al desarrollo del movimiento regional de reforma, destacándose la confección del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica presentado a finales de la década del ochenta; y v) el creciente interés del neoliberalismo estadounidense en torno a la eficiencia de la justicia penal como herramienta institucional de control social, garantía del orden público y protección del capital, en el marco de la relación neoinstitucionalista entre desarrollo económico y Estado de derecho, luego de la década del ochenta.

En gracia de lo anterior, sería necio circunscribir el movimiento regional de reforma de la justicia penal a una condición específica, máxime teniendo en cuenta que cada país posee una realidad diferente, con disputas y actores propios, que hacen que unos factores tengan más relevancia que otros, y que, además, logran constituirse como fuerzas independientes capaces de incidir, de manera determinante, en las reformas judiciales domésticas —como sucede con la guerra antinarcoóticos en Colombia—. Sin embargo, también es difícil desconocer la marcada influencia que ha tenido el neoliberalismo estadounidense en el movimiento regional de reforma judicial, tanto porque este goza de una hegemonía bastante acentuada en América Latina y en el mundo, así como porque su visión sobre la justicia penal, al igual que los ejes sobre los cuales esta gira, se acompasa con varios contenidos promovidos por el movimiento de reforma, más alentados por una visión eficientista, centrada en la represión de focos de criminalidad determinados, según resulte provechoso para la construcción y afianzamiento del poder, que por un ideal democratizador, garantista y humanista, cuyos importantes y saludables avances han sido, ciertamente, más tímidos de lo que en verdad se quisiera⁸.

8 En contraste con la preponderancia que desde la posición aquí sostenida se le asigna a la influencia del neoliberalismo, autores como Máximo Langer (2007) defienden el lugar central que ocuparon las valiosísimas ideas legales de la periferia en el proceso de reforma judicial en la región latinoamericana, en lo que refiere a los aportes e influencias de expertos con sensibilidades humanistas como Julio Maier y Alberto Binder, en su tarea de consultores y redactores de proyectos de códigos de procedimiento penal de tendencia acusatoria, siendo el más notable el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica presentado por Maier en 1988. Empero,

Bajo esta premisa no sorprende que ciertos actores, distinguidos por ser portentosos centros de difusión del neoliberalismo, hayan tenido una influencia directa en los procesos de reforma a la justicia, a partir de la promoción de ambiciosos programas de financiación, cooperación técnica y capacitación. En este sentido, se destaca el papel de entidades financieras multilaterales como el Banco Mundial —BM— y el Banco Interamericano de Desarrollo —BID—, así como del gobierno de Estados Unidos por medio de su Agencia para el Desarrollo Internacional —USAID, por sus siglas en inglés—, en el marco de un fenómeno que Boaventura de Sousa Santos (2001) ha denominado *globalización de alta intensidad*, conforme al cual el interés que estos y otros actores han desplegado por el Estado de derecho en el tercer mundo, desde mediados de la década del ochenta, se ha expresado en una inapelable “presión reformista sobre el sistema judicial” (pág. 172).

Por último, cabe añadir que pese a que estos actores comparten el mismo ideario neoliberal, los programas impulsados por cada uno enfatizan en diferentes aspectos (Arenas y Gómez, 2000). Así, el BM y el BID se enfocan principalmente en la eficiencia de la justicia civil, en aras de construir un ambiente institucional con reglas de resolución de conflictos predecibles que fomenten la inversión y el crecimiento económico,

si bien esta opinión es reforzada por el mismo Maier, junto a Struensee (2000, pág. 25), al reconocer la importancia de dicho proyecto, la realidad es que otros autores que han estudiado de cerca el proceso de reforma, como Kai Ambos (2007), afirman que a pesar de “ser considerado el punto de partida central del movimiento reformador, la verdad es que los legisladores de los diferentes países fueron apartándose de él y continúan también haciéndolo de diversas maneras de las estructuras tradicionales” (pág. 256). Posiciones como esta parecen verse corroboradas en otras apreciaciones de Maier; por ejemplo, en el prólogo escrito en septiembre de 2000, del libro que compiló junto a Alberto Bovino, *El procedimiento abreviado*, cuando expresa su descontento frente a la expansión del denominado juicio o procedimiento abreviado de estirpe estadounidense, o de lo que en un lenguaje más local serían las formas de terminación anticipada del proceso, tan hegemónicas hoy en los códigos procesales latinoamericanos (2001, págs. II-III). Sea lo que fuese, es difícil negar que el alcance que hayan podido tener las ideas de los expertos anteriormente referenciados, particularmente después de la década del ochenta, estuvo condicionado por el interés de entidades financieras multilaterales y agencias gubernamentales difusoras del neoliberalismo, que buscaban diagnósticos locales y modelos procesales atractivos que sirvieran para promover su visión particular de la justicia penal y aquietar las oposiciones, como el mismo Langer parece reconocerlo (2007, págs. 31 y ss.).

aunque sus posturas divergen en aspectos puntuales, como el carácter exclusivamente técnico que el BM le asigna a sus intervenciones, en contraste con los componentes políticos que tienen las del BID. Por su parte, la USAID concentra sus esfuerzos en la modernización de la justicia penal, con el objetivo de obtener un mayor grado de control social y orden público, a la par que es controvertida con ocasión de su vínculo con el gobierno de Estados Unidos y el carácter marcadamente político de sus actividades.

Teniendo en cuenta las anteriores advertencias, las siguientes páginas tienen como objetivo describir en líneas generales los derroteros del neoliberalismo estadounidense—si bien no la única, sí la principal fuerza motriz de la configuración actual de las instituciones procesales—, así como su visión eficientista sobre el Estado de derecho y el sistema penal, los lineamientos de sus políticas de reforma judicial y la forma en cómo estas se han implementado al interior del ordenamiento jurídico colombiano. Ello con el ánimo de reconstruir el escenario político, social e institucional en el cual se inserta la vorágine actual de reformas judiciales, y más específicamente, la instancia discursiva en la cual se ubica la emergencia de la acusación privada en el ordenamiento jurídico colombiano.

2.1. Los lineamientos eficientistas del neoliberalismo

A finales de la década del setenta e inicios de la del ochenta, el mundo atravesó por una reconfiguración del pensamiento político-económico, en virtud de la cual cobró una hegemonía casi global el neoliberalismo estadounidense. Para abordar el tema en cuestión, resultan oportunas las siguientes palabras de Foucault (2007):

Cuando se habla del neoliberalismo, [...] se obtienen en general tres tipos de respuestas. En primer lugar, la siguiente desde el punto de vista económico, ¿qué es el neoliberalismo? Nada más que la reactivación de viejas teorías económicas ya desgastadas.

En segundo lugar, desde el punto de vista sociológico, ¿qué es el neoliberalismo? No es otra cosa que el elemento a través del cual pasa la instauración de relaciones estrictamente mercantiles en la sociedad.

Tercero y último, desde un punto de vista político, el neoliberalismo es solo la cobertura para una intervención generalizada y administrativa del Estado, tanto más gravosa porque resulta insidiosa y se enmascara bajo la apariencia de un neoliberalismo. (págs. 155-156).

El neoliberalismo estadounidense cultivado en la Escuela de Chicago se presenta como una reacción antagónica ante las políticas keynesianas del *New Deal* implementadas por Roosevelt en 1933 y 1934, los programas de protección e intervencionismo social de Beveridge elaborados en la década del cuarenta durante la guerra, y los programas de intervencionismo estatal y crecimiento de la administración federal promovidos desde la administración de Truman en 1945 hasta la de Johnson en 1963 (Foucault, 2007, págs. 249-252).

Según lo expone Harvey (2007, págs. 16-26), las políticas de intervención, bienestar y planificación —conocidas con el nombre de *liberalismo embridado* o *liberalismo regulado*— implementadas desde los años treinta, se dirigían a prevenir un regreso de las condiciones que tanto habían amenazado al capitalismo y se exhibían como un compromiso entre el capital y la fuerza de trabajo. Con todo, para la década del sesenta, dichas políticas, ya en declive, apenas habían logrado producir una crisis de acumulación de capital que se expresó en un aumento del desempleo y de la inflación, y en un correlativo descontento que se extendió a los movimientos obreros y sociales que, críticos del compromiso capitalista posbélico, apuntaban hacia una alternativa socialista que cada vez ganaba más terreno.

Esta realidad no solo planteaba un peligro de carácter político para las élites dominantes alrededor del globo, sino que también se presentaba como una amenaza de carácter económico, razón por la cual aquellas diseñaron una estrategia de gobierno que halló en Chile un laboratorio idóneo de experimentación. Así, posterior al golpe militar de 1973, promovido desde el interior por las élites y desde el exterior por Estados Unidos, se comenzaron a implementar una serie de políticas neoliberales con marcados componentes de desregulación y privatización. Como resultado, las élites y los inversores extranjeros obtuvieron notables beneficios, lo cual permitió que se extendiera esta nueva estrategia de gobierno alrededor del mundo, a la manera de un “antídoto potencial para las amenazas al orden social capitalista y como solución a los males del capitalismo” (Harvey, 2007, pág. 26), levantándose el telón de un escenario de reconfiguración

del pensamiento político-económico a manos del neoliberalismo, tanto a nivel nacional⁹ como internacional¹⁰.

El neoliberalismo ostenta una doble dimensión: de una parte, es una teoría económica que impulsa la promoción de libertades empresariales individuales y la reorganización del capitalismo internacional; de otra parte, es un proyecto político orientado a fortalecer las condiciones de acumulación de capital y el poder de las élites que controlan el Estado y la política.

A diferencia del liberalismo clásico del siglo XVIII, encabezado por Adam Smith, el neoliberalismo no parte de un cuestionamiento sobre cómo crear un espacio dentro de la sociedad para el libre mercado, sino que se inquieta por saber “cómo se puede ajustar el ejercicio global del poder político a los principios de una economía de mercado”, es decir, cómo “remitir, referir, proyectar en un arte general de gobernar los principios formales de una economía de mercado” (Foucault, 2007, pág. 157). De ahí que el neoliberalismo pretenda construir un escenario en el cual las estructuras más básicas de la sociedad adquieran una impronta de empresa y se orienten a finalidades económicas; o bien, en palabras de Foucault (2007), procure “extender la racionalidad del mercado, los esquemas de análisis que ésta propone y los criterios de decisión que sugiere a ámbitos no exclusiva o primordialmente económicos” (pág. 365). En suma, se

9 En 1978 la economía china experimentó una liberalización sin precedentes a manos de Deng Xiopang; en 1979 Margaret Thatcher fue elegida primera ministra de Gran Bretaña, con el compromiso de hacer frente al poder de los sindicatos y acabar con el estancamiento inflacionario; en Estados Unidos, Paul Volcker asumió el mando de la Reserva Federal en 1979, para luchar contra la inflación, mientras en 1980 Ronald Reagan fue elegido presidente y emprendió una lucha por revitalizar la economía a partir de políticas de desregulación. “Prácticamente todos los Estados, desde los recientemente creados tras el derrumbe de la Unión Soviética hasta las socialdemocracias y los Estados del bienestar tradicionales, como Nueva Zelanda o Suecia, han abrazado en ocasiones de manera voluntaria y en otras obedeciendo a poderosas presiones alguna versión de la teoría neoliberal y al menos han ajustado algunas de sus políticas y de sus prácticas a tales premisas” (Harvey, 2007, pág. 7).

10 En efecto, para 1982 importantes organizaciones financieras multilaterales, como el BM, fundadas en 1944 con la finalidad de estabilizar las relaciones internacionales y promover políticas de libre comercio en el marco de los acuerdos de Bretton Woods, habían sido purgadas de todas las influencias keynesianas, convirtiéndose “[...] en centros para la propagación y la ejecución del ‘fundamentalismo del libre mercado’ y de la ortodoxia neoliberal” (Harvey, 2007, pág. 36).

busca “hacer del mercado, de la competencia, y por consiguiente de la empresa [...] el poder informante de la sociedad” (pág. 186).

Para llevar adelante dicho objetivo, el neoliberalismo adopta como premisa central “no restringir el libre desarrollo de las capacidades y de las libertades empresariales del individuo dentro de un marco institucional caracterizado por derechos de propiedad privada fuertes, mercados libres y libertad de comercio” (Harvey, 2007, pág. 6). Esta premisa descansa sobre tres pilares teóricos que juegan un importante papel en el entendimiento neoliberal sobre el Estado de derecho y sus instituciones, entre ellas la administración de justicia y el sistema penal, tal y como lo advierten Rodríguez y Uprimny (2006, págs. 118-125) en su conocida y afortunada síntesis, que a continuación se expone.

El primer pilar está dado por la filosofía liberal individualista, enfática en afirmar que la verdadera libertad es la libertad negativa, entendida como “la posibilidad que tiene una persona de actuar sin interferencias ajenas, ya sea del Estado o de otros particulares” (pág. 120). En dicha perspectiva, la propiedad funge como “un elemento decisivo para amparar esa libertad, en la medida en que ofrece al individuo una órbita reservada donde puede actuar de manera autónoma” (pág. 120). Por su parte, el mercado es visto como un “principio óptimo de regulación social” (pág. 121) que permite maximizar la libertad personal al estar fundado en el ejercicio libre y autónomo del consentimiento. Por ende, para la filosofía liberal individualista el Estado debe limitarse a proteger la libertad negativa, la propiedad e iniciativa privadas y los contratos, de manera que se facilite el desarrollo del mercado. En este punto, Rodríguez y Uprimny destacan las obras de Hayek, para quien la realización de los tradicionales derechos civiles y los nuevos derechos económicos y sociales es incompatible; y Nozick, quien asimila la justicia de una sociedad al respeto de las reglas formales sobre propiedad y transmisión de bienes, más allá del resultado de las mismas.

El segundo pilar se estructura a partir de la convergencia de varias doctrinas económicas, que al arremeter contra las políticas propias del Estado benefactor de corte keynesiano, suministraron una plataforma intelectual idónea para el ascenso del neoliberalismo, cuyo eje central se articulaba de manera diáfana con la visión de la filosofía liberal individualista, a saber: “el Estado justo es el Estado mínimo, centrado en la protección de los derechos individuales contra el fraude, la violencia y el robo” (pág. 123).

Dentro de estas doctrinas económicas, Rodríguez y Uprimny resaltan las siguientes: el monetarismo de Friedman, según el cual la intervención del Estado debe limitarse a estabilizar el crecimiento monetario; la teoría de las expectativas racionales, que pregona la ineficacia e inconveniencia de la intervención estatal en la economía, partiendo de la racionalidad de los actores económicos; las teorías del estímulo a la oferta de autores como Laffer, quien defiende la disminución de impuestos para estimular la oferta como la política de crecimiento económico más eficaz; y la teoría de la elección pública de Buchanan y Tullock, que ven en la intervención del Estado un intento de ciertos grupos por apropiarse de las rentas que la misma produce.

El tercer y último pilar hace referencia al neoinstitucionalismo, desde el cual se propone que “el mercado no se desenvuelve en el vacío, sino que requiere instituciones que lo hagan posible” (pág. 124), pues estas reducen los costos de transacción asociados al intercambio económico, al limitar la conducta de los actores sociales, haciéndola predecible. En esta oportunidad, Rodríguez y Uprimny destacan la obra de Douglas North, quien plantea que los cambios institucionales son los verdaderos motores del desarrollo económico, en razón a que brindan una infraestructura para crear orden y reducir la incertidumbre.

Estos tres pilares teóricos se funden en una concepción neoliberal de la relación entre el Estado y el mercado, que puede sintetizarse en la pregunta por cuánto puede aportar aquel para promover la consolidación de este, es decir, “un Estado bajo la vigilancia de un mercado más que un mercado bajo la vigilancia del Estado” (Foucault, 2007, pág. 149). En este sentido, para el neoliberalismo el papel del Estado debe circunscribirse a ofrecer una serie de reglas formales para que se desarrolle el juego de la economía, en el cual participarán de manera libre y exclusiva los individuos y las empresas; “un juego regulado de empresas dentro de un marco jurídico institucional garantizado por el Estado: ésa es la forma general de lo que debe ser el marco institucional en un capitalismo renovado” (Foucault, 2007, pág. 209). Dicho en palabras de Harvey (2007):

De acuerdo con la teoría, el Estado neoliberal debería favorecer unos fuertes derechos de propiedad privada individual, el imperio de la ley, y las instituciones del libre mercado y del libre comercio. Estos son los puntos de acuerdo considerados esenciales para garantizar las libertades individuales. El marco legal viene definido por obligaciones

contractuales libremente negociadas entre sujetos jurídicos en el mercado. La inviolabilidad de los contratos y el derecho individual a la libertad de acción, de expresión y de elección deben ser protegidos. El Estado, pues, utiliza su monopolio de los medios de ejercicio de la violencia para preservar estas libertades por encima de todo. Por ende, la libertad de los empresarios y de las corporaciones [...] para operar dentro de este marco institucional de mercados libres y de libre comercio es considerada un bien fundamental. La empresa privada y la iniciativa empresarial son tratadas como las llaves de la innovación y de la creación de riqueza. Los derechos de propiedad intelectual son protegidos [...] de tal modo que sirvan para estimular cambios tecnológicos. (págs. 73-74).

Esta óptica revela una clara inclinación del neoliberalismo hacia una concepción formalmente fuerte de Estado de derecho, preocupada por la separación de poderes, la generalidad y abstracción de la ley, la garantía de derechos liberales individuales como la propiedad, la ejecución de los contratos y, en general, la protección del libre mercado. Sin embargo, también da cuenta de un proyecto sustancialmente débil, en la medida en que no se ocupa de la existencia de un catálogo completo de derechos económicos y sociales encaminados a lograr una igualdad material o real, así como tampoco de los mecanismos para hacerlos efectivos (Burgos, 2000, pág. 86).

Ahora bien, el afianzamiento del modelo neoliberal basado en la competencia, en el cual los agentes económicos son libres de actuar y desarrollar sus prácticas mercantiles bajo un conjunto de reglas de juego formales, trae consigo dos importantes consecuencias ligadas a la restauración de un poder de clase: un efecto de concentración de la renta y una creciente desigualdad social. Estos rasgos estructurales de la neoliberalización se reflejan, a su vez, en mayores fricciones y conflictos, creando, así, un escenario idóneo para el cultivo de una oferta de criminalidad capaz de alterar el desarrollo de las prácticas mercantiles y de amenazar la integridad de los derechos liberales individuales. A raíz de lo anterior, no sorprende que, como mecanismo primigenio de control social que es, el sistema penal desempeñe, según Hernández (2001),

un papel preponderante para la implantación, consolidación y extensión de un modelo económico que por su naturaleza genera tanto conflicto social como el neoliberal, requiriéndose entonces un sistema penal igualmente fuerte, ágil, eficiente pero por sobre todo anclado en las entrañas de la estructura económica y social. (pág. 1).

Este dispositivo de respuesta a la oferta de criminalidad, como lo esboza Foucault (2007), se encuentra integrado, en primer lugar, por la ley, concebida como una prohibición abstracta; y, en segundo lugar, por los instrumentos a través de los cuales se le dará a dicha formulación una eficacia real, de manera que la realidad institucional que es la ley, se transforme en una realidad social y política. Estos instrumentos serán:

la cantidad de castigo previsto para cada uno de los crímenes. Serán la importancia, la actividad, el celo, la idoneidad del aparato encargado de detectar los crímenes. Serán la importancia y la calidad del aparato encargado de perseguir a los criminales y aportar las pruebas de que, en efecto, han cometido el crimen. Serán la mayor o menor rapidez de los jueces para juzgar, la mayor o menor severidad de los jueces en los márgenes que fija la ley. Serán, asimismo, la mayor o menor eficacia del castigo, la mayor o menor estabilidad de la pena aplicada que la administración penitenciaria puede modificar, atenuar y, llegado el caso, agravar. (págs. 295-296).

Se tiene, entonces, que dentro del entramado de instrumentos que articulan el sistema penal, las instituciones procesales ostentan la función de realización punitiva, imprimiéndole una fuerza real al poder del Estado de castigar, cerrando la brecha existente entre la definición de las penas en lo abstracto, y su imposición en lo concreto, a través del proceso judicial. Por ende, no sorprende que en gracia de su enfoque neoinstitucional, el neoliberalismo reclame esquemas de procesamiento céleres y órganos de persecución eficaces, toda vez que estos son determinantes a la hora de neutralizar individuos peligrosos, suprimir fenómenos criminales que puedan amenazar el correcto desarrollo de las prácticas mercantiles y reprimir ilegalismos que amenacen la integridad de los derechos liberales individuales y del capital.

Este conjunto de lineamientos se sintetizan de manera inequívoca en una ideología eficientista, entendida en términos de Manuel Salvador Grosso (1999) como una postura “en virtud de la cual, el poder legisla, interpreta y aplica la ley, no en razón de la *justeza* de la decisión, sino en función de la *utilidad práctica* de la misma” (pág. 57). De allí que el neoliberalismo abogue por “un derecho penal de resultados, pero no los que convienen y se ajustan a los principios de una justicia material, sino aquellos que sean útiles a las conveniencias prácticas del poder” (pág. 57). Por lo tanto, no sorprende que en desarrollo de la política criminal neoliberal,

las instituciones jurídicas represivas se destinan a preservar el modelo capitalista y los intereses de las élites, en detrimento de la igualdad social y las garantías procesales.

Así las cosas, a la manera de un espejo de la realidad de los siglos XVIII y XIX, cuando la burguesía liberal necesitaba controlar una serie de ilegalismos que entorpecían el desarrollo del capitalismo, pero al mismo tiempo eran producto de su paulatino afianzamiento, a finales del siglo XX y durante el XXI, el neoliberalismo deberá ocuparse de atender y gestionar a través del sistema penal una oferta de criminalidad que, si bien entorpece el desarrollo de las prácticas empresariales, se encuentra a su vez vinculada con las lógicas de acumulación y desigualdad ancladas en las entrañas del modelo mismo. Aunque en contraste con los reformadores posrevolucionarios, cuyo principio organizador del cálculo penal consistía en anular el crimen de manera exhaustiva con su sistema de legalidad universal, la política criminal del neoliberalismo tendrá como principio regulador intervenir en el mercado del crimen, con el objetivo de reducir su oferta; es decir, gravitará en torno a la cuestión sobre cuál es el grado de criminalidad e impunidad que hay que tolerar (Foucault, 2007, págs. 297-298).

2.2. Las políticas de reforma judicial

A pesar de que en las décadas del setenta y el ochenta el neoliberalismo ganaba terreno, su marcha se veía refrenada por el contexto de crisis institucional que campeaba en varios lugares del globo, entre ellos el territorio latinoamericano, y que chocaba ferozmente con su entendimiento particular del Estado de derecho y sus instituciones como facilitadores del libre mercado. Al respecto, es contundente el diagnóstico realizado por el BID (2003) en su documento estratégico para la modernización del Estado: “Históricamente ha existido en la región una relación inadecuada entre el Estado y el mercado, por una parte, y entre el Estado y los ciudadanos, por otra parte, que se ha traducido en una erosión de las posibilidades para un desarrollo sustentable y equitativo” (pág. 4).

Dentro de este diagnóstico, los problemas de la administración de justicia se presentan como un punto nodal, destacándose la frágil independencia del poder judicial, el uso de modelos procesales obsoletos, la congestión

judicial y la precaria tutela de derechos, entre otros factores, que en conjunto arrojan como resultado

una justicia poco confiable y desigual, que deniega o dificulta el acceso a amplios segmentos de la población, sin capacidad para proporcionar seguridad jurídica a los derechos y obligaciones o ejercer una función sancionatoria efectiva para frenar el incremento de las diversas formas de delincuencia y amenazas a la seguridad ciudadana. (pág. 5).

Así como el anterior, hay varios diagnósticos formulados por diversas entidades en torno a las instituciones y la justicia latinoamericanas, cuyos puntos centrales no difieren mucho entre sí, haciéndose innecesario abordarlos de manera exhaustiva. Basta únicamente con resaltar que en los mismos hay una alusión generalizada a una *crisis de la administración de justicia*, definida a grandes rasgos por la “congestión, la debilidad institucional del aparato de justicia, la ineficiencia, la precaria independencia del poder judicial, etc.”, al igual que por dificultades como el “acceso desigual a la justicia, la inexistente organización administrativa de la rama judicial, la excesiva, costosa e ineficiente judicialización de conflictos, entre otros” (Burgos, 1999, pág. 191).

Para hacer frente a este escenario de crisis, el neoliberalismo debía intervenir y ajustar la débil estructura institucional de los estados latinoamericanos a modelos con mayor capacidad de promover un clima idóneo para el desenvolvimiento del mercado. De allí que se diseñaran una serie de políticas y reformas estructurales, que serían implementadas desde finales de los años ochenta¹¹, con el objetivo de suprimir los obstáculos que el

11 Como lo indica César Rodríguez (2006, págs. 409-420), los proyectos de reforma implementados a finales de la década del ochenta son una segunda generación de políticas conocidas como *Programas de Derecho y Desarrollo*, que tiene como antecedente inmediato una primera generación de programas implementados durante los años sesenta en algunos países del tercer mundo y, en especial, de América Latina, entre ellos Colombia, Chile y Brasil. Esta primera generación, impulsada cardinalmente por la USAID y la Fundación Ford, estaba edificada en la creencia en el potencial transformador de la educación y se centró en modificar el modelo de enseñanza del derecho de tradición europea continental, caracterizado por la metodología de cátedra, el estudio sistemático de códigos, y el papel pasivo del alumno, por uno más acorde al liberalismo jurídico estadounidense, definido por el método socrático y el estudio de casos. Con todo, esta primera generación de programas fracasó y recibió numerosas críticas a mediados de los años setenta, en la medida en que la mayoría de las facultades de Derecho que habían participado en el programa no adoptaron las modificaciones sugeridas.

contexto institucional latinoamericano planteaba para la expansión y consolidación del proyecto neoliberal.

Las políticas neoliberales son asociadas comúnmente con el denominado *Consenso de Washington*, expresión utilizada en 1990 por el economista inglés John Williamson en un documento en el cual se resumían diez directrices de ajuste estructural promovidas por el BM, el BID y la USAID, que fungían como condiciones para otorgar préstamos a países en crisis (Rodríguez y Uprimny, 2006, págs. 113-115). El documento incluía los siguientes puntos: i) disciplina fiscal, ii) reorientación del gasto público, iii) reformas tributarias, iv) determinación de tasas de interés, v) adopción de tasas de cambio competitivas, vi) apertura comercial y disminución de aranceles, vii) promoción de la inversión extranjera directa, viii) privatización del sector público, ix) desregulación de la economía y x) protección de los derechos de propiedad a partir de sistemas judiciales eficientes y leyes fuertes. A grandes rasgos, este conjunto de políticas orbitaba en torno a la implementación de ajustes en materia de hacienda pública, dirigidos a desregular la economía y, con ello, a privilegiar la libertad empresarial. Es por ello que, si bien se reconocía el tradicional rol que la administración de justicia jugaba de cara a la protección de la propiedad, el papel de sus instituciones y de la reforma judicial aún era relativamente marginal (Rodríguez y Uprimny, 2006, pág. 115).

Luego de pocos años de implementación del *Consenso de Washington*, las políticas de desregulación comenzaron a desplegar efectos mediocres, e incluso nocivos, con ocasión de la debilidad institucional que tanto asolaba a los países receptores. Este revés, unido al ascenso intelectual del neoinstitucionalismo al interior del pensamiento económico, dio lugar a que se gestara por parte del BM, el BID y la USAID, la implementación de una segunda fase de reformas estructurales que se caracterizarían por introducir regulaciones afines a los objetivos del neoliberalismo, dejando atrás el enfoque desregulador propio de la primera fase y corrigiendo los defectos de las políticas iniciales (Rodríguez y Uprimny, 2006, pág. 116).

Este giro neoinstitucional de las políticas neoliberales encontraba una base sólida en el panorama geopolítico de los años noventa, puesto que, por un lado, la caída del comunismo había renovado el optimismo frente a la democracia y el capitalismo, creándose una demanda de instituciones de corte liberal; mientras, por otro lado, el territorio latinoamericano transitaba paulatinamente desde el régimen económico cerrado de

sustitución de importaciones e intervención estatal, hacia el de apertura económica y privatización de empresas estatales, con ocasión de las políticas del *Consenso de Washington*, dando cuenta de la expansión del modelo capitalista (Rodríguez, 2006, págs. 420-421).

Dentro del nuevo paquete de transformaciones institucionales, la reforma judicial tuvo un papel más protagónico en la medida en que el sistema judicial, antes catalogado como un simple mecanismo con la capacidad de proteger los derechos de propiedad, ahora era inventariado como un importante instrumento que debía fortalecerse, en aras de garantizar el cumplimiento de las leyes, la protección de los derechos de propiedad, la resolución célere de las controversias y el castigo del crimen. En este sentido, el nuevo enfoque de los programas de reforma insistía en la importancia que para el desarrollo económico tenía la existencia de “un sistema judicial eficiente, pero centrado en la protección de los derechos liberales clásicos, como la propiedad y la libertad contractual” (Rodríguez y Uprimny, 2006, pág. 119).

El contenido de los programas de reforma judicial, manifiestan Rodríguez y Uprimny (2006), partía de tres ejes que en conjunto resumían la posición del neoliberalismo sobre la justicia. El primer eje demandaba el desmonte del constitucionalismo social y el olvido de todo compromiso de bienestar, con el objetivo de que el Estado y el sistema judicial se centraran en la protección de derechos ligados al capital. El segundo eje reclamaba la inserción de instrumentos de mercado en la estructura del sistema judicial, dando como resultado la implementación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos y de incentivos para estimular una mayor productividad de los jueces. El tercer eje planteaba un sistema judicial para el mercado, que fuera capaz de ofrecer “certeza a los derechos de propiedad y seguridad a los contratos, a fin de disminuir los costos de transacción y evitar las pugnas redistributivas” (págs. 125-129).

Este último lineamiento exigía, en primer lugar, un fortalecimiento de la seguridad jurídica a partir de la promoción de reglas de juego estables y de garantías constitucionales en relación con la propiedad y la libertad económica; en segundo lugar, que los agentes económicos gozaran de protección en su integridad personal y sus bienes, para lo cual la justicia penal debía ser reforzada con el objetivo de afinar su capacidad para controlar la violencia, prevenir los atentados contra el capital, reducir la delincuencia y, en suma, expandir el control social.

No sorprende, así, que uno de los focos centrales de los programas de reforma judicial haya sido el fortalecimiento del sistema penal “con miras a la garantía del orden social y a la protección de los derechos de libertad necesarios para crear las condiciones que requieren la inversión privada y el funcionamiento del mercado” (García, Rodríguez y Uprimny, 2006, pág. 25). De ahí las grandes inversiones que entidades promotoras del neoliberalismo, como la USAID, han realizado para financiar programas de reforma dirigidos a fortalecer la administración de justicia penal y mejorar las técnicas de investigación, con la finalidad de optimizar la persecución penal y reprimir los ilegalismos con mayor eficiencia (Rodríguez, 2006, pág. 441).

Del variado catálogo de modificaciones contenidas en los programas de reforma a la justicia penal, se destaca como bandera central el trasplante del modelo de proceso penal adversarial de corte estadounidense que, navegando sobre un mar de carga emotiva suministrado por su aparente fisionomía acusatoria¹², ha logrado marchar triunfalmente por el mundo (Schünemann, 2002), junto con sus dos rasgos más distintivos: las admisiones de culpabilidad por vía del *guilty plea*, y las negociaciones de cargos a través del *plea bargaining*. Estos mecanismos, en virtud de los cuales se resuelve la gran mayoría de las causas penales, operan mientras pende sobre el individuo la guillotina de una pena mayor y se traducen en el abandono de un sistema contradictorio de atribución de responsabilidad, en favor de un sistema eficiente de concesiones que busca obtener una declaración de culpabilidad anticipada, favoreciendo así “la eliminación del juicio oral en su mayor parte a través de la aceptación del imputado del resultado del procedimiento de investigación” (Schünemann, 2007, pág. 122).

12 Al respecto, Langer (2014) resalta que la “preferencia por el proceso acusatorio puede ser, parcialmente, resultado de la discusión teórica y de razones sustantivas. Sin embargo, hay otros fenómenos que pueden ayudar a explicar porqué el proceso acusatorio es considerado el modelo procesal más atrayente: uno, la influencia que ejerce el proceso penal de los Estados Unidos y sus agencias alrededor del mundo, y, dos, la vieja asociación entre el término *inquisitivo* y el proceso penal del Antiguo Régimen. Esta connotación positiva y negativa, respectivamente, de lo *acusatorio* y lo *inquisitivo*, contribuye a explicar porqué los términos han sido utilizados como dispositivos retóricos y eslóganes en fallos penales y para fundamentar reformas procesales penales alrededor del mundo” (págs. 15-16).

Este breve panorama permite evidenciar cómo los postulados eficientistas del neoliberalismo se concretan en una serie de programas de reforma judicial estructurados bajo una lógica de mercado, que posibilitan la inserción de la política procesal penal estadounidense en las justicias latinoamericanas en crisis. No se trata, pues, de un conjunto de trasplantes jurídicos neutrales y desinteresados. En cambio, como bien lo advierte Manuel Iturralde (2010), “Estados Unidos exporta sus modelos económico, político y penal con el fin de garantizar la homogeneidad en estas esferas, lo cual facilitará la expansión de sus mercados y su influencia sobre el orden mundial” (págs. 313-314). Sin embargo, en realidad esta práctica solo contribuye a fracturar la legitimidad de los aparatos judiciales y, paradójicamente, a promover la ineficacia general de las reformas (Rodríguez y Uprimny, 2006, págs. 129-134).

Al igual que sucedió con el afinamiento que experimentaron las prácticas punitivas durante los siglos XVIII y XIX, hoy la reforma de la justicia penal vuelve a exhibirse como una extensión política de la estrategia de gobierno vigente, siendo en este caso un neoliberalismo ávido por responder de manera eficiente a una oferta de criminalidad difícil de controlar, producto de un contexto de marcada debilidad institucional y desigualdad social. El correlato de ello, para decirlo con las atinadas palabras de Santiago Mir Puig (2012), “ha sido el paso de una prevención preocupada por sus límites, a una prevención preocupada por su ineficacia” (pág. 10).

2.3. Las transformaciones recientes de la justicia penal colombiana

Desde la década del ochenta, la agenda político-criminal colombiana estuvo definida por la lucha contra un poderoso enemigo: el narcotráfico. Ejercido y promovido por diversos actores, este vigoroso ilegalismo no solo personificaba una amenaza para la vida e integridad de los habitantes del territorio colombiano, sino que también fungía como un obstáculo para el neoliberalismo, pues sus prácticas de violencia, corrupción, acumulación de capital y lavado de activos debilitaban el clima institucional, amenazaban la posición de las élites tradicionales y desestabilizaban el mercado, al tiempo que reñían ferozmente con las políticas prohibicionistas internacionalizadas de Estados Unidos.

En efecto, valiéndose de macabras estrategias de defensa y legitimación fundadas en la violencia y la corrupción, el narcotráfico ponía en cuestión el monopolio de la fuerza estatal y fracturaba la estructura institucional, ambos pilares esenciales en la comprensión neoinstitucionalista del Estado de derecho imperante en el neoliberalismo. Asimismo, a la manera de un “capitalismo mafioso” (Uprimny, 2001b, pág. 398), el narcotráfico se presentaba como una fuente de acumulación de capital, que inmersa en las lógicas librecambistas de mercado, tenía la capacidad de producir ganancias tan elevadas que daban lugar a la formación de una suerte de “burguesía gangsteril” (Uprimny, 2001b, pág. 408), capaz de amenazar y competir con la posición hegemónica de las élites tradicionales. A lo anterior se sumaba la desestabilización que sus operaciones sistemáticas de lavado de dólares provocaban en el mercado. Por último, en la medida en que su ilegalidad había sido definida en la normatividad internacional dominada por el gobierno estadounidense, se podía afirmar que “la mafia colombiana [era] tal vez la única fracción de las élites dominantes de un país de América Latina que ha estado en ‘guerra’ con los Estados Unidos”, haciendo alarde de un profundo sentimiento “antimperialista” que, incluso, era compartido con algunos grupos armados de izquierda con quienes sostenía hostilidades (Uprimny, 2001b, pág. 410).

En consecuencia, el Estado colombiano, bajo la presión del gobierno estadounidense, promovió una férrea política criminal a nivel doméstico para hacer frente al narcotráfico, mientras que en el plano internacional elevó diversas campañas buscando que las naciones del globo asumieran su responsabilidad en la guerra antinarcóticos, siendo Estados Unidos uno de los países más comprometidos en materia de cooperación técnica y financiera (Arenas y Gómez, 2000, págs. 194-195).

Este panorama, conjugado con la visión neoinstitucionalista del neoliberalismo, dio lugar a una nueva comprensión del sistema penal, que lo despojó de sus funciones tradicionales de disciplina y prevención, para transformarlo en un instrumento de guerra dirigido a dismantlar las grandes organizaciones del narcotráfico. No obstante, este imaginario se vio refrenado por una justicia penal sumida en una crisis, cuyo punto más notable fue alcanzado en la década del ochenta, y que se tradujo en alarmantes índices de congestión, morosidad e impunidad que, si bien eran generalizados, tenían mayor visibilidad en el terreno de casos complejos relacionados con criminalidad organizada y violaciones de derechos

humanos, poniéndose en duda la ya discutida capacidad de la justicia penal para luchar contra el narcotráfico (Uprimny, 2001a, págs. 272-273). Este diagnóstico revelaba la necesidad de ajustar la estructura de la justicia penal colombiana a estándares de investigación y procesamiento más eficientes, abriéndose así las puertas a un profundo interés en la reforma judicial.

2.3.1. La Fiscalía General de la Nación y las políticas de delación

Para su materialización, las intenciones reformistas del neoliberalismo hallaron un nicho inicial en el proceso de reforma constitucional de 1991, momento culmen de profundas tensiones y transformaciones institucionales. La composición de la Asamblea Constituyente fue tan plural que, incluso, impidió que alguno de los grupos políticos que allí participaban pudiera obtener una mayoría suficiente para imponerse a los demás; era pues, una asamblea de minorías en la que resultaba imposible identificar una tendencia ideológica o política consolidada (Valencia, 2010, págs. 209-212). No obstante, dentro del conjunto de tensiones al interior del proceso constituyente, la más determinante, y sobre la cual se dio el debate de la reforma del Estado en Colombia, fue aquella entre los reclamos socializadores de un pueblo desangrado y los intereses económicos del neoliberalismo, vertidos en las directrices de reforma del *Consenso de Washington* y las políticas de apertura económica de la administración Gaviria (Ocampo, Romero y Parra, 2007).

Este panorama fue testigo del nacimiento de un nuevo órgano oficial de persecución penal: la Fiscalía General de la Nación. Dicha entidad fue proyectada inicialmente por el gobierno de César Gaviria “como un instrumento para aumentar la eficacia de la investigación penal y el control del Ejecutivo sobre ésta” (Uprimny, Rodríguez y García, 2006, pág. 284). Con este instituto se buscaba solucionar los déficits del sistema anterior en el cual la persecución punitiva, junto con otros aspectos del proceso penal, estaba a cargo de jueces de instrucción adscritos a la rama judicial, con escasa capacidad investigativa y numerosos problemas de coordinación.

Valiéndose de la coyuntura del proceso constituyente, la USAID apoyó aquel proyecto, teniendo en consideración que no solo veía en la introducción de un órgano de persecución penal, formalmente separado del juez, un primer paso para el trasplante del sistema adversarial estadounidense —que ya comenzaba a ser promocionado en algunas

esferas¹³—, sino que, además, sabía que contar con fiscales especializados, adscritos al poder ejecutivo, cuyas competencias se limitarían a investigar delitos y a ejercitar la acusación ante el juez competente, favorecería la eficiencia de la persecución penal y disminuiría las tasas de impunidad (Rodríguez, 2006, pág. 449).

Esta idea inicial se topó con el temor de un constituyente que, consciente de los peligros que envolvía un ente persecutor amarrado a los designios de un poder ejecutivo caracterizado por una larga tradición de autoritarismo presidencial, se aferró a la noble idea de instalar la Fiscalía en el poder judicial, en aras de evitar su politización y garantizar su independencia (Uprimny, Rodríguez y García, 2006, pág. 285). Por desgracia, lo anterior condujo a que la Fiscalía fuera dotada de portentosas facultades jurisdiccionales, como la posibilidad de decidir sobre la libertad del procesado, que resultaban ontológicamente incompatibles con su rol de acusador. Como lo expresa Álvaro Vargas (1998), “el fiscal, que era juez, debía también acusar. Inútil era preguntarse cuándo, cómo y, sobre todo, en qué condición lo haría. ¡El tiempo, la paciencia y la ilustración de nuestros constituyentes ad-hoc no alcanzaban para más!” (pág. 23).

El ulterior desarrollo del organismo de persecución penal fue librado al presidente de la república, quien en 1991, a tenor de las facultades extraordinarias conferidas por el constituyente, expidió los decretos 2699 —Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación— y 2700 —Código de Procedimiento Penal—¹⁴. Con la vista fija en el modelo estadounidense, pero sin entenderlo completamente, el legislador de

13 “La [USAID] intentó influir en la creación y el diseño de la Fiscalía mediante el *lobby* que ejerció y las propuestas que presentó en las comisiones encargadas del tema de la administración de justicia en la Asamblea. De acuerdo con la [USAID] y con algunos sectores de la comunidad jurídica colombiana, el sistema acusatorio era más adecuado que el inquisitivo, que Colombia había heredado del sistema continental en el siglo XIX, y en el que los jueces no solo dirigían la investigación, sino también dictaban sentencia” (Rodríguez, 2006, pág. 449).

14 Este estatuto procesal contemplaba un modelo de proceso penal mixto con tendencia inquisitiva —similar al contenido en el Código de Instrucción Criminal napoleónico de 1808—, según el cual “la investigación era secreta para el público en general y escrita; las pruebas practicadas ante el fiscal valían como tales para el juicio (permanencia de la prueba) y las decisiones del fiscal eran providencias judiciales susceptibles de recursos. A nivel normativo el juicio era una fase oral y pública; sin embargo, la permanencia de la prueba practicada en la investigación hacía que perdiera su centralidad” (Hartmann, Villadiego y Riego, 2007, pág. 103).

excepción no se resignó a que la embrionaria figura en comento fuera solo una réplica del juez de instrucción, pero con otro nombre. En lugar de ello, interpretó el artículo 250 de la Constitución para “convertir al fiscal —previamente ungido como juez por su progenitor— en una parte más dentro del proceso penal, específicamente instituida para procurar la condena de los justiciables” (Vargas, 1998, pág. 33), adoptando el papel de acusador una vez proferida la providencia contentiva de la acusación.

En relación con la estructura de la Fiscalía, el Decreto 2699 adoptó un esquema piramidal y vertical regido por los principios de unidad de actuación, dependencia jerárquica, legalidad e imparcialidad, según el cual los funcionarios debían actuar conforme a las directrices de sus superiores y del fiscal general de la nación. Desafortunadamente, esta estructura no solo entrañaba una contradicción fundamental, pues “donde no hay independencia no puede haber imparcialidad” (Vargas, 1998, pág. 41), sino que también reducía el sueño constituyente de la no politización a un simple espejismo, por cuanto, aunque el fiscal general era elegido por la Corte Suprema de Justicia, la terna enviada era seleccionada por el presidente de la república.

Nació así la figura autóctona del “fisjuez” (Vargas, 1998, pág. 36), un singular órgano de persecución penal con grandes riesgos de autoritarismo, más parecido al antiguo juez de instrucción colombiano que al fiscal estadounidense. Un *esnobismo extranjerizante* (González, 1991, págs. 234-235) sin precedentes en el derecho comparado, en donde el ente acusador, independiente o subordinado, carecía de tan pronunciadas potestades jurisdiccionales.

Unos años más tarde, al compás del discurso antinarcóticos y la estrategia de sometimiento a la justicia del gobierno de César Gaviria, el aparato penal colombiano sería objeto de una nueva reforma con la Ley 81 de 1993, que modificó el Decreto 2700 de 1991 para afinar el sistema de concesión de beneficios por colaboración eficaz con la justicia. Del catálogo de modificaciones introducidas por la Ley 81, se destaca el ajuste del mecanismo de la sentencia anticipada por aceptación cargos y la introducción de la audiencia especial de negociación de cargos, figuras que evocaban, respectivamente, al *guilty plea* y al *plea bargaining* estadounidenses, en la medida en que tenían como objetivo terminar anticipadamente el proceso penal a cambio de una rebaja de pena, e introducían una lógica dispositiva y consensual en el ejercicio de la persecución criminal. Esta

tendencia fue reforzada por la Ley 365 de 1997, que modificó las previsiones de la Ley 81, reduciendo el ámbito de aplicación de los beneficios por colaboración eficaz, pero ampliando su alcance y eficiencia en relación con el desmantelamiento de organizaciones criminales, pues el monto de los beneficios establecidos iba decreciendo según fuesen avanzando las etapas procesales, lo cual forzaba la obtención de delaciones desde etapas más tempranas. De allí que autores como Hartmann, Villadiego y Riego (2007) vean en estas reformas un acercamiento del modelo procesal mixto, tendencialmente inquisitivo, plasmado en el Decreto 2700 de 1991, hacia un esquema más similar al modelo adversarial estadounidense (pág. 104).

Estas y otra serie de medidas que venían siendo implementadas desde mediados de la década del ochenta, con el objetivo de promover la delación al interior de estructuras criminales, fueron concebidas como “un mal necesario”, justificado exclusivamente por el mal mayor que encarnaba la impunidad y por su carácter de respuesta coyuntural¹⁵, aunque únicamente en apariencia, pues como de forma crítica lo advierte William Fredy Pérez (2010), esta solución siguió vigente “durante las décadas siguientes, produciendo los ‘efectos no deseados’ que produce todo ‘mal necesario’” (pág. 10).

Las reformas judiciales de la primera mitad de los años noventa fueron cristalizando de modo paulatino los temores tempranos que expresaron algunos constituyentes, frente a la obsesión por implementar una Fiscalía General de la Nación de corte estadounidense. Al respecto, sobresalen las palabras de Julio Salgado Vásquez (citado en González, 1991), plasmadas en la Gaceta Constitucional número 84:

Como los colombianos tenemos franca debilidad por lo que ocurre en los Estados Unidos de América, muchos se han engolosinado con la adopción del sistema acusatorio estadounidense, y por ello, [...] se viene proponiendo insistentemente una Fiscalía General de la Nación, que sería repetición de la que funciona en Norteamérica. En las películas

15 Son anecdóticas las palabras de la Corte Constitucional en la Sentencia C-052 de 1993, cuando al pronunciarse sobre la exequibilidad del Decreto 1833 de 1992, “Por el cual se expiden normas sobre concesión de beneficios por colaboración con la justicia”, señala: “es, ciertamente, doloroso y trágico que haya sido necesario recurrir a medidas de esta clase, que están tan distantes de los principios clásicos y de las instituciones tradicionales del derecho penal, pero que son, por un desgarrador sino - respuesta a una crisis aterradora. Ojalá todo esto conduzca a la serenidad que la patria merece” (Pérez, 2010, pág. 10).

gringas siempre aparece el fiscal proponiéndole al acusado y a su defensor el nauseabundo negocio de que si el procesado confiesa la comisión de un delito, el Fiscal no lo acusaría por otras infracciones. Si esto llegara a implantarse en Colombia, habría desaparecido la Administración de Justicia y la decencia personal. (pág. 235).

Por otro lado, conocida la lógica eficientista de las reformas implementadas, no sorprende que durante el periodo comprendido entre 1992 y 1995, la USAID haya brindado cooperación técnica mediante la realización de cursos intensivos de capacitación en negociaciones, dirigidos a los funcionarios de la Fiscalía, así como también cooperación económica por vía de apoyos financieros que fueron invertidos, principalmente, “en el entrenamiento de nuevos fiscales, en el uso de técnicas de investigación avanzadas, en la protección de fiscales y jueces y en la construcción de la infraestructura de la naciente Fiscalía” (Rodríguez, 2006, pág. 451). Con todo, estas intervenciones no escaparon de los cuestionamientos de algunos sectores, como lo retrata la edición de septiembre de 1995 del periódico *Bandos* (citado en Vargas, 1998):

Ahora, los EE. UU., tras el embeleco de la “ayuda económica” que por conducto de la [USAID] brinda a la justicia colombiana y so pretexto de capacitar al personal de la Fiscalía, viene imponiendo a través de una mal llamada capacitación, la música que quiere hacer bailar a nuestros investigadores. (pág. 89).

El malestar y la crítica ya estaban brotando en los juristas locales, mientras la reforma a través de la cual se consolidaría la política procesal eficientista estadounidense aún estaba por llegar.

2.3.2. El sistema adversarial de orientación estadounidense

Durante la segunda mitad de la década del noventa, las relaciones de cooperación entre Colombia y Estados Unidos sufrieron un deterioro a raíz de las acusaciones esgrimidas contra el entonces presidente Ernesto Samper, por haber recibido financiación del narcotráfico en 1994 para su campaña presidencial, hecho que adquirió renombre en los medios bajo el nombre de *Proceso 8000*. Este acontecimiento provocó un aumento en la presión del gobierno estadounidense que exigía, más que nunca, resultados concretos frente a la lucha contra las drogas y la demora judicial (Rodríguez, 2006, págs. 453). En consecuencia, el gobierno

nacional endureció la legislación antinarcóticos y adelantó una fuerte ofensiva policial que arrojó resultados considerables en relación con la desarticulación de algunas organizaciones criminales (Uprimny, 2001b, pág. 387).

No obstante, los balances de la justicia penal seguían mostrando cifras de impunidad y morosidad alarmantes. La Fiscalía General de la Nación era tachada como un fracaso rotundo, pues no solo había multiplicado la cantidad de expedientes represados luego de cuantiosas inversiones económicas y escasos años de funcionamiento, sino que, además, era culpable de numerosas violaciones a derechos fundamentales ligadas al ejercicio de sus funciones judiciales y, más específicamente, al abuso de la detención preventiva, que se había convertido en la política de funcionamiento de la entidad, bajo una lógica donde la diferencia entre investigar y encarcelar se desdibujaba para aumentar los índices de rendimiento (Vargas, 1998, págs. 70 y ss.).

En diciembre de 1998 se comenzó a tramitar en el Congreso una reforma integral del sistema penal presentada por el otrora fiscal general de la nación, Alfonso Gómez Méndez, que se cristalizaría en el año 2000 con la expedición de las leyes 599 —Código Penal— y 600 —Código de Procedimiento Penal—. Según las motivaciones oficiales, con esta reforma se pretendía adecuar las normas sustanciales y procesales a los principios fundamentales contenidos en el bloque constitucional y unificar la legislación dispersa y la jurisprudencia, en aras de configurar un sistema penal y una política criminal armónicos¹⁶ (Granados, 1999, págs. 3-4).

Ante la oportunidad que implicaba esta nueva reforma judicial, algunos círculos con una conciencia humanista y garantista, ilusionados con la democratización de la justicia penal y el debido proceso, en conjunto con otros actores con una ideología eficientista, preocupados por configurar un proceso capaz de controlar la criminalidad, formularon la necesidad de adoptar un modelo de proceso penal de carácter acusatorio, conforme a

16 En lo que refiere al Código Penal, conviene indicar en esta oportunidad que sus contenidos responden a los lineamientos político-criminales del neoliberalismo, pues como bien lo expresa Fabio Hernández Forero (2001): “el derecho a la propiedad y los intereses de las grandes transnacionales (productoras de software, videogramas, tecnología de punta, textileras, autopartes, etc.) ha sido objeto de especial protección, satisfaciendo a quienes financian las reformas y dando realce [a] las conductas que afectan o ponen en riesgo esos intereses” (pág. 3).

sus entendimientos individuales del mismo¹⁷. No obstante, ambos sectores fueron ignorados, toda vez que la Ley 600 no introdujo modificaciones significativas en relación con la tradicional estructura procesal mixta tendencialmente inquisitiva contenida en el Decreto 2700, más allá de sistematizar las leyes y sentencias que habían sido expedidas desde 1991, y de normalizar la legislación de emergencia, en especial aquella orientada a obtener la colaboración del procesado.

En consecuencia, la reforma en nada contribuyó a aliviar las tensiones y contradicciones que campeaban en el modelo de justicia penal colombiano ni tampoco satisfizo los reclamos del gobierno estadounidense. Al contrario, según estudios presentados en el año 2011 por la Corporación Excelencia en la Justicia —CEJ—, la Ley 600 no tardó en demostrar su ineficacia que “comenzó a reflejarse en los altos niveles de inventarios, las preclusiones, la insuficiente capacidad para luchar contra la gran criminalidad y, en general, en su incapacidad para ser una herramienta efectiva para enfrentar la impunidad” (pág. 12).

A pesar de que las cifras reflejaban el bajo impacto que había tenido la intervención de la USAID en el proceso de reforma global a la justicia penal colombiana, sus programas de cooperación encontraron un nuevo impulso en la suscripción del denominado *Plan Colombia*, concebido como una estrategia de lucha contra las drogas, presentada ante Estados Unidos en septiembre de 1999 por el gobierno de Andrés Pastrana y aprobada a mediados del año 2000 (Rodríguez, 2006, págs. 453-454). De acuerdo con el balance elaborado por el Departamento

17 Por parte de los primeros se afirmaba que “el cambio requerido por nuestra administración de justicia debe partir de una concreta y plena aplicación de los principios que informan el llamado ‘Sistema Acusatorio’ (presunción de inocencia, debido proceso, intermediación, oralidad, publicidad, contradicción, confrontación, etc.), para lo cual es prerequisite una simplificación de las formas procesales, una mayor celeridad en la toma de decisiones, un incremento sustancial del nivel de participación de la comunidad en las diferentes etapas y, sobre todo, una clara delimitación de los roles y responsabilidades de los grandes actores del proceso penal: Policía, Fiscalía, jueces, defensores y víctimas” (Granados, 1999, pág. 4). En contraste, y como se ha indicado en páginas anteriores, los segundos privilegiaban la terminación anticipada del proceso penal, siendo indispensable para ello introducir un aumento de las penas que brindara un margen de negociación más amplio y establecer un severo régimen de restricción de libertades que permitiera presionar y neutralizar a los individuos desde etapas tempranas.

Nacional de Planeación —DNP— y la Dirección de Justicia y Seguridad —DJS— (2006), el *Plan Colombia* consistía en

una estrategia integral de cooperación bilateral, cuyo objetivo general es combatir las drogas ilícitas y el crimen organizado, para así contribuir a la reactivación económica y la consecución de la paz en Colombia, al tiempo que se fortalece el control sobre la oferta de drogas ilícitas en las calles norteamericanas. (pág. 10).

En virtud del *Plan Colombia*, el gobierno estadounidense brindó fondos destinados principalmente a la asistencia militar, y financió políticas de fortalecimiento institucional a través de la USAID. Dentro de las ayudas figuraba un ambicioso plan de reforma judicial proyectado hasta el año 2006, mediante el cual se buscaba implementar un modelo acusatorio que remediara las tensiones y contradicciones del modelo mixto inquisitivo, señaladas como culpables de la precaria capacidad investigativa del sistema judicial y la consecuente pervivencia del diagnóstico de crisis (DNP y DJS, 2006, págs. 35-36).

En ese orden de ideas, en abril de 2002 fue presentado por los entonces ministros del interior y de justicia Armando Estrada Villa y Rómulo González Trujillo, respectivamente, a solicitud de Luis Camilo Osorio, fiscal general de la nación, un proyecto de reforma constitucional que culminó en la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002. De acuerdo con las motivaciones oficiales del proyecto, consignadas en la Gaceta del Congreso 134 de 2002, con dicha reforma se buscaba dotar al país de un proceso penal “moderno, ágil, eficiente y respetuoso de los derechos de los sindicados y de las víctimas, quedando a la vanguardia de los sistemas comparados de procesamiento criminal”. Para ello se postuló como necesidad primordial la de “fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación”, en el marco de un profundo cuestionamiento por la eficiencia de la persecución penal, que también vino acompañado de otra serie de preocupaciones situadas en una línea de pensamiento más garantista, entre ellas, adecuar la estructura del proceso de acuerdo con los contenidos de los tratados de derechos humanos y el bloque de constitucionalidad, hacer del juicio oral con inmediación el escenario procesal protagónico en reemplazo de la fase de investigación, y promover el respeto por la libertad del procesado.

Estas motivaciones se concretaron en la reforma de los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución, cuyas modificaciones centrales, de cara a lo que fue el desarrollo legal ulterior, pueden resumirse en las siguientes: i) la introducción del juez de control de garantías como funcionario encargado de decretar e impartir legalidad a las medidas aflictivas de derechos fundamentales; ii) la correlativa supresión de varias potestades judiciales de la Fiscalía, como la tan cuestionada facultad de imponer la medida de aseguramiento, a pesar de que se conservaron otras, como la captura excepcional o la posibilidad de ordenar allanamientos e interceptaciones de comunicaciones con un dudoso control judicial posterior; y iii) la creación de un principio de oportunidad reglado, según el cual el ente acusador quedaba facultado para suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de persecución penal en los casos que determinara la ley y con sometimiento a control judicial posterior.

Tales lineamientos fueron desarrollados en el año 2004 por la Ley 906, tramitada a instancia del fiscal general de la nación, Luis Camilo Osorio, durante la administración de Álvaro Uribe. La exposición de motivos de esta ley, asentada en la Gaceta del Congreso 339 de 2003, se articuló sobre un discurso de tendencia garantista, que se reflejó de manera afortunada en diversos aspectos de la regulación, entre ellos: el protagonismo que adquirieron la intermediación y la contradicción en relación con la práctica de pruebas en el juicio oral, la correlativa proscripción de la permanencia de la prueba recolectada en la etapa de investigación, la separación formal entre las funciones de acusar y juzgar, y el desarrollo de un principio de oportunidad reglado que matiza la obligatoriedad de la persecución penal para ajustar su ejercicio a criterios más razonables de conveniencia y lesividad. Estos, entre otros aspectos, sin duda alguna significaron un avance en relación con los tradicionales modelos de tendencia inquisitiva que habían campeado en el ordenamiento jurídico colombiano.

Empero, estos avances fueron ensombrecidos por otra serie de dinámicas que, si bien no figuran en las motivaciones oficiales —más enfáticas en resaltar los pasos en la senda garantista—, terminaron convirtiéndose en el verdadero y soterrado epicentro del proceso penal. Así, buscando compensar los déficits investigativos del sistema judicial, el legislador de la Ley 906 optó por fortalecer los mecanismos de negociación y aceptación de cargos como formas abreviadas de terminación del proceso, siguiendo

la orientación estadounidense vigente en el ordenamiento jurídico colombiano desde inicios de la década del noventa. Adicionalmente, esta reforma se fundió con el aumento generalizado de penas introducido con anterioridad por la Ley 890 de 2004¹⁸ y con el posterior afinamiento que sufrió la privación de la libertad mediante la Ley 1142 de 2007¹⁹, para edificar una fórmula eficientista que se resume en “el proceso como condena y la condena sin proceso”²⁰ (Sotomayor, 2008, pág. 97), y que puede explicarse en los siguientes términos:

Hoy el proceso penal cumple unas funciones distintas. Ya éste no es el lugar privilegiado para investigar; la investigación normalmente se desarrolla antes del proceso y éste se ha convertido en un espacio de negociación por excelencia. Lo que realmente haya ocurrido pasa a un segundo plano y lo importante es lo que el sindicado esté dispuesto a reconocer y la información que pueda suministrar al aparato penal. ¿Qué va a reconocer? ¿Qué información puede entregar? ¿Qué

-
- 18 Entre otras modificaciones, la Ley 890 “aumentó el máximo de la pena de prisión hasta los 60 años en caso de concurso de delitos y hasta los 50 para los delitos en particular”; incrementó la pena mínima en una tercera parte, y la máxima en una mitad, con el objetivo central de abonar el terreno para el fortalecimiento de la negociación de cargos y pena entre la Fiscalía y el procesado. “Se trataba simple y llanamente de ‘aceitar’ de manera adecuada la máquina eficientista de producción de condenas en que desde un comienzo se ha querido convertir el proceso acusatorio, para lo cual se requería entonces disponer de unas penas lo suficientemente altas para constreñir al imputado a negociar o a la aceptación de cargos. O simplemente, con el argumento de que al finalizar las rebajas, la pena siga siendo de alguna manera proporcional al delito cometido” (Sotomayor, 2008, pág. 102).
- 19 Además de ampliar los presupuestos para la detención preventiva, la Ley 1142 de 2007 aumentó las penas para algunos delitos, introdujo un relajamiento de los términos para poner al capturado a disposición del juez de control de garantías, eliminó la presentación personal del capturado, revivió la captura excepcional que había sido declarada inexecutable en la Sentencia C-1001 de 2005 y prohibió la concesión de beneficios y subrogados por sentencias anteriores, entre otras medidas (Vélez, 2012, págs. 109 y ss.). Esta ley “supone un paso muy importante en la institucionalización de la ideología eficientista [...] porque con toda claridad se trata de una reforma que se hizo con la única finalidad de facilitar la detención en el sistema acusatorio [...]. Pero no se crea que se trata de un objetivo oculto o algo por el estilo; todo lo contrario, la propuesta reivindica abiertamente tal ideología, hasta el extremo de calificar como ‘impunidad’ la no imposición de la detención preventiva” (Sotomayor, 2008, pág. 103).
- 20 Para los años 2006 y 2007, en Bogotá, en Medellín y en otros municipios en los cuales había entrado en vigencia la Ley 906, las estadísticas mostraban que cerca de un 70% de los reclusos ostentaban la calidad de detenidos, mientras cerca de un 80% de las sentencias condenatorias estaban fundadas en la aceptación de cargos, en contraste con el 29% del sistema anterior (Sotomayor, 2008, págs. 97-102).

colaboración puede ofrecer para intervenir organizaciones criminales? Son preguntas más importantes que aquella tradicional de ¿qué ha hecho? De la respuesta a esas preguntas depende la sanción o, inclusive, la no imposición de ninguna pena. Por eso se ha dicho con razón, que hoy en día la pena no depende tanto del delito como de la conducta observada por el sindicado en el proceso penal. Su resistencia, puede llevarlo a una pena muy drástica, pero su colaboración efectiva puede abrirle las puertas de la cárcel en pocos días (González, 2010, pág. 106).

Esto no es fortuito, pues en lugar de inspirarse en las motivaciones garantistas sostenidas por los sectores oficiales, la reforma introducida por la Ley 906 hundía sus raíces en la agenda belicista del *Plan Colombia*, y bebía de la política criminal neoliberal de *Seguridad Democrática* promovida por el gobierno de Álvaro Uribe, que veía en la idea de una justicia penal eficiente, un poderoso instrumento de guerra contra el terrorismo, que luego de los eventos del 11 de septiembre de 2001 se perfiló como un nuevo enemigo de turno dispuesto a servir, junto con la delincuencia organizada del narcotráfico, como consigna justificatoria para la adopción de medidas autoritarias (Iturralde, 2010, págs. 51-52).

Este discurso securitario, cimentado sobre las promesas uribistas en torno a la defensa del orden público, la recuperación de la confianza inversionista y la consecución de cohesión social (Iturralde, 2010, pág. 313), se acompasaba de forma impecable con las preocupaciones del gobierno estadounidense en torno a la relación entre seguridad y desarrollo del mercado. De manera que

la lucha agresiva que el sistema acusatorio emprende contra la criminalidad, el mantenimiento de la justicia especializada para el conocimiento de los delitos que más preocupan al gobierno estadounidense, la búsqueda a ultranza del restablecimiento del orden público y el reforzamiento de la protección de la propiedad privada, constituirían funciones encomendadas al nuevo sistema acusatorio y, a la vez, muestras palpables del esfuerzo del gobierno colombiano por defender y estimular la inversión norteamericana. (Gonzaga, 2012, pág. 57).

Dicho lo anterior, no es extraño el beneplácito de Estados Unidos hacia la reforma procesal penal colombiana ni tampoco lo son las amplias contribuciones brindadas por la USAID en materia de infraestructura física, tecnología y actividades de capacitación en técnicas de juicio oral, para apoyar la modernización de la justicia criminal (Rodríguez, 2006, págs. 429-442).

Luego de esta sucinta mirada, es posible advertir el rol activo que han tenido los postulados eficientistas del neoliberalismo estadounidense, en el marco de un impositivo y extendido fenómeno de estandarización global de la justicia penal, alineado con otros fenómenos de homogenización que alcanzan diversos rincones de las esferas económica, política y social. Este panorama resulta desalentador, al no existir dudas de que las políticas de intervención de la USAID se han orientado a privilegiar la guerra antinarcóticos y antiterrorista, así como la protección del mercado y del capital, dejando en vilo cualquier promesa de solucionar los problemas reales de la justicia penal colombiana y satisfacer los reclamos de la ciudadanía.

* * *

Identificados ya los discursos que atraviesan las transformaciones recientes de la justicia penal colombiana y la manera en cómo estos se concretan en institutos procesales específicos, se debe abordar ahora el sendero de emergencia y cristalización de la acusación penal privada, partiendo de un cuestionamiento por las líneas de poder que han intervenido de manera determinante en su configuración final, e indagando por el rol que esta desempeña en el contexto político, social e institucional de la reforma judicial.

La desmonopolización de la persecución penal: una reconstrucción

A pesar del acentuado carácter eficientista del esquema procesal penal regulado en la Ley 906 de 2004, el diagnóstico de crisis no variaría mucho en los tiempos siguientes. En efecto, apenas dos años después de su implementación, Uprimny, Rodríguez y García (2006, págs. 288-289) ya sugerían que aun cuando el sistema de tendencia acusatoria estaba teniendo un balance inicial positivo en materia de celeridad, la verdad era que el mismo no se debía en mayor medida a la eficiencia en la investigación y al juicio oral, sino a que los procesados estaban aceptando los cargos, sobre todo en delitos de bajo impacto social, así como también al hecho de que los esfuerzos del ente acusador se concentraban en casos de fácil investigación y menor lesividad.

Esta sospecha temprana sería confirmada por algunos estudios realizados en años posteriores, destacándose, por ejemplo, los resultados del proyecto de seguimiento a la reforma procesal penal en Colombia, presentados por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas —CEJA—, en los que se pone de presente la inadecuada gestión de las causas por parte de la Fiscalía y su incidencia en la efectividad de las labores investigativas (Hartmann, Villadiego y Riego, 2007). En igual sentido se encuentran los balances del funcionamiento del sistema penal acusatorio, elaborados por la CEJ en cooperación con la USAID, en los cuales se indica que la congestión padecida por el ente acusador funge como una de las causas principales de la ineficiencia de la justicia penal (CEJ, 2011, 2012 y 2015).

Ante la diagnosticada incapacidad del ente acusador para ejercer adecuadamente sus labores de investigación y persecución penal, los reformadores colombianos debían elegir entre dos alternativas. La primera implicaba fortalecer directamente las capacidades de la Fiscalía General de la Nación, mediante una inyección de recursos financieros, técnicos y humanos, destinados a mejorar su infraestructura. Pese a ello, esta solución resultaba poco atractiva, toda vez que era costosa y la experiencia doméstica ya había puesto en duda su eficacia.

Por su parte, la segunda alternativa le apostaba a desmonopolizar el ejercicio de la persecución penal radicado en cabeza de la Fiscalía, con el propósito de redistribuir su carga de trabajo y descongestionar sus despachos, facilitando la implementación de estrategias eficientes de gestión y priorización de casos. Sin lugar a dudas, esta opción se mostraba como un remedio más llamativo, pues no solo era mucho más asequible, pudiendo incluso reducir los costos inherentes a la lucha contra la criminalidad, sino que también se alineaba con la tendencia vigente en el derecho comparado, donde era común hallar mecanismos procesales de acusación privada, directa o por conversión, aplicables frente a conductas de baja lesividad en el marco de procedimientos especiales simplificados²¹.

Con ocasión de sus virtudes, no sorprende que la desmonopolización haya logrado cautivar el imaginario de los reformadores locales, iniciando así el recorrido por un peculiar camino repleto de tropiezos, tensiones e inflexiones, que concluiría con la expedición de la Ley 1826 de 2017. Teniendo en cuenta la instancia discursiva en la que se han fraguado y desarrollado las reformas recientes a la justicia penal colombiana, así como las fuerzas e intereses particulares que las han impulsado, a continuación se busca reconstruir el trayecto de la desmonopolización de la persecución penal, con el objetivo de identificar, tal y como se ha procurado en los capítulos anteriores, las líneas de poder que subyacen tras la emergencia y configuración final de la acusación privada en el ordenamiento jurídico colombiano.

21 Quizá el ejemplo más célebre sea el modelo español de acusación privada directa. Sin embargo, en esta oportunidad resulta más llamativo el variopinto panorama latinoamericano, en el que se encuentran la querrela particular peruana, el procedimiento por acusación privada venezolano, el sistema de conversión guatemalteco, los sistemas de acusación privada directa y por conversión costarricenses, la acusación privada chilena, etcétera.

3.1. Los cimientos constitucionales de la desmonopolización

El primer paso en el trayecto de la desmonopolización de la persecución penal sería dado con la expedición de la Ley 1153 de 2007, denominada comúnmente como *Ley de pequeñas causas* —nombre que hoy comparte la Ley 1826 de 2017—, fruto del Proyecto de Ley 088 presentado en el año 2006 por los entonces ministro del Interior y de Justicia, Sabas Pretelt, y fiscal general de la nación, Mario Iguarán. Dentro de los propósitos oficiales de esta ley aparecía el de salvaguardar el derecho de las víctimas a obtener una justicia pronta y cumplida. Sin embargo, esta intención sería opacada por una razón más instrumental: hacer frente a la criminalidad de menor impacto, acusada de ser una de las causas primigenias de la congestión de los despachos de la Fiscalía (Gaceta del Congreso 307 de 2006).

Para tal efecto, algunas conductas punibles de menor lesividad, compuestas principalmente por algunas modalidades de lesiones personales y de hurto, fueron catalogadas como contravenciones, asignándoseles, en consecuencia, un tratamiento procesal diferenciado, según el cual debían instruirse ante jueces de pequeñas causas a través de un procedimiento contravencional simplificado, compuesto por una audiencia preparatoria y otra de juzgamiento. La piedra angular de esta ley era la posición que la Policía Nacional ocupaba como ente encargado de las tareas de indagación e investigación, facilitando que la Fiscalía se concentrara en los casos de delincuencia organizada y en los delitos de mayor gravedad y complejidad.

Paradójicamente, fue dicha delegación de funciones el factor que marcó el declive de la Ley 1153. Así, en la Sentencia C-879 de 2008, la Corte Constitucional determinó que, si bien las conductas objeto de aplicación de la ley eran contravenciones en un sentido formal, materialmente revestían todas las características de un delito, lo cual impedía que el legislador le asignara a la Policía Nacional las funciones de indagación e investigación, ya que ello implicaría ceder el monopolio de la persecución penal radicado en cabeza de la Fiscalía por mandato del artículo 250 de la Constitución. Teniendo en cuenta que designar a la Fiscalía para realizar dichas tareas rompía con el objetivo de descongestionar que inspiró el sistema de pequeñas causas, y que el mismo no podía operar sin un

órgano competente para realizar tal función, la Corte optó por declarar inexecutable todo el cuerpo legal²².

Este panorama motivó la introducción de una reforma constitucional que permitiera desmonopolizar el ejercicio de la persecución penal, lo que dio como resultado la expedición del Acto Legislativo 06 de 2011, formulado con los objetivos de “reducir la congestión judicial y darle una respuesta efectiva a las víctimas” (Gaceta del Congreso 206 de 2011). En virtud de esta reforma, se incluyó un nuevo párrafo en el artículo 250 de la Constitución, mediante el cual se facultó al legislador para delegar el ejercicio de la persecución penal en particulares y autoridades administrativas, con apego a dos limitaciones: por un lado, la desmonopolización debía obedecer a la naturaleza del bien jurídico o²³ la menor lesividad de la conducta punible; y, por el otro, la Fiscalía General de la Nación debía conservar, en todo caso, el ejercicio preferente de la persecución penal.

3.2. Propuestas y tensiones en el desarrollo legal

Una vez abierta la posibilidad constitucional de delegar el ejercicio de la persecución penal, el Ministerio de Justicia y de Derecho creó por medio de la Resolución 0111 del 20 de febrero de 2012, la Comisión Asesora

22 Luego de la declaratoria de inexecutable de la Ley 1153, el gobierno Uribe anunció a través del Ministerio del Interior y de Justicia que presentaría un nuevo proyecto de ley de similares características, pero en el cual las funciones de indagación e investigación estarían en cabeza de la Fiscalía. Esta intención se cristalizó en el Proyecto de Ley 23 de 2009 en Senado y 152 de 2010 en Cámara, el cual fue archivado por falta de trámite, siendo tildado como un intento inútil por solucionar la congestión de la Fiscalía, pues mantenía su competencia frente a tales delitos y establecía un trámite similar al previsto por la Ley 906 (CEJ, 2012, pág. 15).

23 La redacción original del Acto Legislativo utilizaba la copulativa “y” en lugar de la disyuntiva “o”. Sin embargo, esto fue modificado por el Decreto 379 de 2012, aduciendo la existencia de un error de transcripción al momento de publicar el Acto Legislativo en la Gaceta el Congreso 895 de 2011, pues era claro que en el quinto debate se había decidido utilizar la letra “o” en lugar de la “y”, con el objetivo de “separar los criterios o principios a tener en cuenta por parte del legislador, para asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación, de una parte la naturaleza del bien jurídico protegido, y de otra la menor lesividad de la conducta punible, asuntos con un significado diferente, que a nuestro juicio debe ser analizado de manera independiente y valorado facultativamente en tanto sus implicaciones penales son distintas” (Gaceta del Congreso 598 de 2011).

para la Desmonopolización de la Acción Penal —CADAP—, con la finalidad de estudiar con profundidad el tema y formular propuestas. Pese a la intermitencia y corta duración de sus actividades, habiendo sido suprimida el 23 de mayo de 2014 a través de la Resolución 0255, lo cierto es que las discusiones allí surtidas fueron un insumo de gran valor para el desarrollo ulterior de la acusación privada.

La CADAP estuvo integrada por célebres expertos nacionales con conocimientos en derecho comparado²⁴, al igual que por agentes institucionales que representaban la postura político-criminal oficial, y por algunos miembros de la CEJ que, si bien pudieron actuar como canalizadores de los intereses de las élites económicas en virtud de la relación de esta organización con importantes grupos empresariales nacionales²⁵ y algunos organismos internacionales²⁶, la verdad no tuvieron una intervención muy activa en las reuniones, más allá de plantear su preocupación por la descongestión de la Fiscalía y por la constitucionalidad de la figura estudiada, lo cual no obstó para que otros miembros de la CADAP cuestionaran la pertinencia de su participación (Acta 17 del 12 de agosto de 2013).

Al compás de los criterios establecidos en el Acto Legislativo 06 de 2011, la mayoría de las discusiones al interior de la CADAP orbitaron en torno a dos asuntos centrales: qué conductas debían ser objeto de la desmonopolización y qué mecanismo se utilizaría para materializarla. En relación con la primera cuestión, la mayoría coincidió en señalar que la desmonopolización debía reservarse para las conductas querellables y para las perseguibles de oficio en que no procediera la detención preventiva en

24 Al respecto, se encuentran Eduardo Montealegre Lynett, Jaime Bernal Cuéllar, Miguel Córdoba Angulo, Julio Andrés Sampredo Arrubla, Ricardo Posada Maya y Óscar Julián Guerrero; todos ellos designados en el artículo 2 de la Resolución 0111 de 2012.

25 Dentr de los benefactores y patrocinadores de la CEJ se encuentran: Argos, Bavaria, BBVA, *El Tiempo*, el Grupo Bolívar, el Grupo Sura y la Organización Luis Carlos Sarmiento Angulo, entre otros, varios de los cuales conforman la junta directiva de dicha entidad.

26 En efecto, la relación entre la USAID y la CEJ es particularmente estrecha, no solo en materia de financiación internacional, sino también respecto a la realización de eventos y la publicación de estudios sobre la reforma a la justicia penal, en los cuales se agradece expresamente el apoyo de la USAID; verbigracia, el foro *Reforma del sistema penal colombiano* organizado en marzo de 1999, o el trabajo *Balance diez años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia* publicado en el 2015.

establecimiento carcelario (Acta 11 del 16 de julio de 2012). Frente a la segunda cuestión, se optó por incorporar un sistema de conversión reglado, conforme al cual sería la Fiscalía la llamada a autorizar a la víctima y a las autoridades que determinara la ley, para llevar adelante la persecución penal en el marco de un procedimiento penal abreviado (Acta 8 del 21 de mayo de 2012).

Mientras se surtían las primeras discusiones en la CADAP, en marzo de 2012 se radicó el Proyecto de Ley 209 en Cámara, elaborado por los representantes Germán Navas, Guillermo Rivera y Alfonso Prada (Gaceta del Congreso 133 de 2012). Esta propuesta, bastante simple y escasamente motivada, veía en la desmonopolización un mecanismo de control ciudadano y de sanción a la inactividad del ente acusador, en virtud del cual se habilitaba a las víctimas por intermedio de apoderado, al ICBF y a los órganos de control del Estado, para ejercitar la persecución penal frente a cualquier conducta punible, en el evento en que la Fiscalía no hubiese formulado la imputación de cargos luego de pasado un año desde la presentación de la denuncia y una vez se contara con la autorización del juez competente.

Este proyecto recibió fuertes críticas por parte de los integrantes de la CADAP (Acta 3 del 12 de abril de 2012), quienes consideraban que concebir la desmonopolización en términos de una sanción no solo iba en contravía del espíritu del Acto Legislativo 06, sino que también tenía indeseables consecuencias en la práctica, donde, a veces, la complejidad de los casos exigía labores investigativas extensas. En ese orden de ideas, la CADAP se opuso a su trámite e intentó persuadir a sus autores para que retiraran la propuesta. No obstante, estos se negaron a hacerlo, poniendo de relieve la ineficacia de la Fiscalía y exhibiendo un profundo malestar por los índices de impunidad (Acta 6 del 9 de mayo de 2012).

Con todo, el Proyecto de Ley 209 fue archivado en julio de 2012 durante el tránsito de legislatura por falta de trámite; pero a los pocos días fue radicado en su lugar el Proyecto de Ley 047, confeccionado por los mismos congresistas con la finalidad de ofrecer a las víctimas un mecanismo eficaz de acceso a la justicia (Gaceta del Congreso 481 de 2012). Este nuevo proyecto se acercaba a la postura adoptada por la CADAP, en la medida en que contemplaba un sistema de conversión reglado que le permitía a la víctima, por intermedio de un abogado o de un estudiante de consultorio jurídico, ejercitar la persecución penal frente delitos de menor lesividad

en el marco de un procedimiento especial de cinco audiencias, una vez se contara con el aval de la Fiscalía y se efectuara el control judicial respectivo. No obstante, también incorporaba elementos del proyecto anterior, al establecer que la conversión podría solicitarse frente a cualquier delito si luego de transcurridos dos años desde la presentación de la denuncia no se había celebrado la audiencia de imputación de cargos.

Nuevamente, la propuesta de los representantes fue objeto de severas críticas por parte de los miembros de la CADAP (Acta 12 del 3 de septiembre de 2012), quienes esta vez se mostraron bastante disgustados, pues además de que el proyecto era un mal plagio, en su exposición de motivos se adujo falazmente que era fruto de las recomendaciones de la CADAP. Junto a las críticas también aparecieron preocupaciones en torno a la corrupción que estaba permeando el trámite del proyecto en el Congreso, ya que algunos sectores privados estaban mostrando un interés particular en la propuesta, en especial algunos bufetes de abogados que veían en la desmonopolización de la persecución penal una valiosa fuente de enriquecimiento.

Buscando hacer frente a esta situación, la CADAP decidió estudiar a fondo el Proyecto de Ley 047 para presentar una objeción por inconveniencia (Acta 15 del 29 de noviembre de 2012). Sin embargo, dicha empresa fue suspendida a inicios del año 2013 (Acta 16 del 23 de enero de 2013), con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad que fue presentada contra el Acto Legislativo 06 de 2011, acusándolo de haber sustituido un elemento esencial de la Carta Política. Ante dicho cuestionamiento, en la Sentencia C-433 de julio de 2013 la Corte respondió con un fallo inhibitorio por ineptitud de la demanda, lo cual no fue óbice para indicar que el monopolio de la persecución penal no era un elemento esencial, pues ya existían excepciones al mismo, tales como: las funciones de investigación penal ejercidas por la Cámara de Representantes y las instrucciones efectuadas por la justicia penal militar; también, que la desmonopolización de la persecución penal fungía como una respuesta plausible frente a la necesidad política y social de solucionar los altos índices de congestión e impunidad.

Aprovechando el estancamiento que sufrió el Proyecto de Ley 047, producto de la demanda de inconstitucionalidad, los integrantes de la CADAP decidieron presentar ante el Congreso una propuesta diferente (Acta 17 del 12 de agosto de 2013) y, a la postre, plantearon la conveniencia

de trabajar de manera conjunta con la Fiscalía General de la Nación, que en ese momento estaba diseñando un proyecto de reforma a la Ley 906 de 2004 (Acta 18 del 27 de agosto de 2013). Como resultado, el Representante a la Cámara por el Partido de la U, Hernán Penagos, radicó en octubre de 2013 el Proyecto de Ley 126, en cuyo articulado se tocaban algunos aspectos del proceso penal²⁷ y se incluía una propuesta para el desarrollo de la figura del acusador privado que recogía las ideas de la CADAP, contemplando un sistema de conversión reglado, cuyo ámbito de aplicación se restringía a las conductas querellables y a las contenidas en el Título VII bis del Código Penal, referido a la protección de la información y los datos²⁸ (Gaceta del Congreso 840 de 2013).

Pese a los esfuerzos invertidos, el Proyecto de Ley 126 de 2013 no alcanzó ni siquiera a cruzar el primer debate, siendo archivado en el tránsito de legislatura de julio de 2014, junto con el controvertido Proyecto de Ley 047 de 2012, luego de estar inactivo por casi dos años y apenas haber logrado su aprobación en el primer debate. Ante el archivo de ambos proyectos, en septiembre de 2014 Hernán Penagos radicó una nueva propuesta consignada en el Proyecto de Ley 102, el cual no se diferenciaba mucho de su antecesor, más allá de expulsar los delitos contenidos en el Título VII bis del Código Penal del ámbito de aplicación de la acusación privada (Gaceta del Congreso 514 de 2014).

A dicho proyecto se sumó una de las iniciativas más completas para desarrollar la figura del acusador privado, de la mano del Proyecto de Ley 224, radicado en abril de 2015 en Cámara (Gaceta del Congreso 205 de 2015). En contraste con las anteriores propuestas, que eran de origen legislativo, esta fue elevada por la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio de Justicia, encabezados, respectivamente, por los afamados

27 Se destaca, por ejemplo, la sustitución de la audiencia de imputación por un acto de comunicación mediante el cual se realizaría la primera vinculación formal del investigado al proceso.

28 Cabe resaltar que en este proyecto también se planteaba la posibilidad de que la víctima pudiera ejercer la acusación privada a través de un abogado asignado por la Defensoría del Pueblo cuando careciera de recursos económicos. Esta solución, que solo aparecería en este proyecto, respondía a las preocupaciones en torno al acceso a la justicia exhibidas por algunos integrantes de la CADAP; pero era criticada por la CEJ, que veía en ella una distorsión en el rol de las instituciones, pues ahora el Estado acusaría, no a través de la Fiscalía General de la Nación, sino de la Defensoría del Pueblo.

penalistas Eduardo Montealegre Lynett y Yesid Reyes Alvarado, en conjunto con el representante Hernán Penagos. En el cuerpo de este extenso proyecto se desarrollaba una reforma profunda e integral a la Ley 906 de 2004²⁹, destacándose la introducción de una triada concatenada de instituciones, conformada por un régimen de contravenciones penales, un procedimiento abreviado y un sistema de conversión reglado mediante el cual se podía ejercitar la acusación privada.

Con ocasión del tránsito de legislatura, esta propuesta fue archivada, corriendo la misma suerte que el Proyecto de Ley 102 de 2014. No obstante, su contenido fue reproducido fielmente por el Proyecto de Ley 021, presentado en julio de 2015 en Cámara, esta vez a instancia de Eduardo Montealegre y Hernán Penagos (Gaceta del Congreso 512 de 2015). Por su parte, en agosto del mismo año, Yesid Reyes elevó a consideración del Senado el Proyecto de Ley 048, cuyo articulado se centraba exclusivamente en la introducción de la triada de contravenciones penales, procedimiento abreviado y acusador privado (Gaceta del Congreso 591 de 2015). Esta estrategia rindió frutos, ya que en contraste con el estancamiento que padeció el Proyecto de Ley 021 luego de ser aprobado en el primer debate, la propuesta del ministro avanzó rápidamente por el Senado, llegando a la Cámara de Representantes a finales de 2015 bajo la figura del Proyecto de Ley 171, y culminando en la expedición de la Ley 1826 en enero de 2017, luego de sufrir una profunda y sospechosa reforma en el interregno de su trámite legislativo.

29 Los aspectos más importantes de la reforma eran: i) la eliminación de la audiencia de imputación y su sustitución por un acto de comunicación, ii) el fortalecimiento de los mecanismos de terminación anticipada del proceso y la justicia premial, iii) la introducción de la investigación y la prueba de contexto, iv) la supresión del fundamento sustancial para reclamar los perjuicios derivados de la conducta punible al interior del proceso penal y del incidente de reparación integral, v) la regulación de la figura de la impugnación excepcional según el mandato de la Corte Constitucional en la Sentencia C-792 de 2014, y vi) la inclusión de instrumentos para el sometimiento de organizaciones criminales (Gaceta del Congreso 205 de 2015). Si bien esta reforma contenía elementos saludables, como el fortalecimiento de algunos mecanismos de justicia restaurativa o la regulación de la impugnación excepcional, lo cierto es que la misma se articulaba sobre una idea central: mejorar la capacidad del proceso penal para enfrentar al crimen organizado. Para ello se echaba mano de la tradicional pretensión de eficiencia y descongestión a través de la eliminación de la audiencia de imputación y el fortalecimiento de los mecanismos de terminación anticipada, pero también se incluían novedosos —y peligrosos— mecanismos procesales, como la investigación y la prueba de contexto.

3.3. La modificación durante el trámite legislativo

La propuesta inicial del ministro de justicia se estructuraba a partir de tres mecanismos que funcionaban de manera interdependiente. El primero de ellos era un régimen de contravenciones penales, con el cual se buscaba desarrollar, en la parte especial del Código Penal, su artículo 19, que clasificaba las conductas punibles en delitos y contravenciones, partiendo de la clásica distinción dogmática ligada a criterios de lesividad. De tal suerte, se planteaba la introducción de un nuevo libro en el Código Penal, en el que se agruparían todas las conductas de menor lesividad contempladas como delitos en el Libro Segundo, y se recategorizarían como contravenciones penales. A efectos de determinar cuáles delitos eran de baja lesividad, se tomaba como base la lista de conductas querellables, dejando de lado el otro criterio propuesto por la CADAP, relativo a la improcedencia de la detención preventiva en establecimiento carcelario.

Al desarrollar las contravenciones penales como una categoría delineada e independiente, cobraba sentido la idea de asignarles un tratamiento procesal diferenciado que diera cuenta de su escasa lesividad, según se afirma en la parte motiva del proyecto. En ese orden de ideas, se planteaba como segundo mecanismo un procedimiento especial abreviado con una acentuada estructura bifásica, conformado esencialmente por una audiencia de preparación de la causa y otra de práctica de pruebas.

Por último, la idea de asignar un tratamiento procesal diferenciado mediante un esquema de enjuiciamiento abreviado a una serie de conductas punibles de menor lesividad, sentaba las bases para la introducción del tercer mecanismo: un sistema de acusación privada por conversión, según el cual la víctima de una contravención penal podía ejercitar la persecución punitiva, una vez obtuviera la autorización de la Fiscalía conforme a las circunstancias del caso. La legitimación para solicitar la conversión y fungir como acusador privado emanaba de la calidad de querellante legítimo, criterio este que guardaba simetría con el utilizado para definir las contravenciones penales y, por ende, el ámbito de aplicación del procedimiento abreviado y la acusación privada. Se cumplía así con la meta última del proyecto que era desarrollar la desmonopolización de la persecución penal, a tenor de lo dispuesto en el Acto Legislativo 06 de 2011.

Esta propuesta inicial, de suyo bastante coherente, avanzó por los dos debates en Senado (Gacetas del Congreso 624 y 775 de 2015), siendo aprobada en plenaria a finales de noviembre de 2015, sin mayores contratiempos y con pocas modificaciones sustanciales, más allá de algunos cambios puntuales en relación con la redacción de algunas disposiciones, la corrección de errores, la incorporación de una censurable presunción de peligrosidad para la imposición de la medida de aseguramiento y la introducción de algunos delitos dentro del ámbito de aplicación del procedimiento abreviado y la acusación privada, como la inasistencia alimentaria y la violencia contra servidor público (Gaceta del Congreso 1016 de 2015).

No obstante, la historia sería diferente durante su tránsito por la Cámara de Representantes, produciéndose un importante punto de inflexión a partir de tres cuestionamientos planteados por el otrora fiscal general de la nación, Néstor Humberto Martínez Neira, en el marco del primer debate de proyecto, iniciado en agosto de 2016 (Gaceta del Congreso 659 de 2016). En primer lugar, señaló la existencia de una supuesta confusión conceptual entre las categorías de contravención, ligada a criterios sustanciales de lesividad, y de querrela, abocada a consideraciones de naturaleza procesal. En segundo lugar, indicó que la modificación introducida por el Acto Legislativo 06 de 2011 permitía extender los “beneficios” de la acusación privada a otra serie de conductas de naturaleza económica, verbigracia, delitos informáticos y delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Y, en tercer lugar, puso de relieve la necesidad de incorporar un mecanismo que le permitiera al acusador privado acreditar la existencia de perjuicios y obtener su pago de manera eficiente en el mismo seno del procedimiento abreviado, dejando atrás el ineficaz y obsoleto incidente de reparación integral, cuya eliminación ya había sido propuesta en otros proyectos de reforma al proceso penal.

Con ocasión de esta serie de cuestionamientos, se creó una subcomisión integrada por miembros del Congreso, de la Fiscalía y del Ministerio de Justicia, con la finalidad de estudiar y formular modificaciones al proyecto. Como resultado de las reuniones, en septiembre de 2016 la subcomisión presentó un informe ante la Cámara (Gaceta del Congreso 754 de 2016) que contenía un articulado sustitutivo de la ponencia, producto del acuerdo de sus integrantes. Esta propuesta incluía numerosas modificaciones, dentro

de las cuales se encontraban: el aumento de los términos para conceder la libertad en el procedimiento abreviado, la adición de tres supuestos de improcedencia de la conversión, la introducción de dos causales de reversión, la posibilidad de que el acusador privado fuera representado por estudiantes de consultorios jurídicos y la consagración de una lista taxativa de actos de investigación complejos realizables únicamente a través de la Fiscalía.

Con todo, el cambio más radical estuvo dado por la supresión del régimen de contravenciones penales, aduciéndose al respecto que la recategorización de las conductas punibles no solamente estaba fundada en una confusión conceptual, sino que en nada se compadecía con la finalidad central del proyecto de ley, referida a la creación de un procedimiento expedito y ágil. Esta medida tuvo como correlato una modificación del ámbito de aplicación del procedimiento abreviado y la acusación privada, el cual, a pesar de permanecer aferrado a la lista de delitos querellables, fue extendido a otro grupo de conductas bastante heterogéneas, la mayoría de ellas de extraña ocurrencia y de interés económico, bajo la supuesta necesidad de procesar de forma ágil una serie de conductas que aquejaban de modo permanente los intereses de la ciudadanía. En consecuencia, fue dejada atrás toda pretensión de acudir a una categoría dogmática delimitada, cuyo contenido permitiera pensar de manera coherente y fundada en la necesidad de un tratamiento procesal diferenciado.

El articulado propuesto por la subcomisión recogía los dos primeros cuestionamientos de Néstor Humberto Martínez, referidos a la inconveniencia de categorizar algunos delitos como contravenciones, y a la necesidad de extender el ámbito de aplicación a otras conductas punibles; pero dejaba por fuera el último de ellos, relativo a la incorporación de un mecanismo eficiente de reparación. En vista de lo anterior, y alegando como justificación el acentuado interés particular congénito a las conductas que conformaban el nuevo ámbito de aplicación, el entonces fiscal propuso durante la discusión del informe surtida en Cámara a finales de septiembre de 2016 (Gaceta del Congreso 834 de 2016), la adición de un artículo en virtud del cual el acusador privado quedaría facultado para formular, junto con la pretensión punitiva, su pretensión civil resarcitoria dentro del procedimiento abreviado.

Dicha proposición, al igual que el articulado sustitutivo presentado en el informe de la subcomisión, fueron aprobados en el primer debate en

Cámara, con lo cual desapareció del proyecto el régimen de contravenciones, se extendió el ámbito de aplicación a un listado de conductas vinculadas con la protección de exclusivos intereses económicos, y se reguló un sistema de acción civil que le permitía al acusador privado obtener el pago de los perjuicios ocasionados con la conducta punible, haciendo uso de los mecanismos coactivos ofrecidos por el procedimiento abreviado e inherentes a su rol de perseguidor. Se habían sentado, pues, las bases de lo que sería una herramienta institucional con grandes capacidades para defender el capital.

La metamorfosis que atravesó el proyecto de ley no debe sorprender, teniendo en cuenta que la misma tuvo su germen en las presiones de Néstor Humberto Martínez, un conocido defensor de los intereses de las élites económicas nacionales y extranjeras, según se narra en algunos artículos de prensa que al momento de su elección lo retrataron como *el fiscal del poder*³⁰. Al respecto, es anecdótica la columna de Antonio Caballero publicada en la revista *Semana* el 23 de abril de 2016, titulada “Un fiscal general muy particular”:

si hubiera que resumir en un solo nombre la carencia absoluta de sentido de lo público, ese nombre sería Néstor Humberto Martínez. ¿Y de sentido, en cambio, del interés privado? Néstor Humberto Martínez. ¿Y de sentido del propio interés? Néstor Humberto Martínez.

No digo lo de la ausencia de lo público porque el doctor Martínez se haya desentendido del asunto. Por el contrario: lleva media vida ocupando los más altos cargos bajo los más variados gobiernos. Ha sido superintendente bancario de Barco, ministro de Justicia de Samper, ministro del Interior de Pastrana, superministro de la Presidencia de Santos. Y de pasada fue uno de los fundadores de un partido político disidente del Liberal, que terminó convertido en el Cambio Radical de Germán Vargas Lleras. En cuanto al sentido de lo privado, es abogado y asesor de los grupos económicos más grandes de Colombia y de las corporaciones multinacionales que tienen negocios en el país: de los banqueros (con Sarmiento a la cabeza, seguido por todos los demás), de las empresas de radio, televisión y prensa, de las del carbón, de las del petróleo, de las de la minería de oro, de los ingenios azucareros, de

30 Entre ellos se destacan los artículos titulados “Néstor Humberto Martínez, el Fiscal del poder”, elaborado por Juan Esteban Lewin (11 de julio de 2016); y “Néstor Humberto Martínez, un abogado del poder que alcanza la Fiscalía”, realizado por Gustavo Rugeles (11 de julio de 2016).

los terratenientes agrícolas, de los acumuladores de baldíos. Y en lo del interés propio: toda su carrera pública la ha hecho sin cerrar su bufete privado de abogado, y utilizando cada puesto oficial como un escalón más para expandir el abanico de sus contactos y sus clientes.

Desde un punto de vista ideológico, Néstor Humberto Martínez comulga devotamente con los postulados eficientistas del neoliberalismo, tal y como se desprende de su texto titulado *Rule of Law and Economic Efficiency* (1998), publicado por el BID, justo en el marco del giro neoinstitucional de las políticas de reforma neoliberales. Allí plantea su preocupación por la relación entre desarrollo económico y Estado de derecho, enfatizando, precisamente, en la necesidad de completar el modelo neoliberal mediante reformas institucionales que permitieran acercar las estructuras judiciales a modelos más eficientes de gestión, con el fin de garantizar el respeto de los derechos y libertades individuales y colectivos, la reducción de los costos de transacción y el éxito de las reformas económicas en la región, siendo claro que una justicia ineficiente tiene como correlato un aumento del crimen, factor que a su vez afecta el crecimiento económico, la productividad y la formación de capital.

Esta postura se traduce en una visión gerencial de la administración de justicia, íntimamente preocupada por mejorar su rendimiento general y su productividad en términos económicos. Algunos testimonios de ello se encuentran en su artículo titulado “La modernización de los sistemas judiciales” (1995) y, más recientemente, en su discurso de posesión como fiscal general, en el cual propuso reunir un grupo de expertos en asuntos bancarios, inmobiliarios, corporativos y cambiarios, con el objetivo de implementar un modelo de gerencia pública eficiente al interior de la Fiscalía General de la Nación (1 de agosto de 2016).

Por último, no está de más resaltar la autoritaria doctrina político-criminal sostenida por Néstor Humberto Martínez, cuyos contornos se dibujan sin miramientos en su discurso de celebración de los 25 años de la Fiscalía General de la Nación:

porque el Sistema Penal Acusatorio empieza a colapsar; la dogmática garantista ha dejado de ser una virtud, para constituirse en una preocupante doctrina para la defensa de los derechos colectivos y la lucha contra el terrorismo no puede adelantarse bajo instrumentos propios de la normalidad.

[...]

Todos estamos de acuerdo con que en un Estado democrático y constitucional de Derecho, el sistema judicial debe operar revestido de garantías. Pero como alguna vez leí: “La ley, las garantías, son como una telaraña que atrapa moscos, pero que debe dejar pasar los pájaros”.

[...]

El garantismo ha adquirido un carácter superlativo a partir de la teoría de Ferrajoli [sic], que dejando de lado las víctimas, formula una teoría “del lado de los sujetos más débiles para exigir la racionalización del sistema represor del Estado”. Esa hipérbole del garantismo es la que está inspirando las últimas reformas legales en Colombia, enviando un mensaje a la sociedad equívoco. Los delincuentes deben entender que por encima de sus garantías están las de la sociedad. (Fiscalía General de la Nación, 2017b, págs. 10-11).

Ahora bien, luego de consumada la modificación en comento, se celebró una audiencia pública con el objetivo de incluir observaciones y recomendaciones al informe de ponencia para el debate final del proyecto (Comisión Primera de la Cámara de Representantes, 27 de octubre de 2016). Dentro de las intervenciones realizadas, la mayoría de ellas tendientes a convalidar el articulado del proyecto, se destaca la advertencia formulada por Iván David Márquez Castelblanco, en torno al carácter elitista que estaba permeando la configuración de la acusación privada, tornándola en una “prerrogativa del derecho penal de clase” con ocasión de la inexistencia de mecanismos de asistencia legal gratuita.

Ante este reclamo, Majer Abushihab, asesor de política criminal de Néstor Humberto Martínez, se limitó a señalar en la misma audiencia que, desde una perspectiva normativa, no era posible controlar el uso indebido de la institución, más allá de someter su ejercicio al régimen disciplinario de los servidores públicos y de confiar en que habría un cambio de mentalidad. A lo anterior agregó que el hecho de que algunos grupos pudieran acceder a la acusación privada con mayor facilidad que otros, no implicaba que esta fuese una herramienta de élites, pues además de que su ejercicio era completamente potestativo, la Fiscalía seguía conservando la competencia preferente de persecución penal y, con ello, el deber de tutelar a quienes no tuviesen los recursos suficientes para hacerlo. Recogiendo sus palabras:

La acción privada no es una acción obligatoria. La acción privada es una acción potestativa. Y eso implica que la Fiscalía tendrá que centrarse o acudir a quienes no pueden efectuar una conversión. No quedan desprotegidos. Sigue la Fiscalía al frente de esas investigaciones. *Pero estamos creando un mecanismo adicional, para aquellos que cuenten con los medios.* Y adicionalmente, por la naturaleza de los delitos en muchas ocasiones tampoco se requerirá mayor inversión en materia investigativa, por ejemplo. Y adicionalmente, en la forma en que está estructurado el proceso, también es posible que la Fiscalía investigue y en algún momento, luego, el acusador privado retome la acción, ya con la investigación de la Fiscalía. Es decir, de alguna forma hay escenarios que permiten que la acción no sea de clase. ¿Que permitirá que algunas personas con recursos económicos puedan hacer un uso más efectivo, directo? Quizás. Pero esa no es la naturaleza, y tampoco es excluyente de quienes no tienen recursos. [Énfasis añadido].

Además de insuficientes —por decir lo menos—, dichos argumentos parecen obviar que la acusación privada nace, precisamente, como un remedio frente al diagnóstico de congestión e impunidad, producto de la ineficiencia de la Fiscalía, hecho que se traduce, lógicamente, en la incapacidad del ente acusador para tutelar los intereses de la ciudadanía en general y, por consiguiente, de quienes no tienen los recursos para ejercitar la acusación privada. Asimismo, acudir a la menor complejidad investigativa de algunos casos y a la posibilidad de beneficiarse de las labores investigativas realizadas previamente por la Fiscalía, revela más bien un esfuerzo desesperado por refutar el evidente carácter elitista de la acusación privada, que incluso el mismo asesor parece admitir sin reparos.

Con todo, pese a que algunas de las recomendaciones formuladas en la audiencia pública fueron recogidas en la ponencia para el debate final en Cámara de Representantes (Gaceta del Congreso 960 de 2016), la realidad es que las críticas referidas al carácter elitista de la acusación privada pasaron inadvertidas. En ese orden de ideas, el proyecto conservó numerosas dificultades de acceso a la justicia, siendo aprobado sin mayores modificaciones en noviembre de 2016 (Gaceta del Congreso 1075 de 2016) y sancionado como ley de la República el 12 de enero de 2017.

Esta reconstrucción permite advertir cómo la acusación privada, inmersa desde sus comienzos en una lógica utilitarista bajo la cual su papel se

reducía al de un simple instrumento para enfrentar la congestión padecida por la Fiscalía, termina transformándose, a raíz de las presiones ejercidas por uno de los más rabiosos cultores de los postulados eficientistas del neoliberalismo en el ámbito nacional, en una poderosa herramienta institucional con la capacidad de proteger eficazmente el capital, tal y como lo sugiere un primer vistazo desde la sospecha.

* * *

Recorrido el trayecto de la desmonopolización de la persecución penal en el ordenamiento jurídico colombiano, e indicadas las principales líneas de poder que lo surcaron, conviene, a continuación, indagar por el rol que efectivamente puede desempeñar la acusación privada en el contexto institucional del proceso penal. En gracia de lo anterior, resulta indispensable aproximarse dogmáticamente a esta institución con el objetivo de comprender su funcionamiento, pues en última instancia será su configuración legal, leída a la luz de sus motivaciones declaradas y soterradas, el criterio que permitirá conocer a cabalidad su racionalidad instrumental, es decir, su grado de coherencia frente a una ideología determinada.

La racionalidad instrumental de la acusación privada: una mirada dogmática

No cabe duda de que el concepto *racionalidad* es bastante vago y amplio. Sin embargo, en los términos de Michele Taruffo (2006, págs. 45-47), cuando aquel es aplicado al estudio de la ley procesal puede tener al menos dos sentidos: racionalidad como coherencia y racionalidad instrumental. La racionalidad como coherencia se refiere a la presencia de propiedades como el orden, la completitud, la simplicidad y la unidad en las normas que integran la ley procesal. Por su parte, la racionalidad instrumental recae sobre la relación existente entre la configuración legal de las instituciones procesales y los fines que a estas se les asignan. De acuerdo con el objetivo trazado, este capítulo se centra en el estudio de la racionalidad instrumental de la acusación privada. Para esto resulta necesario indagar, de manera preliminar, por los objetivos atribuidos a este instituto procesal.

Desde los sectores oficiales se le asignan a la acusación privada los objetivos declarados de brindar justicia al ciudadano del común y descongestionar los despachos de la Fiscalía General de la Nación. Así, en la exposición de motivos de la Ley 1826 se alude de modo recurrente la necesidad de establecer mecanismos que sin detrimento de los derechos fundamentales de los sujetos involucrados permitan ofrecer una respuesta procesal diferenciada, ágil y expedita, frente a una serie de conductas punibles de escasa lesividad, ocurrencia frecuente y gran impacto social, culpadas de congestionar notoriamente la justicia penal

(Gaceta del Congreso 591 de 2015). Siguiendo este compás, se encuentra la presentación realizada por Yesid Reyes Alvarado, otrora ministro de justicia y autor del proyecto, en el marco del foro organizado por la Universidad EAFIT el 17 de septiembre de 2015, en la que indicó que con la reforma planteada se pretendía mejorar la eficiencia de la justicia penal, acabar con el problema de la impunidad, recuperar la confianza ciudadana en las instituciones y acercar la justicia al ciudadano.

En una línea similar se encuentra el discurso del entonces presidente Juan Manuel Santos, pronunciado el 13 de enero de 2017, en el que afirmó que con la Ley 1826 se le estaba dando una “respuesta clara, contundente a ese clamor de los colombianos por una justicia mejor, más eficaz y sobretodo [sic] más rápida”. Al abordar el instituto del acusador privado, señaló que se trata de una figura mediante la cual los ciudadanos pueden llevar a juicio a quienes cometan ciertos delitos, sin que ello implique un ejercicio de “justicia por la propia mano”, pues para ello se debe actuar a través de abogado y se requiere de la autorización de la Fiscalía. Como prueba del gran cambio que la acusación privada representa para la justicia de los colombianos, enunció los siguientes ejemplos:

Si a un ciudadano, Juan Rodríguez, le roban en su vivienda y tiene pruebas o indicios de quién lo hizo, pero la Fiscalía no avanza en la judicialización porque tiene muchos casos, este mismo ciudadano Juan Rodríguez —a través de un abogado— puede llevar las pruebas directamente al juez.

Otro ejemplo, si [a] una ciudadana, María Gómez, el padre de sus hijos deja de contribuir para su sostenimiento, ya no tiene que esperar —como pasaba hasta hoy— a que un fiscal haga la acusación ante el juez. Ahora la misma ciudadana, María, con su abogado, puede acusar y llevar al juicio al papá irresponsable.

[...]

¡Esto es justicia rápida para la gente, justicia más expedita para la gente!

De igual forma, se destaca la intervención del otrora fiscal Néstor Humberto Martínez, con ocasión del *Segundo foro sobre el procedimiento abreviado y el acusador privado* realizado en la Universidad EAFIT el 28 de febrero de 2017, donde insistió en que la Ley 1826 brinda herramientas para que los ciudadanos del común puedan combatir la criminalidad que más los afecta, al tiempo que facilita la descongestión de la justicia penal.

Por último, cabe añadir a la lista de justificaciones oficiales el acápite de presentación del *Manual de procedimiento penal abreviado y acusador privado*, elaborado por la Fiscalía General de la Nación, en el cual se indica que la Ley 1826 fue concebida como una estrategia para descongestionar el sistema penal, mediante el establecimiento de mecanismos procesales que permitan dar respuestas efectivas a la ciudadanía (2017a, pág. 11).

A la luz de estas justificaciones oficiales, la racionalidad instrumental de la acusación privada estará mediada por su capacidad para fungir, desde el punto de vista de su configuración legal, como un remedio de acceso a la justicia para el ciudadano del común frente a los malestares de la impunidad, que no violenta los derechos y garantías de los intervinientes en el proceso, y que además permite descongestionar los despachos de la Fiscalía, lo que facilita la tutela de los intereses generales de la ciudadanía al permitir que los esfuerzos del ente de persecución oficial se concentren en la investigación de fenómenos criminales más complejos y de mayor impacto social.

No obstante, y como se desprende de las reflexiones esbozadas en el acápite precedente, tras este adornado discurso oficial parece esconderse una preocupación eficientista, definida por un estratégico interés en el diseño de mecanismos procesales que aseguren la protección del capital. En consecuencia, desde esta segunda perspectiva la racionalidad instrumental de la acusación privada estará condicionada por el potencial que ofrezca su configuración legal para que algunos particulares puedan tutelar directamente sus intereses económicos individuales, a través del ejercicio de la persecución penal y sus diversos mecanismos coactivos, habida cuenta de la diagnosticada incapacidad de la Fiscalía para llevar a cabo su función de control social y de garante del orden público como condiciones necesarias para el desarrollo del mercado.

Ahora bien, más allá de las finalidades declaradas y soterradas que desde el discurso oficial o desde la sospecha se le asignen a una institución, lo cierto es que su racionalidad instrumental solo podrá ser verificada con rigor si el estudio del contexto sociopolítico en el cual se inserta la institución, se conjuga con el análisis cuidadoso de su configuración legal, pues, como bien lo enseña Taruffo (2009, págs. 194-195), su funcionamiento técnico será un criterio fundamental para evaluar su coherencia frente a una instancia discursiva determinada y su compromiso con un proyecto ideológico específico.

En el marco de lo dicho, a continuación se abordan algunos aspectos del régimen legal del acusador privado desde una dogmática procesal comprometida con una postura político-criminal de derecho penal mínimo, en aras de evaluar la correspondencia existente entre su regulación y sus motivaciones declaradas y soterradas, e identificar así el auténtico rol que la acusación privada desempeña en el contexto político, social e institucional de transformación de la justicia penal colombiana. Para ello se toca de manera preliminar el esquema de enjuiciamiento abreviado introducido por la Ley 1826, al ser este el escenario procesal en el que se desenvuelve la acusación privada; y, seguidamente, se estudian las formas de participación de la víctima en el proceso penal, procurando sentar una distinción conceptual que permita abordar la figura en cuestión con mayor claridad.

4.1. El procedimiento especial abreviado

En líneas generales, el procedimiento especial abreviado es un esquema de procesamiento penal simplificado, de corta duración y con una marcada estructura bifásica, diseñado con el objetivo de tramitar con eficiencia una serie de conductas punibles y, correlativamente, afinar la capacidad de respuesta de la justicia penal ante una creciente oferta de criminalidad. Este mecanismo procesal tiene un ámbito de aplicación restrictivo, que se circunscribe a una lista taxativa de conductas punibles y que cede su lugar al proceso ordinario cuando se presenta un concurso entre aquellas y las que deban ser tramitadas por este último (art. 534 del Código de Procedimiento Penal, en adelante CPP). Asimismo, se encuentra gobernado por un principio de integración normativa, según el cual las disposiciones del proceso ordinario le serán aplicables en aquellos aspectos que no se encuentren previstos en su regulación específica (art. 535 CPP).

Con el objetivo de comprender mejor el funcionamiento del procedimiento abreviado y las novedades que plantea, es conveniente abordar de modo breve la estructura del proceso penal ordinario, enfatizando en las cinco audiencias que deben realizarse de manera obligatoria cuando no se presente una terminación anticipada, así como en su distribución durante las fases de indagación, investigación previa y juzgamiento.

En ese orden de ideas, la persecución penal puede iniciarse de cuatro formas, agrupadas comúnmente bajo el nombre de *notitia criminis* o noticia criminal, siendo estas: de oficio (art. 66 CPP), por denuncia (art. 67 CPP),

por querrela (arts. 69 y ss. CPP) y por petición especial de la Procuraduría (art. 75 CPP). Con el inicio de la persecución penal comienza la fase de indagación. En esta, el fiscal debe constatar la posible existencia de una conducta punible e individualizar al presunto responsable de la misma, quien adquiere la calidad de indiciado. Para tal efecto, el fiscal puede realizar actos de investigación que, dependiendo del menor o mayor grado de afectación de derechos fundamentales que impliquen, deben someterse a un control de legalidad posterior (art. 237 CPP) o exigen una autorización previa (arts. 246 y ss. CPP); actividades ambas que, como muchas otras, se efectúan en el marco de una audiencia preliminar presidida por el juez de control de garantías (arts. 153 y ss. CPP). Esta fase puede durar dos, tres, cinco o hasta diez años, dependiendo de la existencia de concursos de delitos, la cantidad de indagados y la naturaleza de la conducta punible (art. 175 par. CPP).

Cuando de los actos de investigación se pueda inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada, el fiscal debe formular la imputación (art. 287 CPP); en caso contrario, procede el cierre de la indagación mediante el archivo de diligencias (art. 79 CPP) o la preclusión con efectos de cosa juzgada (arts. 331 y ss. CPP; Sentencia C-591 de 2005). La formulación de la imputación (arts. 286 y ss. CPP) es un acto de comunicación oral que se realiza en una audiencia preliminar ante el juez de control de garantías, mediante el cual el indiciado es vinculado formalmente al proceso, adquiriendo la calidad de imputado, y le son informadas las circunstancias fácticas y jurídicas que rodean la investigación que cursa en su contra (art. 288 CPP). Este acto tiene importantes efectos procesales, destacándose entre ellos: la apertura de la fase de investigación formal previa a la formulación de acusación, por un término máximo que puede variar entre noventa y doscientos cuarenta días, según las circunstancias del caso (art. 175 CPP); la interrupción de la prescripción de la acción penal (art. 292 CPP); la posibilidad de allanarse a cambio de una rebaja de hasta la mitad de la pena³¹ (art. 351 CPP);

31 Al respecto, debe tenerse presente que por mandato del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, mediante el cual se modificó el parágrafo del artículo 301 del CPP, se estableció que en casos de flagrancia el beneficio aplicable por aceptación de cargos en la audiencia de imputación sería solo una cuarta parte del original (art. 351 CPP). Esta situación desfavorable fue extendida a las audiencias preparatorias (art. 356 num. 1 CPP) y de juicio oral (art. 367 CPP), por vía de una analogía *in malam partem* realizada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-645 de 2012.

la viabilidad de solicitar en otra audiencia preliminar la imposición de una medida de aseguramiento, de acuerdo con lo dispuesto en el régimen de libertad (arts. 306 y ss. CPP); y la posibilidad de solicitar medidas cautelares reales, orientadas a garantizar la reparación de los perjuicios sufridos por la víctima a causa del delito (arts. 92 y ss. CPP).

Una vez concluya la fase de investigación formal, el fiscal debe presentar el escrito de acusación (arts. 336 y 337 CPP) ante el juez de conocimiento competente (arts. 32 y ss. CPP), siempre que pueda afirmarse con probabilidad de verdad la existencia del delito, y que el imputado es autor o partícipe del mismo, iniciando así la fase de juzgamiento. Seguidamente, se celebra la audiencia de formulación de acusación (arts. 338 y 339 CPP), en la cual se da traslado del escrito de acusación a las partes e intervinientes para que se pronuncien sobre los requisitos del mismo (art. 337 CPP), se efectúa un control de legalidad del proceso³², se formula oralmente la acusación, el imputado adquiere el estatus de acusado, se reconoce la calidad de víctima (art. 340 CPP) e inicia el descubrimiento probatorio (arts. 344 y ss. CPP). En el interregno de los cuarenta y cinco o los noventa días siguientes, según el caso (arts. 175 y 343 CPP), se debe celebrar la audiencia preparatoria (arts. 355 y ss. CPP) en la cual se verifica y completa el descubrimiento probatorio (art. 356 num. 1, 2 y 3 CPP), se realizan las estipulaciones probatorias (art. 356 num. 4 CPP), se interroga al acusado sobre su voluntad de allanarse a cambio de recibir una rebaja de hasta un tercio de la pena (art. 356 num. 5 CPP), se solicitan las pruebas (art. 357 CPP) y se decide sobre su admisión, rechazo o exclusión (art. 359 CPP). Transcurridos otros cuarenta y cinco o noventa días (arts. 175 y 365 CPP), se celebra la audiencia de juicio oral (arts. 366 y ss. CPP), en donde se interroga al acusado por última vez sobre su voluntad de allanarse a cambio de una rebaja de hasta una sexta parte de la pena (art. 367 CPP); el fiscal y la defensa presentan sus teorías del caso (art. 371 CPP), se practican las pruebas (arts. 372 y ss. CPP), se realizan los alegatos de clausura (art. 443 CPP) y se anuncia el sentido del fallo (art. 446 CPP). Por último, dentro de los quince días siguientes a la finalización de dicha audiencia, se celebra la de lectura del fallo (art. 447 CPP), en la cual se puede interponer y sustentar oralmente el recurso de apelación,

32 Este control comprende la competencia (arts. 32 y ss. CPP), la existencia de impedimentos (art. 56 CPP) y recusaciones (art. 60 CPP), y la proposición de nulidades (arts. 455 y ss. CPP).

sin perjuicio de la posibilidad de hacerlo por escrito durante los cinco días siguientes a la realización de la audiencia (art. 179 CPP).

En contraste con la arquitectura del proceso ordinario expuesta, el procedimiento abreviado tiene una distribución bifásica mucho más definida que se concreta en dos audiencias, una destinada a la preparación de la causa y otra a la práctica de la prueba, junto con la realización de dos actos escritos de traslado. De este modo, sus diferencias estructurales con el proceso ordinario, más allá de un acortamiento general de los términos, son las siguientes: i) se suprime la audiencia de imputación y se introduce en reemplazo un acto de traslado del escrito de acusación; ii) se reúnen las actuaciones de las audiencias de formulación de acusación y preparatoria en una audiencia concentrada destinada a la organización de la causa; iii) se elimina la audiencia de lectura del fallo y se establece en su lugar un acto de traslado escrito de la sentencia.

Sin lugar a dudas, el cambio más significativo está dado por la introducción del traslado del escrito de acusación como medio de vinculación formal al proceso. El acusador puede realizar este acto por fuera de audiencia (art. 536 CPP) o, si es del caso, al inicio de la audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento (art. 537 CPP), siempre con la presencia del indiciado si no hay declaratoria de persona ausente (art. 127 CPP) o contumacia (art. 291 CPP), así como también del defensor y de la víctima. Luego de haberse realizado el traslado, el acusador debe presentar, dentro de los cinco días siguientes, el escrito ante el juez de conocimiento competente (art. 540 CPP); y, paralelamente, comienza a correr un término de sesenta días para que el acusado prepare su defensa (art. 541 CPP).

Si bien este acto de parte equivale para todos los efectos procesales a la formulación de imputación (art. 536 par. 4° CPP), lo cierto es que en relación con aquella tiene, por lo menos, dos contrastes esenciales, los cuales son presentados como avances garantistas por el discurso oficial³³. En primer lugar, el estándar probatorio aumenta, exigiéndose una probabilidad de verdad, en lugar de la simple inferencia razonable requerida para imputar (art. 287 CPP). Desde un punto de vista abstracto,

33 Al respecto, se encuentran las intervenciones de Hernán Penagos y Majer Abushihab en el marco del *Segundo foro sobre el procedimiento abreviado y el acusador privado*, realizado en la Universidad EAFIT el 28 de febrero de 2017.

ello puede parecer más garantista, al implicar que la vinculación se realizará con un fundamento probatorio superior a lo que podría ser una simple sospecha. No obstante, en un plano más concreto, donde es difícil superar la vaguedad y subjetividad de aquel estándar, esta diferencia puede terminar siendo ilusoria. En segundo lugar, el traslado del escrito de acusación exige un descubrimiento probatorio total, a diferencia de la imputación, en la que el relato de los hechos no implica ningún tipo de descubrimiento (art. 288 num. 3 CPP). Nuevamente, este contraste también puede exhibirse como un avance garantista, si se considera que el acusado tendrá a su disposición todos los elementos de convicción que se utilizarán en su contra, desde su primer contacto con el proceso y antes de iniciar la preparación de su defensa. Pero, es precisamente esta razón la que abre las puertas a un cuestionamiento, pues el derecho a la defensa debe activarse desde el momento en que se inicia la investigación, no cuando la misma haya concluido y el acusador haya recolectado, sin contradicción alguna, el sustento probatorio requerido para formular una acusación completa.

La idea de introducir la figura del traslado del escrito de acusación, tal y como se desprende de las motivaciones oficiales de otros proyectos de ley que han pretendido eliminar la audiencia de imputación del proceso penal ordinario³⁴, halla su fundamento cardinal en una concepción de la imputación como acto de parte y de mera comunicación, no susceptible de un control judicial material ni de controversia, que es señalado como culpable de entorpecer en la práctica el funcionamiento de la justicia penal, al congestionar los despachos de los jueces de control de garantías y al engendrar discusiones que corresponden a otros escenarios.

Ante dichos argumentos, es imperioso recoger las invaluable críticas realizadas por José Luis González Jaramillo (2019), cuando, a tenor de las preocupaciones de Carnelutti (1994), recuerda que la imputación, al igual que cada una de las fases del proceso penal, debe ser una garantía para el procesado; un juicio más en la escala de la paciencia. En consecuencia, antes de plantearse su desaparición por razones de eficiencia, debería reevaluarse su configuración para permitir actos de control material y contradicción que permitan corroborar, desde etapas tempranas, la viabilidad procesal,

34 Al respecto: proyectos de Ley 126 de 2013 (Gaceta del Congreso 840 de 2013), 102 de 2014 (Gaceta del Congreso 514 de 2014), 224 de 2015 (Gaceta del Congreso 205 de 2015) y 021 de 2015 (Gaceta del Congreso 512 de 2015).

sustancial y probatoria de la pretensión punitiva, máxime en un contexto procesal caracterizado por la terminación anticipada de las causas y la celebración excepcional del juicio oral como supuesto lugar central de confrontación y defensa. Por lo pronto, solo queda extender esta discusión al acto de presentación del escrito de acusación que debe efectuar el acusador ante el juez de conocimiento competente, posterior al correspondiente traslado al procesado.

Ahora bien, una vez vencido el término de sesenta días que le asiste al acusado para preparar su defensa, se debe celebrar la audiencia concentrada ante el juez de conocimiento dentro de los diez días siguientes (art. 541 CPP). Para realizar la audiencia es necesaria la presencia del acusador y el defensor (art. 541 CPP), como sucede en la audiencia preparatoria del proceso ordinario (art. 355 CPP). Sin embargo, se considera que la asistencia del acusado también es una condición de validez, como se predica de la audiencia de formulación de acusación del proceso ordinario (art. 339 CPP); y no solo porque dentro de las actuaciones previstas se encuentre el interrogatorio sobre la aceptación de cargos, sino también como garantía del derecho que le asiste de estar presente en el proceso.

La audiencia concentrada reúne y reorganiza las actuaciones de las audiencias de formulación de acusación y preparatoria del proceso ordinario. En este sentido, la audiencia inicia con el interrogatorio al acusado sobre su voluntad de allanarse, acto al que le siguen el control formal de la competencia, las observaciones frente al escrito de acusación, la verificación del descubrimiento probatorio, las solicitudes probatorias, la proposición de nulidades y, finalmente, el traslado a las partes para que interpongan los recursos a que haya lugar contra las diferentes decisiones adoptadas en el curso de la audiencia (art. 542 CPP).

De la secuencia de actuaciones indicada es cuestionable el hecho de que la primera sea la de interrogar al procesado sobre su voluntad de aceptar los cargos, en la medida en que a tal punto no se conocen las pruebas que serán decretadas ni las estipulaciones probatorias que se celebrarán, además de otra serie de cuestiones que serán determinantes para el desarrollo de la audiencia de juicio oral, por lo que el hecho de allanarse en el momento establecido traería consigo una afrenta al derecho de defensa del acusado. Sin duda, la intención del legislador en este punto fue bastante clara: evitar a toda costa la realización de una desgastante audiencia mediante la obtención temprana de un allanamiento.

A esta lógica efficientista se suma el sistema de apelación concentrada adoptado para la audiencia en cuestión. En efecto, desde un punto de vista pragmático, algunos sectores señalan que la apelación concentrada de las decisiones tomadas en el curso de la audiencia, en especial aquellas sobre el decreto de pruebas y nulidades que son tramitadas en el efecto suspensivo, representa un avance, pues se optimiza el tiempo que resultaba suspendido entre ambas decisiones, que antes eran susceptibles de ser apeladas de manera individual (Arias y Valencia, 2017, pág. 145). Empero, la realidad es que la apelación concentrada puede resultar antitécnica y perjudicial, si se parte de la idea garantista de que el proceso está compuesto por una serie de debates, en los que cada discusión debe ser agotada en su totalidad antes de poder pasar a la siguiente.

Por otro lado, teniendo en cuenta la supresión de la imputación, la audiencia concentrada se exhibiría como el primer escenario formal de discusión y control frente a la pretensión punitiva al interior del procedimiento especial abreviado. Sin embargo, y muy desafortunadamente, el legislador y la Corte Suprema de Justicia han reducido el juicio sobre la acusación a una simple tarea de verificación de requisitos formales (art. 337 CPP), que nunca procede de oficio y que no toca aspectos materiales (art. 336 CPP), lo que da lugar a un poder de acusar entendido en términos absolutos, casi que ilimitado y sin controles reales.

Frente a dicho aspecto resulta especialmente valiosa la propuesta de José Joaquín Urbano Martínez (2013), referida a la necesidad de realizar un control judicial material a la acusación, que permita corroborar la viabilidad fáctica y jurídica de la pretensión punitiva, en aras “de verificar el respeto a los límites que, en el contexto de un régimen democrático, le asisten a un poder tan inmenso como el de acusar” (pág. 1408). Ante las objeciones que esta idea pudiera suscitar desde un mal entendimiento del carácter adversarial del proceso penal, que viera en los actos de control judicial un riesgo para la tan anhelada y tan etérea imparcialidad, bastaría con plantear legislativamente la posibilidad de que un juez diferente al que conocerá en el juicio oral sea quien presida la audiencia en la que se discuta la acusación (págs. 1400 y ss.), si es que la necesidad de controlar el poder de acusar no fuera ya una razón más que suficiente.

Ahora bien, una vez concluida la audiencia concentrada, debe celebrarse la audiencia de juicio oral dentro de los treinta días siguientes (art. 543 CPP), cuyo desarrollo se encuentra regido por los lineamientos establecidos

para el proceso penal ordinario (art. 544 CPP). Una vez sea anunciado el sentido del fallo, el juez tiene diez días para proferir la sentencia y citar oportunamente a las partes para correr traslado escrito de la misma, con lo cual quedarán notificadas aunque no asistan, y comenzará a contabilizarse un término de cinco días para apelar la sentencia por escrito (art. 545 CPP).

Con la desaparición de la audiencia de lectura del fallo, desaparece también la posibilidad de interponer y sustentar oralmente la apelación. Sin perjuicio de las discusiones en torno a los mitos y conveniencias de lo escritural y la oralidad, lo cierto es que en el proceso ordinario se cuenta con la posibilidad de interponer y sustentar la apelación de manera oral o escrita, mientras en el procedimiento abreviado solo es posible hacerlo de esta última forma, limitándose, en cierto modo, el derecho a impugnar. Al respecto, podría afirmarse que la posibilidad de impugnar en abstracto no implica una garantía real para el procesado, teniendo en cuenta que el acusador y la víctima, desgraciadamente, pueden recurrir sentencias absolutorias (arts. 176 y 177 num. 1 CPP; sentencias C-046 y C-047 de 2006). No obstante, como lo enseña Carnelutti (2013, pág. 157), la impugnación implica, ante todo, un nuevo juicio, dirigido a corregir la posible existencia de errores, de suyo tan comunes a los juicios humanos y que pueden dar lugar a severas injusticias, por lo que la misma debe defenderse sin importar que en abstracto no beneficie exclusivamente al débil.

Si bien aquellas son las novedades estructurales que plantea el procedimiento abreviado, conviene resaltar otras, ciertamente saludables, como la revitalización de la posibilidad de recibir un descuento punitivo integral por aceptación de cargos en casos de captura en flagrancia (art. 539 par. CPP); la extensión del ámbito de aplicación de la conciliación y la mediación como mecanismos de justicia restaurativa y sus efectos extintivos, de cara a la persecución penal (art. 547 CPP); y la reducción de los términos para obtener la libertad como correlato de la corta duración del procedimiento abreviado (art. 548 CPP).

Para concluir esta aproximación esquemática al procedimiento abreviado, debe resaltarse que la búsqueda de un proceso célere, simplificado y de corta duración, no es, *per se*, una pretensión censurable, máxime teniendo en cuenta que en no pocas ocasiones el proceso en sí mismo funge como un auténtico dispositivo de tortura cercano a un relato kafkiano.

Lo reprochable es, en cambio, que el proceso se abrevie y simplifique siguiendo parámetros eficientistas que conducen al desmonte paulatino de valiosas garantías procesales. De ahí la necesidad de plantear una serie de límites que orienten la simplificación del proceso penal sobre valores liberales y democráticos (Binder, 2004).

4.2. La participación de la víctima en el proceso penal

Como lo indica Maier (2003, págs. 582-589), la emergencia de la persecución penal oficial, representada en la figura medieval del procurador del rey, no solo sirvió al interés monárquico por concentrar y atesorar el ejercicio de poder durante la Inquisición; también tuvo como correlato la suplantación de la víctima en la gestión de su conflicto, relegándola al rol de un simple testigo de la verdad, al tiempo que las preocupaciones por su reparación fueron desterradas a disputas privadas en el campo civil. El conflicto fue expropiado para ser estatizado, mientras el ofendido y el daño por este sufrido quedaron en el olvido.

La situación de marginalidad de la víctima pervivió aun después de la reforma posrevolucionaria del sistema penal europeo efectuada durante el siglo XIX, salvo por dos excepciones. En primer lugar, el caso de algunas legislaciones, como la española, en las que se incorporaron sistemas de acusación privada directa, aunque limitados a un escaso número de conductas punibles. En segundo lugar, las preocupaciones liberales de la escuela clásica italiana en torno a la posibilidad que le asistía a la víctima de reclamar la reparación civil al interior del proceso penal, con el objetivo de evitar un peregrinaje de jurisdicciones, a partir de razones de economía procesal.

No fue sino hasta finales del siglo XIX y comienzos del XX que la cuestión por la víctima pasó a ocupar un lugar más protagónico con ocasión de las reflexiones del positivismo criminológico italiano, en gracia del cual la reparación del ofendido fue situada dentro de las funciones del derecho penal, transformándola en una relación de derecho público inescindiblemente ligada a una idea de sanción con finalidades de defensa social, perseguible de oficio y, en suma, desprendida de la voluntad de la víctima.

Más adelante, en la segunda mitad del siglo xx, el debate fue retomado por una victimología crítica de la expropiación del conflicto y por un saludable abolicionismo empeñado en promover una solución pacífica de las controversias a través de mecanismos culturalmente disímiles al sistema penal. Sin embargo, las discusiones también arribaron a lomo de un discurso pro víctimas anclado a un añejo positivismo criminológico, que, escondido tras una proclama de verdad, justicia y reparación, encontró un nicho en el discurso internacional de los derechos humanos y logró incrustarse en varios ordenamientos jurídicos, refrescando hasta el día de hoy el interés por la participación de la víctima en el proceso penal, pero, desafortunadamente, de una manera impropia.

Esta amalgama de discursos se ha expresado en una serie de institutos procesales, que le conceden al ofendido la posibilidad de reclamar y defender sus intereses. Así, en el concierto del proceso penal colombiano, la víctima encuentra, además de la acusación privada, tres modalidades de participación: como querellante legítimo, como actor civil y como interviniente especial. Teniendo en cuenta que cada uno de estos roles bebe de discursos y lógicas diferentes, que en ocasiones pueden llegar a superponerse, conviene realizar, a continuación, una distinción conceptual, con el ánimo de evitar ulteriores confusiones. No se pretende, pues, abordar de manera detallada y sistemática cada una de estas modalidades de participación; en cambio, solo se busca explorar sumariamente su significado y fundamentos, procurando sentar una delimitación que facilite una reflexión dogmática más precisa sobre el acusador privado.

4.2.1. La víctima como querellante legítimo

Como regla general, la Fiscalía debe adelantar oficiosamente las actuaciones investigativas y la persecución penal, siempre que tenga conocimiento de la posible comisión de una conducta punible (art. 66 CPP). Sin embargo, frente a ciertas conductas punibles (art. 74 CPP) el legislador establece como condición para el inicio de la persecución penal la autorización del ofendido. Esta autorización es conocida con el nombre de *querrela*, y su diferencia con la denuncia estriba en que mientras esta tiene como única finalidad la de poner en conocimiento de la Fiscalía la posible comisión de una conducta punible, aquella actúa como condición de procesabilidad (art. 70 CPP).

La distinción entre conductas perseguibles de oficio y conductas querellables es de orden procesal, y no se aferra de manera exclusiva a criterios de lesividad, como sí lo hace la distinción sustancial entre delitos y contravenciones, lo cual no significa que ambas distinciones sean incompatibles; simplemente son diferentes. En consecuencia, plantea Ferrajoli (1995), el binomio oficio/querella encuentra una relación más profunda con la separación “entre *delicta publica* y *delicta privata*: los primeros, lesivos de intereses intersubjetivos y de derechos subjetivos fundamentales e *indisponibles*; los segundos, lesivos de derechos e intereses *disponibles* y confiados por completo a la autonomía de su titular” (pág. 572). No sorprende, entonces, que el autor citado vea en la querella un residuo de la acusación privada de estirpe germana.

Desde esta óptica, la naturaleza disponible del bien jurídico se erige como un primer criterio orientador de la decisión político-criminal en torno a qué conductas punibles deben ser querellables, categoría dentro de la cual encajan todas aquellas que, por ejemplo, atentan contra el patrimonio privado. Por su parte, un segundo criterio se enmarca en la preocupación por “la tutela de la autonomía y del interés de la intimidad de la parte ofendida que podría resultar violentada por un proceso público como lo es el penal” (Ferrajoli, 1995, pág. 573), por cuanto es claro que la ventilación de ciertas conductas, como la injuria y la calumnia, pueden ocasionar escándalos y nuevos daños que es mejor evitar, lo cual hace necesaria la autorización del ofendido para que se pueda adelantar el proceso.

El sujeto habilitado para formular la querella recibe el nombre de *querellante legítimo* (art. 71 CPP), calidad esta que proviene del estatus de víctima, el cual comprende a los sujetos que sufran un daño con ocasión de la conducta punible, bien sea directamente —cuando se ostenta la titularidad del bien jurídico lesionado— o indirectamente —cuando exista un nexo inequívoco entre el delito y quien se reputa como perjudicado—. Asimismo, el legislador contempla una serie de eventos en los cuales la potestad para formular la querella emana de otras fuentes, a saber: la representación legal cuando la víctima sea un incapaz o una persona jurídica, el parentesco cuando la víctima ha fallecido, la imposibilidad de la víctima para formular la querella, y el carácter público o colectivo del interés lesionado.

Además de habilitar el ejercicio de la persecución penal, el querellante legítimo tiene la potestad de desistir de la querella en cualquier momento

de la actuación y hasta antes del inicio de la audiencia de juicio oral (art. 76 CPP), lo que da lugar a la extinción de la acción penal (art. 77 CPP) con efectos de cosa juzgada (art. 80 CPP). En ese orden de ideas, la querrela, en sentido estricto, no es una acción, ni tampoco implica un ejercicio material de acusación; en lugar de ello, es una manifestación de voluntad necesaria para que la Fiscalía pueda actuar; es una condición para el ejercicio de la persecución penal, cuyo cumplimiento se encuentra sometido a la discrecionalidad de quien esté legitimado para formularla.

La querrela se presenta, así, como una valiosa garantía de la autonomía de la víctima, ya que, como lo afirma Ferrajoli (1995), “sería insensato [...] proceder de oficio en el caso de los delitos que ofenden derechos disponibles, cuando la parte ofendida no tiene interés en su persecución” (pág. 572). Esto es ilustrado magníficamente por Stefan Zweig (2011) en su autobiografía, *El mundo de ayer*, cuando relata su rechazo a formular una querrela en contra de un ladrón “desharrapado, sin cuello, con un bigotito caído y un rostro de rata triste, visiblemente medio muerto de hambre”; que fue sorprendido con su maleta luego de sustraerla de su habitación en un hotel de París:

Llegados a este punto, quizá fuera conveniente abrir otro paréntesis para comprender mejor la situación. Mientras que en nuestro país, y en muchos otros, la acusación, en el caso de un delito, se efectúa *ex officio*, es decir, el Estado soberano toma la justicia en sus manos, en Francia el presentar cargos o no se deja al buen criterio del individuo perjudicado. Personalmente, este concepto de justicia me parece más acertado que el llamado derecho rígido, porque ofrece la posibilidad de perdonarle a otro el mal que ha causado, mientras que, por ejemplo en Alemania, si una mujer hiere de un disparo a su amante en un ataque de celos, ni todos los ruegos y súplicas de la víctima pueden salvarla de la condena. El Estado interviene, separa por la fuerza a la mujer del hombre, quien, emocionado, quizás ahora la ame más a causa de su arrebato de pasión, y la arroja a la prisión, mientras que en Francia, una vez concedido el perdón, los dos pueden regresar a casa cogidos del brazo y considerar resuelta la cuestión entre ellos. (págs. 201-202).

Por consiguiente, se debe celebrar todo esfuerzo por extender el ámbito de aplicación de la querrela, mientras que debe reprocharse cualquier intento tendiente a limitarlo. En este sentido, es necesario formular una crítica contra la Ley 1826, en la medida en que introduce varias reformas al régimen de la querrela, inclinadas a reducir su ámbito y arrancar la

potestad discrecional de los particulares para entregarla a autoridades públicas, a saber: i) se faculta a los uniformados de la Policía Nacional para formular la querrela frente al delito de hurto cuando la víctima se encuentre en imposibilidad física o mental para hacerlo (art. 71 par. CPP); ii) se establece que en los supuestos de captura en flagrancia no es necesario formular querrela (art. 74 par. CPP). Bien podría argumentarse a favor de estas medidas que tras ellas hay una intención de responder al problema de la abstención de las víctimas para formular la querrela. Pero, la realidad es que dicha actitud no obedece propiamente a un desinterés en que se persiga al agresor o en disponer libre y voluntariamente de los bienes jurídicos, sino a la aversión de muchas víctimas a verse inmiscuidas en un proceso de larga duración y pocos resultados e, incluso, al simple hecho de que formular una querrela puede resultar engorroso y demorado. En consecuencia, la solución no debe radicar en la reducción del ámbito de aplicación de la querrela, sino en mejorar el acceso para la ciudadanía.

4.2.2. La víctima como actor civil

Bajo el rol de actor civil, la intervención de la víctima se circunscribe a la reclamación de la indemnización de los perjuicios derivados del daño a ella irrogado con ocasión de una conducta punible. Para este efecto, las codificaciones procesales anteriores a la Ley 906 de 2004, bien sea por razones liberales de economía procesal o por motivaciones ligadas a la expansión del positivismo criminológico, facultaron a la víctima para ejercitar la denominada acción civil al interior del proceso penal, a través de la formulación de una demanda de constitución de parte civil, sometida a lineamientos formales comparables con los de un proceso civil declarativo. Este mecanismo fue refinándose con el tiempo, hasta llegar al punto de permitir la vinculación de los terceros civilmente responsables y las empresas aseguradoras, con observancia plena de un debido proceso.

Por ende, al interior del proceso penal no solo se instruía la pretensión punitiva impulsada por el funcionario oficial competente, sino que también se tramitaba la pretensión civil resarcitoria a instancia de la víctima, quien actuaba como parte en contra del procesado y, según el caso, los llamados por la ley sustancial a responder patrimonialmente en virtud de la responsabilidad civil derivada del delito. Como es lógico, ello daba lugar a un complejo entramado de relaciones procesales, plagado de desbalances, producto de la actividad probatoria de la pluralidad de sujetos

que intervenían en la reconstrucción de la hipótesis delictiva generadora de responsabilidad civil.

Teniendo en cuenta lo anterior, no sorprende que a raíz de las exigencias inherentes a su metodología adversarial, la Ley 906 de 2004 dejara atrás el sistema de acción civil para introducir, en su reemplazo, el denominado incidente de reparación integral. A tenor de su regulación original, este mecanismo confinaba los debates en torno a la pretensión resarcitoria a un escenario procesal de tres audiencias (arts. 103 y 104 CPP), situado luego de proferido el sentido del fallo condenatorio y promovido a instancia de la víctima (art. 102 CPP).

El incidente admitía la vinculación de los terceros civilmente responsables (art. 107 CPP), cuya comparecencia era implícitamente obligatoria una vez fueran debidamente citados, pues les eran oponibles los resultados del mismo (art. 104 par. CPP) a pesar de sus escasas posibilidades defensivas, producto de una vinculación tardía que les impedía discutir con amplitud la existencia de algunos elementos de la responsabilidad civil constatados ya en el proceso penal. Esta posición de indefensión motivó varios reclamos de inconstitucionalidad, que fueron desestimados por la Corte en las sentencias C-423 y C-425 de 2006 a partir de un ejercicio de interpretación sistemática, que la llevó a concluir que la citación debida era una garantía suficiente del derecho a la defensa y un requisito necesario para el establecimiento de la responsabilidad patrimonial de los terceros civilmente responsables, refrendando la regulación existente.

El incidente también permitía vincular a las empresas aseguradoras (art. 108 CPP), cuya asistencia, en contraste con la de los terceros, era facultativa por pasiva, pues los resultados del incidente no les eran oponibles si no comparecían, aunque fueran debidamente citadas. Empero, esta posición privilegiada fue suprimida con la Sentencia C-409 de 2009, en la que la Corte precisó, esta vez con base en la función social del contrato de seguro, que los resultados del incidente sí les eran oponibles a la aseguradoras, siempre y cuando fueran debidamente citadas, dejándolas en la misma situación de indefensión que tenía el tercero civilmente responsable.

A pesar de las escasas posibilidades defensivas que el incidente de reparación integral le brindaba a los terceros civilmente responsables y a las empresas aseguradoras, especialmente después de las intervenciones de la Corte Constitucional, el mismo tenía dos grandes virtudes. En

primer lugar, garantizaba las condiciones de equilibrio necesarias para el desarrollo de una metodología adversarial en el proceso penal, al impedir la intervención de varios sujetos. En segundo lugar, fungía como un importante escenario de justicia restaurativa, toda vez que la reparación que allí se surtiera no solo evitaba el peregrinaje de jurisdicciones por parte de la víctima, sino que también podía incidir en la determinación de la pena (art. 95 num. 6 Ley 599).

Por desgracia, esta saludable regulación fue fracturada por los intereses eficientistas del legislador, vertidos en la reforma introducida por la Ley 1395 de 2010 —*Ley de descongestión judicial*—, que removió el incidente de reparación integral del seno del proceso penal, para situarlo luego de la ejecutoria de la sentencia condenatoria (arts. 86 y ss.). Como resultado, la reparación que eventualmente pudiera realizarse en dicho escenario fue privada de todos sus efectos atemperadores de la sanción penal, y las garantías del tercero civilmente responsable y de la aseguradora fueron limitadas aun más.

En efecto, la nueva ubicación del incidente hacía que las posibilidades impugnatorias, otrora disponibles para estos sujetos, como la excepción de nulidad por sentido del fallo injusto, la apelación y la casación (Pava Lugo, 2009, págs. 205 y ss.), fuesen inviables, pues nada podía hacerse frente a una sentencia ejecutoriada que declaraba la existencia de los elementos primigenios de la responsabilidad civil. Esta nueva configuración procesal exigía una reevaluación de la postura de la Corte Constitucional, que no encontraba ya alguna justificación razonable, en gracia de la precaria posición que ocupaban el tercero civilmente responsable y la aseguradora. Sin embargo, en la Sentencia C-250 de 2011 se refrendó la postura jurisprudencial, partiendo de la libertad de configuración legislativa en materia procesal y las posibilidades que tenían los terceros de participar en las audiencias, discutir la existencia y el monto de los perjuicios, conciliar e interponer recursos, entre otras.

Este sucinto panorama motiva algunas inquietudes en relación con el papel que juegan los asuntos civiles al interior del proceso penal, así como también frente a la pertinencia que en dicho escenario tienen las discusiones en torno a la reparación de la víctima. No obstante, la realidad es que si se reclama un tratamiento de la cuestión penal más próximo a postulados liberales y democráticos, debe abogarse por la conservación y

expansión de algunos mecanismos procesales que responden de manera satisfactoria a los principios de la justicia restaurativa, en la medida en que ofrecen una salida “civilizada” al problema de la pena y le permiten a los individuos involucrados en el conflicto participar en la gestión pacífica del mismo, verbigracia, la indemnización integral (art. 42 Ley 600), la suspensión del procedimiento a prueba (art. 325 CPP), la conciliación (art. 522 CPP) y la mediación (arts. 523 y ss. CPP).

4.2.3. La víctima como interviniente especial

Tradicionalmente, el ordenamiento jurídico colombiano tuvo una concepción restrictiva de los derechos de las víctimas, limitando su participación en el proceso penal a los roles de querellante legítimo y actor civil. No obstante, esta rígida comprensión comenzó a variar en el año 2002 con ocasión de la Sentencia C-228³⁵, en la que la Corte Constitucional reevaluó su precedente establecido desde 1995 en la Sentencia C-293³⁶, para sentar las bases de una noción de participación más amplia e integral, fundada en el concepto tradicional de reparación del daño, pero también en criterios de verdad y justicia desarrollados en contextos de justicia transicional y extraídos de una interpretación extensiva de varias disposiciones constitucionales e instrumentos internacionales. En la sentencia referida, la Corte determinó que a la víctima le asistía una triada de derechos que debían reflejarse a lo largo del proceso, cuyo contenido se resumía en la siguiente fórmula:

1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos.
2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

35 En esta sentencia, la Corte Constitucional abrió la posibilidad para que las víctimas, una vez constituidas en parte civil, pudieran acceder directamente al expediente del caso (art. 30 Ley 600).

36 En esta oportunidad, la Corte Constitucional ratificó que el momento procesal para que la víctima se constituyera como parte civil era a partir de la resolución de apertura de instrucción, y no antes, desde la etapa de investigación previa, como lo pretendía el actor (art. 45 Decreto 2700 de 1991).

3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito.

Acercándose a la nueva postura de la Corte Constitucional, el legislador de la Ley 906 de 2004 acogió una visión más amplia de los derechos de las víctimas (arts. 11 y 132 CPP), consagrando obligaciones y mecanismos procesales en relación con el restablecimiento de los derechos quebrantados por el delito (arts. 22, 99, 100 y 101 CPP), mandatos y medidas de atención y protección más completos (arts. 133, 134 y 342 CPP), y garantías de comunicación e información (arts. 135 y 136 CPP). No obstante, en virtud de las exigencias inherentes a la metodología adversarial adoptada, la participación de la víctima en el proceso penal se circunscribió nuevamente a los roles tradicionales de querellante legítimo y actor civil, pero bajo una calidad de interviniente que le ofrecía escasas facultades de participación material, consistentes en la solicitud medidas cautelares reales (art. 92 CPP) y medidas de protección (art. 137 CPP), junto con la posibilidad de procurar su reparación patrimonial en el escenario del incidente de reparación integral (arts. 102 y ss., y 137 num. 7 CPP).

Este panorama normativo motivó varios pronunciamientos de la Corte Constitucional³⁷, destacándose entre ellos la Sentencia C-209 de 2007, en la cual se ampliaron ostensiblemente las facultades de la víctima para intervenir en defensa de sus derechos a la verdad y la justicia durante todo el proceso, conjuntamente con la Fiscalía, salvo en la audiencia de juicio oral, pues para la Corte era claro que con esta salvedad no se alteraría la igualdad de armas esencial al nuevo esquema adversarial, a pesar de que en el resto del proceso hubiese materialmente un segundo acusador.

En ese orden de ideas, la Corte indicó que la víctima era un interviniente especial facultado para: i) participar en la audiencia de formulación

37 Verbigracia, las sentencias C-979 de 2005 —facultad para solicitar la revisión extraordinaria de sentencias proferidas en procesos relacionados con la violación de derechos humanos cuando una instancia internacional haya concluido que dicha condena es aparente o irrisoria—; C-1154 de 2005 —garantía a recibir comunicación de la decisión sobre el archivo de diligencias—; C-046 de 2006 —facultad para impugnar la sentencia absolutoria—; C-454 de 2006 —facultad para realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria—; C-250 de 2011 —facultad para participar en la etapa de individualización de la pena y sentencia—, y C-839 de 2013 —facultad para solicitar la suspensión del poder dispositivo sobre bienes sujetos a registro obtenidos de manera fraudulenta—.

de imputación (art. 289 CPP); ii) solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de medidas de aseguramiento (arts. 306 y 316 CPP); iii) apelar la decisión del juez de control de garantías en relación con la aplicación del principio de oportunidad (art. 327 CPP); iv) allegar elementos materiales probatorios y evidencia física para controvertir la solicitud de preclusión del fiscal (art. 333 CPP); v) intervenir en la audiencia de formulación de acusación (art. 339 CPP); vi) solicitar ante el juez de conocimiento la adopción de medidas de protección (art. 342 CPP); vii) realizar solicitudes en materia probatoria relacionadas con la práctica de pruebas anticipadas (art. 284 num. 2), el descubrimiento y la exhibición de elementos materiales probatorios y evidencia física (arts. 344, 356 y 358 CPP), y la exclusión e inadmisión de los medios de prueba (art. 359 CPP).

Dicha tendencia fue reforzada en la Sentencia C-516 de 2007, en la cual: i) se amplió la noción de víctima para incluir a los indirectamente afectados con la conducta punible (art. 132 CPP); y ii) se otorgó la facultad de intervenir en la celebración de preacuerdos entre la Fiscalía y el procesado, estableciendo también un deber correlativo del juez de conocimiento de velar por las garantías de las víctimas al momento de su aprobación (arts. 348, 350, 351 y 352 CPP).

Así las cosas, en su calidad de interviniente especial, afinada por vía jurisprudencial, la víctima funge *de facto* como un segundo acusador, con portentosas facultades probatorias e impugnatorias que ponen en duda la supuesta igualdad de armas que debe imperar en una metodología procesal adversarial. Esta metamorfosis del rol de la víctima, en suma con el resquebrajamiento de importantes garantías como la prescripción de la persecución penal, la cosa juzgada absoluta y el *non bis in idem*, ponen en evidencia los peligrosos efectos de un ambiguo discurso pro víctimas, directamente asociado con la expansión del derecho penal y sus usos populistas, pero escasamente preocupado por satisfacer cualquier interés legítimo de verdad, justicia y reparación.

De ahí que desde una óptica preocupada por los postulados autoritarios y eficientistas que orientan las transformaciones actuales de la justicia penal, se reclame una moderación de la participación de la víctima como interviniente especial al interior del proceso. Esto sin perjuicio, claro está, de una solución que permita devolverle al ofendido la gestión integral de su conflicto, preferiblemente por una vía alternativa a la penal, pues, como

bien lo advierte Julio González (2009), “si el interés por las víctimas va más allá de lo meramente retórico y por lo tanto es un interés realmente serio, ¿por qué solo se les ofrece el inútil, doloroso, problemático y quimérico recurso del derecho penal?” (pág. 20).

4.3. El régimen legal del acusador privado

La acusación privada es un mecanismo procesal mediante el cual el ofendido por una conducta punible puede ejercitar por sí mismo la persecución penal en contra de su presunto agresor. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, como el español, en los que dicha posibilidad es concedida de manera directa y exclusiva a la víctima de algunos delitos catalogados como privados, siendo los ejemplos prototípicos la injuria y la calumnia, el ordenamiento jurídico colombiano acogió un sistema de conversión mediante el cual la víctima de una lista bastante heterogénea de delitos puede actuar como acusador en el marco del procedimiento abreviado, ocupando el lugar de parte, siempre y cuando medie el consentimiento de la Fiscalía, pues esta conserva el ejercicio preferente de la persecución penal y, por tanto, es la llamada a delegarlo conforme a los parámetros que rigen la conversión, así como también a retomarlo cuando sobrevenga una causal de reversión.

De acuerdo con su fundamento constitucional (art. 250 par. 2º) y su desarrollo legal (arts. 549 y ss. CPP), la acusación privada se encuentra vinculada con el ejercicio de la denominada acción penal privada, formulación esta que puede resultar problemática desde un punto de vista teórico, teniendo en cuenta las numerosas controversias conceptuales y políticas que rodean la categoría procesal de acción, en general, y de acción penal, en particular (Binder, 2014; Pérez, 1998). En consecuencia, basta por ahora con advertir la inconveniencia de abordar la acusación privada desde la teoría de la acción procesal, siendo más adecuado entenderla como un mecanismo procesal de delegación de la persecución penal, diseñado conforme a unos intereses político-criminales específicos.

Según lo dispuesto en la Ley 1826, la facultad para solicitar la conversión y ejercitar la acusación privada recae sobre los particulares que sean víctimas directas o indirectas de una lista de conductas punibles específicas, así como sobre las autoridades públicas que la ley expresamente designe para ello (arts. 549 y 551 CPP). Toda vez que frente a esta última hipótesis

no existe desarrollo legal, es posible afirmar que hoy ninguna autoridad pública es competente para fungir como acusador privado, situación que, al parecer, no variará pronto, al menos por dos motivos. El primero, porque del ámbito de aplicación de la figura se excluyeron todas las conductas que atentan contra los bienes del Estado (art. 550 CPP), limitando bastante dicha posibilidad. El segundo, porque en la Resolución 2417 del 11 de julio de 2017 —en adelante R-2417—, por medio de la cual la Fiscalía General de la Nación reguló los procedimientos internos de conversión y reversión en cumplimiento del parágrafo del artículo 554 del CPP, se estableció categóricamente que las autoridades públicas no pueden ser acusadores privados (art. 15 par. 2°).

Con ocasión de las exigencias inherentes al ya derruido carácter adversarial del esquema de enjuiciamiento vigente, el legislador determinó que solo era posible la presencia de un único acusador privado por proceso (art. 555 CPP). En consecuencia, cuando concurren múltiples víctimas en un mismo escenario procesal, debe existir un acuerdo entre todas a efectos de poder solicitar la conversión, siendo necesario también contar con la aquiescencia de los afectados que aparezcan con posterioridad al inicio del respectivo trámite (art. 551 CPP). Esto implica el reconocimiento de una comunidad de intereses, que al fundarse en la existencia de un daño compartido, deben ser gestionados de modo simultáneo, imponiéndose así a quienes deseen ejercitar la acusación privada la obligación de actuar de manera conjunta y bajo la dirección de un solo individuo. En principio, esta medida parece salvaguardar los derechos defensivos del procesado, al garantizar un enfrentamiento en igualdad de condiciones contra una sola acusación sostenida por un único acusador (Binder, 2016, págs. 190-194; Maier, 2003, págs. 613-614). Sin embargo, es necesario advertir acerca del carácter meramente formal que puede ostentar tal previsión, pues no debe desconocerse que tras la artificialidad de dicha unidad sigue latiendo la fuerza material de varios acusadores.

La solicitud de conversión debe ser formulada ante el fiscal del caso a través de apoderado y hasta antes del traslado del escrito de acusación, con apego a los requisitos formales establecidos en la Ley 1826 (arts. 552 y 553 CPP) y en la R-2417 (art. 7). En caso de encontrarla incompleta, el fiscal la debe inadmitir y conceder tres días para que sea subsanada por el solicitante, so pena de que sea negada (art. 7 par. 1° R-2417). Una vez sea admitida, el fiscal dispone de un mes para resolverla (art. 553 CPP), verificando que no se presente alguna de las circunstancias que

impiden aprobar la conversión, relacionadas, en esencia, con los requisitos formales de la solicitud, las calidades personales y jurídicas del indiciado, la naturaleza y tipicidad de la conducta, la seguridad de la víctima y los intereses político-criminales del Estado³⁸ (art. 554 CPP y art. 8 R-2417). Si lo considera necesario, puede ordenar actividades investigativas con el fin de establecer si procede o no la conversión, conforme a necesidades de política criminal e interés colectivo (art. 9 par. 1° R-2417).

En caso de encontrar procedente la solicitud, el fiscal debe emitir un orden de conversión y proceder a realizar el traslado a la víctima de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, siguiendo los protocolos de cadena de custodia respectivos (art. 559 CPP y art. 12 R-2417). En dicha orden se debe individualizar al indiciado, delimitar el núcleo fáctico que será objeto de persecución y asignar una calificación típica provisional (art. 554 CPP), concretándose así los aspectos rígidos y esenciales del principio de congruencia, que definen el margen de actuación del acusador privado (Arias y Valencia, 2017, págs. 200-201). Si en el transcurso del proceso aparece un nuevo indiciado o resulta necesario modificar los hechos o la calificación jurídica, se debe informar al fiscal para que determine si tales situaciones permanecen cobijadas bajo la orden de conversión emitida o si hay lugar a proferir una orden de reversión (art. 10 par. R-2417).

Contra la decisión que resuelve la solicitud de conversión no procede ningún tipo de recurso, tanto en razón de su estatus jurídico de orden (art. 161 par. CPP y art. 5 R-2417), como por ser la misma una expresión de la titularidad sobre la persecución penal y de su ejercicio preferente. La orden de conversión tampoco es susceptible de ser revisada ante el juez de

38 Esta vaga circunstancia, contemplada en el literal h) del artículo 554 del CPP, fue desarrollada en el artículo 15 de la R-2417, en el que se establecieron ocho criterios de política criminal e interés del Estado, dentro de los cuales se destacan: la asimetría en el nivel social y capacidad económica de la víctima y el procesado, que la finalidad del proceso sea la administración de justicia y no la intimidación, la presencia de antecedentes de desviación de poder por parte de la víctima o el abogado que la representa, y cuando la Fiscalía considere que procede el archivo, la preclusión o el principio de oportunidad. A pesar de lo pertinentes que puedan resultar estos criterios, la realidad de la justicia penal colombiana, caracterizada por la criminalización de sectores sociales marginados, la utilización de la persecución penal con fines intimidatorios, la desviación de poder vinculada con prácticas de corrupción y la inaplicación de valiosos institutos como el principio de oportunidad, permite cuestionar la efectividad que aquellos tendrán, sobre todo, en la medida en que la orden de conversión no es susceptible de recursos ni de control judicial, según se verá.

control de garantías, lo que resulta bastante reprochable al tratarse de un acto de delegación de la persecución penal, sujeto a estrictos parámetros de legalidad, que tiene la virtud de incidir de manera determinante en los derechos de las víctimas y en las garantías del procesado, y en el que se fijan las bases fácticas y jurídicas que marcarán el curso del proceso, conforme al principio de congruencia. De allí que el único mecanismo disponible para impugnar la orden de conversión sea la tutela, tal y como lo ha permitido la Corte Constitucional en relación con otro tipo de órdenes emitidas por el fiscal, no susceptibles de control, como la del archivo de diligencias (Sentencia T-520A de 2009).

En cuanto a las competencias del acusador privado, estas no se encuentran delimitadas de manera taxativa, sino que se definen por vía de integración normativa en relación con las del fiscal, salvo cuando exista una previsión especial (art. 551 CPP). Esta cláusula abierta pone a disposición de la víctima todo un arsenal de facultades y mecanismos coactivos inherentes a su rol de acusador, que pueden afectar profundamente la libertad del procesado y que, en consecuencia, hacen de la acusación privada una poderosa herramienta institucional a disposición de los particulares.

De tal suerte, se destacan algunas potestades a las cuales la víctima no tenía acceso, o por lo menos no directamente, en el marco de su rol de interviniente especial, verbigracia, realizar actos de investigación complejos con apoyo de la Fiscalía (arts. 556 y 557 CPP)³⁹, solicitar órdenes

39 Toda vez que en la lista de actos de investigación complejos que el acusador privado “no podrá ejecutar directamente” (art. 556 CPP), no se encuentran referenciados todos los contemplados en el CPP (arts. 216 y ss.), cabe cuestionarse si los que fueron excluidos escapan de la competencia del acusador privado, o si, por el contrario, ello implica que no se encuentran sometidos a los condicionamientos de excepcionalidad y apoyo de la Fiscalía, sin perjuicio de los respectivos controles judiciales posteriores y previos ordenados por el legislador. Teniendo en cuenta que para efectos de determinar las competencias del acusador privado opera una cláusula abierta de integración, en relación con las del fiscal, podría concluirse que del hecho de que estos actos de investigación no se enlisten, no se deriva que el acusador privado no los pueda efectuar, sino, antes bien, que los puede desarrollar directamente, aunque con apego a criterios de urgencia y proporcionalidad, y con observancia de los límites inherentes a la naturaleza de las conductas que conforman el ámbito de aplicación de la acusación privada. No obstante, un ejercicio de interpretación restrictiva, articulado en torno a la sospecha frente al ejercicio de poder, llevaría a concluir que el acusador privado solo puede efectuar los actos de investigación enlistados y no otros, siempre por intermedio de la Fiscalía y luego de obtener aprobación judicial en sede de control previo, siendo este el camino que debe defenderse.

de captura ante el juez de control de garantías (art. 297 CPP)⁴⁰, efectuar negociaciones y preacuerdos (arts. 348 y ss. CPP), y ejercitar la acción civil al interior del procedimiento abreviado para buscar la reparación de perjuicios (art. 564 CPP). Igualmente, se encuentran otra serie de facultades, que si bien ya estaban al servicio de la víctima, aumentan su impacto cuando se combinan con la posibilidad de dirigir directamente el curso de la investigación y la persecución penal, conforme a su teoría del caso, resaltando entre todas la de solicitar la medida de aseguramiento (art. 558 CPP), mecanismo que la realidad de la justicia penal revela como un medio de presión dispuesto a ser utilizado mancomunadamente con el sistema de negociaciones.

En aras de prevenir la utilización indebida de este amplio abanico de potestades, el legislador estableció que el ejercicio de la acusación privada involucra el cumplimiento de una función pública transitoria, de manera que quien la promueva se encuentra sometido al régimen disciplinario y de responsabilidad penal propio de los fiscales (art. 551 CPP). En consecuencia, la Ley 1826 es enfática en precisar tres supuestos en los cuales hay lugar a predicar la responsabilidad del acusador privado: i) cuando se omita manifestar la existencia de un impedimento para promover la acusación privada (art. 554 CPP); ii) cuando la información obtenida en el marco de actuaciones investigativas se divulgue a terceros o se utilice para finalidades diferentes al ejercicio de la persecución penal (art. 557 par. 1°); iii) cuando se ejecuten actos de desviación de poder durante la realización de actos de investigación (art. 557 par. 2°). En igual sentido, la R-2417 señala dos eventos adicionales: i) cuando haya lugar a la reversión como consecuencia de la ausencia permanente del abogado (art. 22 par.); ii) cuando no se cumplan los protocolos de la cadena de custodia (art. 24 par.).

Por último, se tiene que la reversión procede en cualquier etapa del proceso, de oficio o a solicitud de parte, siempre que sobrevenga alguna de las circunstancias de rechazo de la conversión, así como también cuando

40 Al respecto, habría lugar a preguntarse si el acusador privado puede expedir órdenes de captura excepcionales (art. 300 CPP). Nuevamente, con ocasión de la problemática cláusula abierta de competencias, una primera conclusión sería que sí, pues no se contempló ninguna prohibición frente a ello. Empero, un ejercicio de interpretación restrictiva llevaría a un resultado contrario, si se parte de la agresividad que encierra dicha competencia, su falta de proporcionalidad en relación con las conductas que conforman el ámbito de aplicación de la acusación privada, y su marcado carácter excepcional.

se incurra en actos de desviación de poder en la realización de actos de investigación, ante la ausencia permanente del abogado de confianza del acusador privado y, en general, cuando se incumplan los lineamientos de la R-2417 (art. 560 CPP y art. 22 R-2417). Pese a las discusiones que la reversión puede suscitar, lo cierto es que la misma, mal que bien, es un mecanismo mediante el cual se puede controlar el uso indebido que se haga de la acusación privada, por lo que resulta políticamente imperioso defenderla⁴¹. Con todo, al igual que la orden de conversión, la orden de reversión tampoco es susceptible de recursos ni de control judicial, siendo ello reprochable en los términos ya expuestos.

En suma, este mecanismo difiere profundamente de las otras formas de participación que tiene la víctima en el proceso penal, al ofrecerle un control bastante amplio, aunque no ilimitado, sobre el curso de la investigación y la persecución, y al proveerla con todos los mecanismos coactivos propios del papel de acusador. Este rol puede concurrir los de querellante legítimo, cuando el delito a perseguir requiera la formulación de querrela, y de actor civil, cuando se reclame la reparación de los daños irrogados por la conducta punible en ejercicio de la acción civil. Pero siempre excluye la posibilidad de actuar como interviniente especial, calidad esta que se pierde una vez aprobada la conversión y que se recupera en el evento de suceder la reversión (art. 555 CPP), en razón de lo ilógico e inconveniente que resultaría aceptar que un mismo individuo persiga la condena de otro desde dos posiciones procesales diferentes, como parte y como interviniente, simultáneamente⁴².

41 Ángela María Buitrago (2017, págs. 37-38) plantea la imposibilidad de efectuar la reversión, con fundamento en la existencia de una supuesta confusión entre el ejercicio preferente de la persecución penal y la potestad para convertir y revertir, pues en su concepto la preferencia debe entenderse en “la cesión inicial y no en la creación de reconversiones que no tienen, en nuestro criterio, ningún fundamento procesal atendible”. Esta consideración no se comparte en virtud de dos razones: una de orden político ya expuesta, y otra de orden constitucional, referida a que, tal y como se desprende de la lectura literal de la parte final del parágrafo 2° del artículo 250 de la Constitución, “En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente”, el ejercicio preferente de la persecución penal abarca también la posibilidad de retomarla en cualquier momento.

42 Una opinión contraria es sostenida por Luisa Fernanda Caldas (2017, pág. 62), para quien no existe un obstáculo jurídico que impida que una víctima pueda actuar como acusador privado y como interviniente especial de forma paralela, más allá de las posibles incompatibilidades e inhabilidades que se generarían y darían lugar a las respectivas sanciones disciplinarias.

Ahora bien, considerando que abordar de manera detenida cada elemento de la figura del acusador privado excedería el análisis propuesto, en este acápite se estudian exclusivamente tres aspectos de su régimen legal, que ya fueron tocados de forma breve cuando se trató la modificación del proyecto de ley durante el trámite legislativo, y que ofrecen elementos para develar la que parece ser su verdadera racionalidad instrumental en el contexto de la reforma judicial: i) el ámbito de aplicación, conformado por una serie de conductas punibles vinculadas con la protección de importantes formas de capital; ii) el sistema de acción civil, que permite hacer uso de los mecanismos coactivos ofrecidos por el procedimiento abreviado, en conjunto con las potestades de acusador, para obtener una reparación patrimonial; iii) el deficiente acceso a la justicia, que completa la fórmula al hacer de la acusación privada una institución con un marcado carácter elitista y de tutela jurídica privilegiada.

4.3.1. El infundado ámbito de aplicación

La acusación privada tiene un ámbito de aplicación restrictivo, circunscrito a las conductas que deben ser tramitadas por el procedimiento abreviado, salvo cuando aquellas recaen sobre bienes del Estado, siendo claro que en estos casos el particular no tiene ninguna legitimación para ejercitar la persecución penal de modo privado (art. 550 CPP). En ese orden de ideas, la conversión procede, en primer lugar, frente a los delitos cuya persecución exija la formulación de querrela⁴³ (arts. 74 y 534 num. 1 CPP); en segundo lugar, frente a una heterogénea lista de delitos (art. 534 num. 2 CPP), estructurada a partir de dudosas razones dogmáticas.

Como se recordará, esta lista fue incluida durante el tercer debate del proyecto de ley, con ocasión de algunos cuestionamientos formulados por Néstor Humberto Martínez, luego de que fuera suprimido el régimen de contravenciones originalmente planteado. Al explicar y defender esta modificación, Belisario Moreno, uno de los asesores de política criminal del entonces fiscal general, señaló en el marco de la audiencia pública celebrada el 27 de octubre de 2016, que se había advertido la existencia

43 La conversión procede, incluso, cuando exista captura en flagrancia (art. 534 par. CPP), a pesar de que en dicho caso se exceptúe el requisito de la querrela (art. 74 par. CPP) y de que en muchas ocasiones sea inverosímil efectuar el trámite respectivo antes de que se realice el traslado del escrito de acusación, momento en el cual precluye la oportunidad de conversión.

de una confusión conceptual entre las categorías de contravención, asociada con la lesividad de las conductas, y de querrela, relativa a la órbita de afectación de las mismas, que amenazaba con generar problemas interpretativos en relación con la eliminación o sustitución de tipos penales, lo que dio lugar a la ineficacia del derecho penal. De tal suerte, y recogiendo sus palabras,

superando ese concepto de pequeñas causas, superando el concepto de contravenciones [...], se diseñó un procedimiento abreviado que tampoco responde exclusivamente a los delitos querellables, porque [...] se extendió a otras modalidades delictivas cuya característica esencial es [...] *que la afectación no supera la órbita del afectado o perjudicado* [énfasis añadido]. Ese es el listado que tenemos nosotros allí.

Esta explicación es bastante débil, pues no hay en ella una razón clara y coherente que justifique la supresión del sistema de contravenciones, más allá de la existencia de una supuesta confusión entre dos figuras que, si bien son diferentes, no son incompatibles, pudiéndose acudir al ámbito de aplicación de una, para definir el de la otra, máxime si se tiene en cuenta que catalogar una conducta como querellable, atendiendo a que sus resultados no superan la órbita personal de la víctima, exige también un análisis de su lesividad. De allí que, verbigracia, no todas las modalidades de lesiones personales o de hurto sean querellables, a pesar de recaer sobre el mismo bien jurídico y de afectar únicamente la esfera personal del perjudicado. Igualmente, dicha explicación tampoco justifica de manera satisfactoria la inclusión de otra serie de delitos no querellables dentro del ámbito de aplicación, pues siendo la órbita personal de afectación de la conducta el criterio supuestamente utilizado, no se entiende la razón por la que se contemplaron delitos que incluso protegen bienes jurídicos colectivos, y otros que, precisamente por su grado de lesividad, podrían llegar a trascender dicho criterio.

La explicación ofrecida por Belisario Moreno sería retomada y ampliada por Majer Abushihab unos meses después, en su intervención durante el *Segundo foro sobre el procedimiento abreviado y el acusador privado*, realizado en la Universidad EAFIT el 28 de febrero de 2017. Al respecto, el asesor del otrora fiscal general indicó que la recategorización de las conductas punibles como contravenciones acarrea problemas prácticos en relación con las condenas ejecutoriadas y los procesos en curso, a lo cual agregó que para definir el ámbito de aplicación, también se utilizaron criterios

como el carácter individual de los bienes jurídicos tutelados y la menor complejidad investigativa del delito.

A pesar de que estos argumentos parecen ser más rigurosos que los expuestos anteriormente por el otro asesor de política criminal, la verdad es que siguen siendo insuficientes por dos motivos. De un lado, los supuestos problemas atribuidos a la recategorización de las conductas punibles bien podrían haberse evitado modulando adecuadamente la vigencia de ley. Del otro, los criterios enunciados también se agotan, al tener presente que el ámbito de aplicación incluye conductas que atentan contra bienes jurídicos colectivos y que la complejidad investigativa de un delito puede variar en cada caso, lo que hace imposible su determinación *a priori*.

La fragilidad de los argumentos dogmáticos con los que se pretende justificar la alteración del ámbito de aplicación, no refleja una “ausencia de política criminal” o la “inexistencia de un factor que permita identificar la esencia” y “sustentar de manera adecuada la escogencia de estos tipos penales”, como algunos autores lo creen (Buitrago, 2017, pág. 34). Al contrario, es un claro indicador de que tras dicha modificación palpitan razones soterradas, pues, como ya se ha visto, el poder no suele adoptar decisiones con ligereza. En consecuencia, un vistazo con los lentes de la sospecha a las nuevas conductas que conforman el ámbito de aplicación, puede ofrecer una explicación más precisa y develar con claridad los criterios utilizados para seleccionarlas.

En este sentido, se encuentra como primer criterio el grado de congestión que algunas conductas le reportan a la Fiscalía, explicándose porqué, a pesar de ostentar un grado de lesividad capaz de trascender la esfera individual, se incluyeron casi todas las modalidades de lesiones personales⁴⁴ y de hurto⁴⁵, al igual que la inasistencia alimentaria, sin importar su adscripción al bien jurídico colectivo de la familia. Por su parte, como

44 De la lista se omitieron las causadas con ácido u otras sustancias, debido a razones de populismo punitivo, pues no debe olvidarse que esta conducta había sido tipificada recientemente con ocasión de la Ley 1773 de 2016 —*Ley Natalia Ponce*—, resultando bastante perjudicial situarla junto a una serie de conductas que eran denominadas comúnmente como “pequeñas causas”.

45 Al respecto, se excluyeron las últimas cinco circunstancias del hurto agravado, en las cuales se advierte un interés público del Estado, así como todas las del hurto atenuado; esto último, sin más justificación que el aparente desinterés del legislador en dicho delito.

segundo criterio se halla una estratégica preocupación por proteger el capital y las condiciones institucionales necesarias para el desarrollo del mercado, lo cual resulta coherente con la inclusión de conductas tan variadas como son todas aquellas que atentan contra el patrimonio económico⁴⁶, la información y los datos, y los derechos de autor, aunadas a otras que lesionan bienes jurídicos colectivos, como la fe pública, en el caso de la falsedad en documento privado, y el orden económico y social, en los supuestos de usurpación de derechos de propiedad industrial y de derechos de obtentores de variedades vegetales, uso ilegítimo de patentes, violación de reserva industrial y comercial, y ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico.

Partiendo de la insuficiencia dogmática de los argumentos oficiales, en conjunto con los criterios que realmente parecen haber sido utilizados para seleccionar las conductas que conforman el ámbito de aplicación, se evidencia una lógica eficientista, consistente en el reemplazo de una fundamentación teórica por un utilitarismo funcional a las conveniencias del poder. Por lo tanto, no debe sorprender la conexidad que este ámbito de aplicación guarda en relación con un entendimiento instrumental de las instituciones procesales, vinculado a un principio neoliberal de cálculo penal que encausa los mecanismos de respuesta punitiva hacia focos de criminalidad que le son intolerables.

En ese orden de ideas, se destaca la inclusión de delitos contra la información y los datos, bienes ambos que, según lo indica Harvey (2007), se presentan como un recurso imprescindible para el neoliberalismo en la medida en que permiten “guiar la toma de decisiones en el mercado global” y comprimen de manera espaciotemporal “la creciente densidad de las transacciones comerciales”, cualidad que resulta valiosísima en el marco de la globalización, pues “cuanto más amplia sea la escala geográfica [...] y más cortos los plazos de los contratos mercantiles, mejor” (pág. 8). A lo anterior se suma la rentabilidad que las plataformas digitales y los mercados de información han adquirido en relación con la proyección de publicidad dirigida, utilizando los datos del consumidor como materia prima (Srnicke, 2018).

46 Salvo por la extorsión, cuya exclusión se funda en el interés político-criminal del Estado en la desarticulación de bandas criminales, las cuales son asociadas comúnmente con dichas prácticas.

En igual sentido, se ubica la inclusión de delitos contra la propiedad intelectual e industrial que, como lo advirtió Hernández Forero (2001) al cuestionar el entonces novedoso catálogo de delitos tipificados en el Código Penal vigente, es posible encuadrar dentro del propósito

de abrir aún más el mercado interno a las empresas transnacionales, reduciendo al máximo el espacio del pequeño y mediano productor nacional, quien se ve enfrentado no solo a una competencia absolutamente desigual, sino a una legislación que blande la amenaza de la punición estatal: la quiebra de un lado y la cárcel del otro, para quien siquiera ose intentar hacerse a una minúscula porción del mercado. A la ley de la selva se le agrega, entonces, la utilización de la ventaja artera que el Estado consagra en el catálogo punitivo. (pág. 3).

Es claro, en este orden de ideas, porqué la represión de varias de las conductas incluidas en el ámbito de aplicación de la acusación privada atrae el interés de sectores sociales afiliados con el pensamiento neoliberal. De ahí que, ante la diagnosticada ineptitud de la Fiscalía, resulte más eficiente dotar a las élites de una herramienta institucional que les permita atacar directamente tales ilegalismos, con ocasión de sus recursos y capacidades investigativas superiores. Así lo exponen los defensores de la privatización de la persecución penal, destacándose entre todos Mery Angélica Mantilla (2014), quien afirma sin ambages lo siguiente:

La experiencia nos ha indicado que en materia corporativa, donde las empresas a nivel comercial y financiero cuentan ya con equipadas y expertas áreas de seguridad y jurídicas, se recaudan suficientes elementos probatorios que permiten la configuración de delitos que demandan una experiencia especializada en estos temas. Dicha situación no es comprendida, la mayor parte de las veces, por los fiscales de conocimiento. Así ocurre en temas relacionados con los delitos informáticos, el delito de prestación ilegal del servicio de telecomunicaciones, los delitos contra el sistema financiero, entre otros, que implican algunos conocimientos técnicos, financieros, bursátiles, y contables, con los [que] no cuenta la fiscalía.

Es en estos casos donde la posibilidad de privatización de la acción penal resulta útil y eficiente, pues una forma adecuada de descongestionar los despachos judiciales, iniciando por los procesos sometidos a indagación e investigación, es entregando a particulares con suficientes recursos, incentivos e interés el ejercicio de la acción penal [énfasis añadido]. (págs. 313-314).

Finalmente, y sin perjuicio de las consideraciones precedentes, conviene realizar una última crítica, partiendo esta vez de los mismos criterios y argumentos oficiales expuestos como justificación para definir las conductas susceptibles de conversión. Si tales delitos no superan la órbita de afectación personal de la víctima y son de interés exclusivamente particular, llegando incluso a ser disponibles en el caso de los querellables y pudiendo ser objeto de persecución penal privada, entonces ¿por qué no se despenalizan? En efecto, tal y como lo ordenan los principios de necesidad y mínima intervención, el derecho penal debe ser un mecanismo de *ultima ratio*, aplicable solo frente a los atentados más graves contra los bienes jurídicos más importantes, y cuando los demás mecanismos de protección ofrecidos por el Estado se muestren absolutamente ineficaces. Es urgente defender la propuesta de situar en un escenario civil el tratamiento de las conductas punibles de interés particular y de contenido exclusivamente económico, de suerte que se pueda reparar al ofendido y solucionar de forma adecuada el conflicto, en lugar de imponer una pena. Frente a esta cuestión conviene recoger las atinadas palabras de Daniel Pastor (2009):

El desinterés estatal por mantener en un sitio jurídico especialmente público todo lo relativo a la persecución de los delitos debería repercutir también en la propia naturaleza de la reacción frente a tal género de ilícitos. En otras palabras, a la supresión del carácter público de la acción debería seguirle —especialmente porque es algo previo aunque suene paradójico— la eliminación de la naturaleza estatal de la pena. Por esto también, la propuesta conversión del procedimiento de acción pública en procedimiento de acción privada ante la retirada del fiscal debería pasar a ser en realidad, ante la confirmación oficial del desinterés estatal, una disolución del ilícito penal en el mero ilícito civil remanente (principio de subsidiariedad), que es el ámbito más humano y racional en el cual se discuten y resuelven naturalmente los conflictos que solo afectan a los particulares, ello hasta el punto de concedérseles, por consiguiente, una disposición completa sobre la resolución del conflicto. (pág. 969).

En gracia de lo anterior, es bastante cuestionable que el legislador colombiano haya dotado a un selecto grupo de individuos con una herramienta institucional de orden punitivo, mediante la cual pueden tutelar sus intereses individuales y económicos, en lugar de haber despenalizado varias de las conductas que integran el ámbito de aplicación de la acusación privada, habida cuenta, justamente, de su naturaleza particular y de su

flagrante vinculación con la protección del capital, circunstancias ambas que obligan a situar las discusiones respectivas en un escenario civil.

4.3.2. La acción civil bajo las prerrogativas de la penalidad

Como se indicó en líneas anteriores, el sistema penal le ofrece a la víctima, en calidad de actor civil, la posibilidad de acudir al escenario aislado del incidente de reparación integral, para discutir la existencia de los perjuicios a ella irrogados con ocasión del delito. Sin embargo, cuando se ejercita la acusación privada, esta posibilidad desaparece y, en reemplazo, se faculta a la víctima para reclamar su reparación en el seno del procedimiento abreviado, evocando el tradicional sistema de acción civil previsto en los estatutos procesales anteriores a la Ley 906 de 2004, aunque con una regulación mucho más escueta (art. 564 CPP).

En gracia de lo anterior, el acusador privado debe formular su pretensión civil resarcitoria en el escrito de acusación que será objeto de traslado, y también durante la presentación del mismo en la audiencia concentrada. Esta pretensión debe estar fundamentada en pruebas que serán descubiertas, enunciadas y solicitadas en los términos y oportunidades previstos en el procedimiento abreviado, para luego ser practicadas en el juicio junto a aquellas orientadas a determinar la responsabilidad penal. La pretensión civil resarcitoria solo puede dirigirse contra el procesado, quien, en caso de ser encontrado responsable penalmente, será condenado en la misma sentencia a pagar los perjuicios causados, según lo que se logre acreditar en juicio por el acusador privado⁴⁷. Si el acusador privado no formula la pretensión de reparación en el marco del procedimiento abreviado, únicamente podrá acudir al proceso civil verbal para hacerla valer.

Ahora bien, según se advirtió ya, este mecanismo procesal fue introducido durante el tercer debate del proyecto de ley, con base en una proposición planteada por Néstor Humberto Martínez, quien desde el comienzo de su gestión como fiscal general de la nación reclamó un mecanismo eficiente

47 En vista de ello, debe concluirse forzosamente que, en ejercicio de la acción civil, no es posible vincular a los terceros civilmente responsables y a las empresas aseguradoras, lo cual se apoya en el hecho de que al vincularlos se incumplirían las exigencias adversariales que, precisamente, motivaron la creación del incidente de reparación integral como escenario procesal autónomo para discutir la pretensión resarcitoria y llevaron en su momento al decaimiento del sistema de acción civil.

para obtener la reparación patrimonial al interior del procedimiento abreviado. Con la incorporación de la acción civil este objetivo fue, sin lugar a dudas, satisfecho en su máxima expresión, en virtud de tres razones. En primer lugar, el ejercicio de la acción civil, concatenado con el de la acusación privada, pone a disposición del ofendido una serie de potestades coactivas con las cuales puede chantajear directamente al procesado para presionar una indemnización prematura, verbigracia, la opción de solicitar una medida de aseguramiento, la alternativa de concertar un preacuerdo que permita obtener una rebaja significativa de la pena e, incluso, la posibilidad de renunciar al ejercicio de la persecución penal.

En segundo lugar, habida cuenta del carácter célere y simplificado del procedimiento abreviado, la acción civil se impone sobre otros mecanismos procesales ofrecidos por el ordenamiento jurídico, como el incidente de reparación integral que, aunque comparte dichas características, es opacado al encontrarse ubicado luego de ejecutoriada la sentencia penal condenatoria; o el proceso civil verbal regulado en la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso —CGP—, que, si bien tiene una estructura bifásica tendiente a la resolución eficiente de las causas (arts. 372 y 373), puede resultar engorroso en razón de las gestiones iniciales y tiene una mayor duración.

En tercer lugar, el acusador privado dispone de un agresivo régimen cautelar en el procedimiento abreviado, si se le compara con el que tendría como demandante en el marco de un proceso civil verbal, a pesar de que ambos escenarios sean de naturaleza declarativa y de que en ellos se discuta la misma pretensión de reparación, lo cual hace de la acción civil un mecanismo más atractivo. En efecto, el procedimiento abreviado ofrece la posibilidad de solicitar ante el juez de control de garantías medidas cautelares reales tan lesivas como son el embargo y el secuestro sobre los bienes del procesado (art. 92 CPP), desde el traslado del escrito de acusación, cuando apenas hay una probabilidad de verdad sobre la reclamación del acusador privado⁴⁸. En contraste, el proceso civil condiciona la procedencia de las mismas medidas a la obtención de una

48 Esto, sin dejar de lado la prohibición de enajenar bienes sometidos a registro durante seis meses (art. 97 CPP), la cual puede ser solicitada en el marco de una audiencia preliminar independiente ante el juez de control de garantías, teniendo en cuenta que en el procedimiento abreviado no hay audiencia de imputación.

sentencia de primera instancia favorable al demandado (art. 590 num. 1 lit. b CGP), momento en el cual ya se ha alcanzado un alto grado de certeza sobre la existencia de la obligación de indemnizar⁴⁹.

Así las cosas, se tiene que el sistema de acción civil, incorporado a instancia del fiscal general, conjuga los privilegios de una serie de potestades coactivas ideales para ejercer presión sobre el procesado, un esquema de enjuiciamiento célere y un invasivo régimen de medidas cautelares reales, erigiéndose, entonces, como un eficiente mecanismo procesal destinado a reforzar las ya insospechadas capacidades de la acusación privada para defender el capital, al extender los alcances de la misma hacia el campo de lo civil, pero sin abandonar las prerrogativas de la penalidad.

Como correlato, la pretensión punitiva se transforma en un medio para satisfacer intereses económicos privados, y la pena se presenta como una simple condición para obtener una condena civil. Todo ello en el marco de un escenario donde, incluso, el tiempo de prisión puede palidecer con facilidad ante las millonarias condenas pecuniarias que, por ejemplo, podrían originarse a raíz de delitos contra la información, los derechos de autor y la propiedad industrial y comercial.

4.3.3. El selectivo acceso a la justicia

Como lo señalan Cappelletti y Garth (1996), no existe un significado unívoco y preciso del concepto *acceso a la justicia*. Sin embargo, este sirve para evaluar dos objetivos del aparato jurisdiccional, a través del cual los ciudadanos hacen valer sus derechos y resuelven sus controversias: “Primero, el sistema debe ser igualmente accesible para todos; segundo, debe dar resultados individual y socialmente justos” (pág. 10). Este

⁴⁹ Cabe resaltar que el CGP contempla las denominadas medidas cautelares innominadas (art. 590 num. 1 lit. c), según las cuales el juez, en caso de estimarlo razonable, puede decretar cualquier medida que considere conveniente para garantizar la tutela judicial efectiva del derecho discutido, abriéndose la posibilidad de que en un proceso declarativo de responsabilidad civil se decreten embargos y secuestros desde la misma presentación de la demanda. No obstante, para esto se deben esgrimir argumentos de peso que permitan dar cuenta de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, de manera que el peligro de la mora y la apariencia de buen derecho deben ser evidentes. En este sentido, no es muy posible que ocurra la hipótesis planteada, máxime porque el demandante dispone de la medida de inscripción de la demanda (art. 590 num. 1 lit. a CGP) que, si bien es menos lesiva, puede garantizar la tutela judicial efectiva.

concepto sugiere el abandono de una filosofía individualista, propia del liberalismo burgués de los siglos XVIII y XIX, bajo la cual la protección judicial se reducía a un mero derecho formal del ciudadano a defender su reclamación, sin consideraciones en torno a la desigualdad material de las partes o la disponibilidad de recursos, para, en su lugar, adoptar una visión más social, fundada en los reclamos de movimientos políticos nacidos a mediados del siglo XIX, que se oponían a las nociones privatistas heredadas de la Revolución francesa, acusadas de reproducir las desigualdades entre clases sociales y refrendar las estructuras de dominación existentes (López, 2004, págs. 45-47). Por lo tanto, no sorprende que los autores mencionados vean en el acceso a la justicia “el requisito más básico —el ‘derecho humano’ más fundamental— en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos” (págs. 12-13).

Las preocupaciones alrededor del acceso a la justicia han recaído tradicionalmente sobre el proceso civil, al ser este un escenario de confrontación entre particulares, regido por una lógica dispositiva capaz de emular y reproducir las desigualdades presentes en la sociedad. En contraste, el proceso penal ha escapado de tales cuestionamientos, al ser, en su caso, la justicia la que “accede” al ciudadano (Maier, 2003, págs. 598-600). Es apenas con el advenimiento del interés por la víctima y sus posibilidades de intervención, que puede advertirse un viraje en este panorama.

Al facultarse a la víctima para ejercitar en calidad de parte la persecución penal, se configura un escenario de lucha entre particulares que evoca ciertas lógicas del proceso civil, y que trae consigo varias de sus problemáticas, destacándose entre todas las denominadas barreras de acceso a la justicia. Al respecto, como lo señalan Cappelletti y Garth (1996), un acceso a la justicia en términos óptimos implica una perfecta “igualdad de armas”, en virtud de la cual el resultado de una disputa obedezca únicamente a “los relativos méritos jurídicos de cada una de las partes adversas, sin relación con otras diferencias que sean ajenas a la fuerza legal” (pág. 14). Empero, la realidad impone todo tipo de obstáculos de orden económico, social y cultural que impiden alcanzar una igualdad perfecta, creando barreras de acceso a la justicia.

En relación con el ejercicio de la acusación privada, se advierte la existencia de una barrera elemental, dada por los costos del proceso, más

puntualmente, por los honorarios correspondientes a la gestión de los abogados, que en muchas ocasiones pueden ser bastante cuantiosos (Cappelletti y Garth, 1996, págs. 14-17). En este sentido, la Ley 1826 recuerda de manera reiterada que la acusación privada solo puede ser ejercitada a través de un abogado (arts. 549, 553 y 555 CPP), pero calla frente a la posibilidad de asignar uno de oficio cuando la víctima carece de recursos suficientes para costear sus servicios, tal y como se prevé cuando actúa en calidad de interviniente especial (arts. 11 lit. h y 137 num. 5 CPP).

Como remedio ante esta situación, diagnosticada en varias oportunidades durante el trámite legislativo, se consagró la posibilidad de que los estudiantes de consultorio jurídico de las universidades debidamente acreditadas pudieran fungir como abogados de la víctima en ejercicio de la acusación privada (art. 549 CPP). No obstante, esta previsión resulta ineficaz si se tiene en cuenta que los estudiantes, al actuar en dicha calidad, se ven expuestos al régimen disciplinario y penal propio de los fiscales (art. 551 CPP), aspecto que, sin lugar a dudas, es un poderoso desincentivo que en la práctica reduce la oferta de tal servicio. A esto se suma el recelo puesto en aspectos tan técnicos y delicados como el cumplimiento de los protocolos de la cadena de custodia (R-2417 art. 24 par.), sin dejar de lado las demás hipótesis que pueden dar lugar a predicar la responsabilidad del acusador privado.

Una segunda solución de acceso a la justicia podría estar dada por la alternativa de aplicar extensivamente el derecho que tiene la víctima en su condición de interviniente especial a ser asistida por un abogado de oficio, acudiendo a criterios de igualdad y razones de verdad, justicia y reparación. Sin embargo, ello albergaría un problema de legalidad, no solo por carecer de un asidero normativo específico, sino también porque tal barrera parece emanar directamente de la voluntad del mismo legislador, quien categóricamente estableció que en caso de operar la reversión, la víctima recuperaría su calidad de interviniente y, en consecuencia, se le garantizaría la asistencia jurídica de un abogado (art. 555 CPP), dejando claro, entonces, que esto último no puede suceder cuando se ejercita la acusación privada.

Habida cuenta de la inexistencia de mecanismos eficaces de asesoría y representación legal gratuita, es dable concluir que quien desee ejercitar

la acusación privada tiene que contar con los recursos económicos suficientes para costear los servicios de un abogado, factor este que en una sociedad caracterizada por una profunda desigualdad social, se presenta como una tenaz barrera de acceso a la justicia, que aleja dicha institución de gran parte de la población, al tiempo que la sitúa en manos de un grupo privilegiado de individuos.

Esta barrera repercute de manera directa en la aplicación efectiva que tiene la acusación privada, pues los elevados costos asociados a la contratación de un abogado, marchitan cualquier incentivo o motivo razonable para que los particulares la ejerciten frente a delitos como la inasistencia alimentaria, las lesiones personales de baja entidad y los hurtos de poca monta padecidos diariamente por el ciudadano del común, para los cuales fue supuestamente diseñada dicha institución conforme a las justificaciones oficiales.

Como correlato del carácter elitista de la acusación privada, se acentúa otra importante barrera y, a la vez, uno de sus mayores peligros: la asimetría entre las partes. En efecto, poseer recursos económicos se traduce en una ventaja obvia para el acusador privado a la hora de promover sus pretensiones punitivas y de reparación, existiendo una relación directa entre su capacidad de gasto y la posibilidad de hacer valer con más fuerza sus argumentos, al disponer, por ejemplo, de una asesoría legal más cualificada, de peritaciones privadas a la carta y, en general, de mejores capacidades investigativas y de recolección de información (Galanter, 2001).

Finalmente, a lo anterior se aúna la posición institucional privilegiada que ocupa el acusador privado al interior del proceso abreviado, pues, como se ha destacado ya, aquel cuenta con un abanico de potestades y dispositivos coactivos, que no solo le permiten presionar enérgicamente al procesado, sino, además, aprovechar y reproducir las desigualdades materiales existentes entre ambos. En este contexto, el sistema de negociaciones y preacuerdos juega un papel crucial, toda vez que con él “no se garantiza un consenso, sino solo un compromiso, al cual la parte más débil debe adherirse, por necesidad, al punto de vista de la parte más fuerte” (Schünemann, 2002, pág. 300), renunciando a sus derechos y exponiéndose a todas las consecuencias adversas que pueda tener la negociación. Desdichadamente, esta parte más débil es, por regla general,

un individuo perteneciente a una clase social más baja, representado por un defensor público poco comprometido con sus intereses (Schünemann, 2007, pág. 121).

4.4. La racionalidad instrumental tras el velo

En gracia de las reflexiones precedentes, se puede concluir que la acusación privada, desde el punto de vista de su configuración legal, funge como un mecanismo de tutela jurídica privilegiada, propio de un derecho penal de clase, por tres razones: i) se encuentra estratégicamente configurada para defender importantes formas de capital; ii) concentra un arsenal de potestades en manos de los sujetos privados, cuyo ejercicio trasciende el campo de la penalidad y logra extenderse hasta las disputas pecuniarias de la esfera civil; iii) es accesible únicamente para quienes tengan suficientes recursos económicos.

La racionalidad instrumental de la acusación privada se aleja, entonces, de toda la retórica oficial, que la presenta como un valioso remedio de acceso a la justicia para el “ciudadano de a pie”, que tiene como efecto colateral el de descongestionar los despachos de la Fiscalía, para identificarse, finalmente, con los soterrados postulados eficientistas del neoliberalismo, respondiendo a su demanda de mecanismos procesales que permitan proteger el capital, en el marco de una comprensión formal y utilitarista de las instituciones estatales. Por lo tanto, cabe cuestionar el amañado uso justificatorio que le dan los sectores oficiales a los intereses de las víctimas, en aras de legitimar reformas a la justicia penal, cuyo único objetivo real gravita alrededor de la satisfacción de una excluyente política criminal.

En gracia de lo anterior, resulta imprescindible reclamar la abolición de la figura del acusador privado o, por lo menos, defender una propuesta en torno a su racionalización, sustrayendo y restringiendo algunas de sus potestades —como lo hizo el legislador frente a la posibilidad de realizar actos de investigación complejos—, y controlando su manejo mediante un reequilibrio del proceso penal, que contribuya a limitar el ejercicio de poder inherente a la persecución penal, bien sea privada o pública. Ello, teniendo presente, ante todo, la inusitada relevancia que ostenta la fase de investigación como verdadero epicentro del proceso penal, con ocasión de la sustitución que experimenta el juicio oral a manos de las terminaciones anticipadas.

En ese orden de ideas, se encuentra la propuesta de realizar un control judicial material de la acusación que permita, como se ha dicho ya, corroborar tempranamente la viabilidad sustancial, probatoria y procesal de la pretensión punitiva. En los mismos términos debe promoverse un control sobre los preacuerdos celebrados entre el acusador y el procesado, que incluya una verdadera revisión en torno al acatamiento de las garantías fundamentales, así como una verificación efectiva de las condiciones en las cuales se produjo el consenso, a efectos de contrarrestar cualquier tipo de violencia, presión externa o chantaje, que haya podido alterar el ejercicio libre y consciente de la voluntad del procesado. Conviene, igualmente, reclamar que todo preacuerdo y allanamiento cumpla con una garantía de suficiencia probatoria real y no simplemente formal, que aun cuando no alcance un grado de certeza o de convencimiento más allá de toda duda razonable, sí refleje la posible existencia de responsabilidad penal y sirva para constatar, en sede del control judicial propuesto, que no se haya tratado de un convenio impuesto unilateralmente por el acusador, con el ánimo de librarse por completo de su carga de investigar y probar.

También es pertinente efectuar una revisión del régimen de libertad y, en especial, de la medida de aseguramiento y sus condiciones de procedencia, de manera que pueda limitarse su uso como medio para presionar terminaciones anticipadas. De tal forma, habría lugar a exigir un grado de suficiencia probatoria superior al estándar actual de una inferencia razonable, de por sí comparable con una simple sospecha y, en consecuencia, violatorio de la presunción de inocencia. Asimismo, es pertinente proscribir los juicios anticipados de culpabilidad ligados al uso de reprochables criterios de peligrosidad, propios de añejos modelos positivistas y de un revaluado derecho penal de autor, como los que parecieron informar la presunción de peligro para la sociedad incluida en una penosa disposición de la Ley 1826 (art. 313 num. 4 par. CPP), que por fortuna fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional (Sentencia C-567 de 2019).

A su vez, corresponde evaluar el agresivo régimen de medidas cautelares reales, para ajustar su lesividad a la naturaleza declarativa del proceso penal, de suerte que se conserve un criterio juicioso de proporcionalidad entre la afectación a los derechos del procesado y la incertidumbre de la pretensión civil resarcitoria alegada por el acusador privado. Para ello podría acudirse a medidas cautelares reales menos agresivas, presentes en

el concierto del proceso civil, como la inscripción de la demanda y, en igual sentido, condicionar la procedencia del embargo, el secuestro y la prohibición de enajenar, a la obtención de una sentencia condenatoria de primera instancia, cuando ya debería haber un primer atisbo de certeza, y no al simple traslado del escrito de acusación, cuando apenas existen sospechas. O bien, podría establecerse un régimen de cauciones que permita, al menos, garantizar un equilibrio formal de la relación procesal.

En último lugar, hay que resaltar nuevamente la urgencia de despenalizar varias de las conductas que conforman el ámbito de aplicación de la acusación privada, en virtud de su exclusivo interés particular y su contenido eminentemente económico, con el objetivo de situar su tratamiento en un escenario civil que, en lugar de la imposición de una pena, privilegie la reparación del ofendido y la solución del conflicto, conforme a los dictados de los principios de necesidad y mínima intervención que condicionan el ejercicio de poder penal dentro de un Estado de derecho.

* * *

Auscultada ya la racionalidad instrumental de la acusación privada, a partir de una lectura dogmática y crítica de algunos aspectos centrales de su régimen legal, resulta pertinente abordar, a manera de reflexión final, una última cuestión, esta vez de orden político, en relación con la titularidad del poder de acusar y la conveniencia de entregar a la víctima el ejercicio de la persecución penal.

La titularidad del poder de acusar: una cuestión política

Sin perjuicio de las consideraciones anteriores en torno a la racionalidad instrumental de la acusación privada, lo cierto es que tras esta institución palpita una importante cuestión que merece ser abordada: ¿se justifica entregar a la víctima el ejercicio de la persecución penal? Como es obvio, esta pregunta encierra un sinnúmero de discusiones que tocan aspectos tan medulares como las teorías de la pena, la naturaleza del derecho penal e, incluso, la justificación del mismo, al tratarse de una cuestión directamente relacionada con la distribución del poder de castigar en una sociedad determinada (Maier, 1992). Por lo tanto, a continuación no se busca abordar de modo exhaustivo este asunto, sino simplemente plantear algunas reflexiones que permitan dar cuenta del trasfondo político inherente al poder de acusar y tomar una postura frente a la pregunta formulada.

Ante todo, es necesario advertir de nuevo que estas páginas comulgan con la idea de reafirmar la ilegitimidad del derecho penal, “habida cuenta de su carácter fisiológicamente autoritario y su connivencia desgraciada con todas las estructuras injustas de dominación, y la insufrible violencia que lo caracteriza” (Calle, 2005, pág. 147). En este sentido, aunque se reclame su abolición en favor de métodos alternativos para la solución de conflictos que favorezcan un ideal democrático de justicia restaurativa, lo cierto es que a partir de lo remoto que resulta dicho objetivo, los esfuerzos deben encausarse hacia la limitación y racionalización del ejercicio de poder penal, pero también hacia la reafirmación de valores democráticos que, por lo menos, atemperen su incontestable ilegitimidad.

Orientada en tal sentido la discusión, corresponde iniciar retomando las ideas de Francesco Carrara (1957, págs. 317-319), que si bien tienen un trasfondo iusnaturalista y parten de una concepción retributiva de la pena, sirven para ilustrar el profundo significado político que hay tras la potestad de acusar. En este sentido, para el autor existe una relación directa entre el grado de libertad civil de los ciudadanos y la facultad que estos tengan para promover la persecución penal. De dicha relación nacen tres sistemas que él denomina *natural*, *liberal* y *restrictivo*, organizados según a quien corresponda la persecución penal. Así, en el natural aquella corresponderá exclusivamente al individuo agraviado o a su familia y sus representantes; en el liberal a cualquier ciudadano que desee actuar en defensa de la sociedad, sin importar si es o no el ofendido; y en el restrictivo, a un funcionario público designado expresamente para ello.

Para el interés de la cuestión propuesta, conviene centrar la atención sobre los sistemas natural y restrictivo, frente a los cuales el autor expresa que “la organización del procedimiento penal será tanto más digna de alabanza, cuanto el ejercicio de la acción penal se acerque más, por parte de los *ofendidos*, al sistema *natural*, y cuanto menos conserve del sistema *restrictivo*, que es una tradición del despotismo” (1957, pág. 330). Carrara identifica, entonces, un vínculo entre el carácter democrático o tiránico del Estado y la configuración natural o restrictiva de la persecución penal, respectivamente, relación que él ilustra magistralmente al indicar que la autoridad es tiránica

cuando en algún caso le niega al individuo la facultad de perseguir, inclusive de manera *legal*, las ofensas inferidas a su propio derecho; y es tiránica, porque despoja al derecho primitivo de su contenido necesario, es decir, de la potestad de defenderse. Hay una verdadera y efectiva restricción del derecho, cuando no se les concede a todos, con general beneplácito, la manera con que el orden social quiere que sea reemplazada la *defensa privada violenta*. La autoridad social pudiera decirle al individuo: “No violo tus derechos en ninguna de sus partes, cuando te prohíbo defenderlos con tus propias manos, ya que te ofrezco las mías, siempre listas para defenderte; así te protejo mejor, y no puedes quejarte de que se haya violado un derecho al que le concedo una futura defensa más amplia y poderosa”. Mas para que en este raciocinio haya verdad, es preciso que el modo subrogado sea *perpetuamente accesible* al individuo ofendido; de otra manera, está claro que habría violación del derecho en su contenido, y por ende habría tiranía, en todas aquellas

circunstancias en que, dejando en pie la prohibición de la *defensa privada violenta*, los ordenamientos vigentes en el Estado añadieran también la prohibición de la *defensa legal*. En tales contingencias sería hipócrita la tranquilizadora promesa: “Te quito la *defensa privada*, porque te doy la *defensa pública*, que te asegura mejor aquella protección que es contenido y complemento de tu derecho”. Y el agraviado podría entonces, con toda razón, decirle a la autoridad: “No, tú no eres sincera; me has engañado; me has privado de la *defensa privada*, y ahora me niegas la *defensa pública*; así dejas mi derecho *indefenso*, que es lo mismo que dejarlo despojado de lo que constituye su actividad y su vida”. (1957, pág. 322).

Estas ideas expresan un sentir liberal y democrático a ojos del cual una sociedad es tiránica cuando sus integrantes son despojados de la potestad de perseguir penalmente a sus agresores, y lo es todavía más cuando el Estado, autor de dicho despojo, se muestra incapaz de tutelar de modo adecuado los intereses de las víctimas. No hay duda de que un razonamiento similar fue el que inspiró la adopción de la acusación privada en el ordenamiento jurídico colombiano: ante la diagnosticada ineficacia de la Fiscalía General de la Nación, se otorga a los particulares la potestad de promover la persecución penal para que ellos mismos defiendan sus intereses. Sin embargo, según se ha constatado ya, dicha figura no se inspira en un verdadero espíritu liberal, preocupado por limitar el poder y democratizar su ejercicio, sino que esconde un interés neoliberal, plasmado en una configuración elitista y clasista de la institución, ante la cual Carrara, enfilado en contra de los privilegios injustificados, diría que una sociedad también es tiránica cuando solo confiere a unos pocos la potestad de acusar y defender sus derechos.

A la luz de lo anterior, habría lugar a concluir que la decisión de ofrecerle —o devolverle— a la víctima la potestad de acusar acercaría el derecho penal, al menos en teoría, a valores más democráticos y a un ideal de libertad ciudadana en los términos expuestos, al ser el titular del derecho violentado el único llamado a decidir sobre el ejercicio de la persecución penal. Naturalmente, tal potestad debe ser concedida de manera general y directa, sin que medie decisión alguna de la autoridad, sin exclusiones y sin privilegios, pues, de lo contrario, se estaría simplemente frente a otra herramienta más del poder.

El hálito democratizador de esta propuesta se acompasa, a su vez, con varias de las preocupaciones contemporáneas no abolicionistas en torno

a la participación de la víctima en el proceso penal. En efecto, admitir que esta ejercite la persecución de manera directa y exclusiva, implica un reconocimiento inicial de la titularidad de su conflicto y, con ello, de la facultad para disponer del mismo, siendo este el primer paso en la senda de la “privatización de los conflictos”, señalada por algunos autores como el camino hacia un derecho penal mínimo (Baratta, 2004, pág. 316). Esto es fundamental, por cuanto, como lo enseña la historia, la redefinición del conflicto particular entre el agresor y el ofendido, en uno público entre el delincuente y el Estado, solo ha servido para afinar la capacidad de control social estatal, generalmente orientada a la satisfacción de los intereses egoístas de quienes se ubican en el vértice del poder, en lugar de beneficiar los intereses reales y concretos de la víctima.

A pesar de las consideraciones anteriores, lo cierto es que cualquier tipo de compromiso con la idea de entregarle a la víctima el ejercicio preferente de la persecución penal, despierta de inmediato un profundo malestar en varios sectores doctrinales, que ven en el carácter oficial de la acusación una conquista de la razón, al tiempo que conciben su privatización como la puerta hacia la venganza privada del ofendido contra el autor de la conducta punible (Ferrajoli, 1995). Empero, varias razones sirven para rebatir fácilmente este temor, destacándose, por ejemplo, las siguientes: i) las garantías del procesado actuarían como controles de la actuación del ofendido; ii) como bien lo recuerda Binder (2014), “ha sido el Estado el mayor productor de violencia inútil en el desarrollo de los sistemas penales” (pág. 346); iii) recogiendo los cuestionamientos del mismo Carrara (1957), “¿acaso los juicios y prejuicios (o sea los vaticinios) del ministerio público tienen el don de la infalibilidad?” (pág. 327); iv) en cualquier caso, el ejercicio de la acusación por vías institucionales implica la racionalización de dicha venganza, por más que siga siendo violenta.

Con todo, y por mucho que una institución se considere valiosa, no se puede ignorar el contexto político, social e institucional en el cual esta se desenvolverá, pues ello implicaría caer en “un exceso de idealismo, de falta de olfato histórico y de trascendentalismo trasnochado”, siendo ello, precisamente, una importante dificultad de orden teórico para analizar apropiadamente la justicia penal (González, 1999, pág. 22). En este sentido, habría que preguntarse, de acuerdo con Binder (2004), “en un contexto de víctimas extremadamente pobres, victimizadas por victimarios igualmente pobres, ¿qué función cumple

la privatización del proceso penal?” (pág. 318). Al respecto, el autor ofrece la siguiente respuesta:

Aquí la discusión está abierta. Por un lado, se sostiene que, de todos modos, el derecho penal y el proceso penal nunca le han dado nada bueno ni a la víctima ni al imputado pobres. Por el otro, se afirma que esto significa abrir el camino hacia nuevas formas de “control social horizontal”, donde grupos sociales igualmente marginados, se lanzan a una guerra sorda y continua entre sí, mientras el Estado deja ese terreno “libre”, ya que, en términos globales, ese control social horizontal sirve a sus fines de control social vertical, en manos de grupos sociales muy definidos.

La simplificación del proceso de la mano de la recuperación de los derechos de las víctimas puede tener un sentido dual que todavía no ha sido suficientemente esclarecido por la práctica: o conduce a la democratización del proceso, abandonando la idea central de la sanción penal en pos de un respeto a la redefinición privada del conflicto, o bien lleva a una retirada del poder penal del Estado, para facilitar que las grandes desigualdades de la propia base social generen nuevas formas de control. (págs. 318-319).

En un sentido similar, Maier (2003) advierte que

la disolución del conflicto social en uno que solo pone en juego intereses privados, contrapuestos directamente, terminará por arrojar su solución al juego de las presiones y sutiles coacciones sociales, de manera que los más fuertes y los más poderosos triunfarán sobre los más débiles, menos poderosos, cualquiera que sea la posición procesal que ellos ostenten en un proceso concreto. (pág. 598).

A diferencia de las objeciones tradicionales, organizadas en torno a un infundado temor a la venganza privada, que parece desconocer las arbitrariedades e injusticias en las que diariamente se incurre por cuenta de la persecución penal oficial, la perspectiva planteada por los autores citados sí ofrece un contraargumento de peso frente a la idea de entregar a la víctima el ejercicio de la persecución penal. En efecto, aunque esta potestad fuese concedida en forma directa y general, lo más probable es que padecería las dificultades señaladas previamente. Por lo tanto, y a pesar de la bondad de algunas justificaciones, debe concluirse que mientras el contexto de desigualdad social perviva, alimentándose de las

lógicas de acumulación intrínsecas a la arquitectura de gobierno vigente, la acusación privada se presentará como un simple instrumento más para el ejercicio de poder por parte de las élites, muy lejano a cualquier proyecto democratizador e, inevitablemente, perdido en los muros de los laberintos eficientistas.

Conclusiones

Como lo revela una revisión histórica de las formas de administrar justicia penal, la configuración de la potestad de acusar se erige como una importante decisión de política criminal, inescindiblemente ligada a las necesidades de la arquitectura de poder vigente, con la capacidad de influir de manera determinante en la distribución del mismo, en la gestión del conflicto y en la organización social.

En la actualidad, los sistemas de administración de justicia experimentan un nuevo y vertiginoso proceso de transformación, que si bien se encuentra atravesado por múltiples fuerzas y actores internacionales y domésticos, obedece fundamentalmente a los designios de la estrategia de gobierno del neoliberalismo estadounidense y su visión eficientista de las instituciones estatales, según la cual estas no son más que herramientas formales orientadas a proteger y fortalecer las condiciones de acumulación de capital requeridas para el desenvolvimiento de mercado, fuente del poder de las élites que controlan el Estado y la política a nivel global. En este escenario, la justicia penal, como condición para la realización del poder penal del Estado, se presenta como un importante mecanismo de control social encargado de neutralizar individuos peligrosos, suprimir fenómenos criminales que afecten el correcto desarrollo de las prácticas mercantiles y reprimir ilegalismos que amenacen los derechos liberales individuales.

Un recorrido por las transformaciones recientes de la justicia penal colombiana, muestra la influencia que ha tenido el neoliberalismo en la configuración de las instituciones locales y en la determinación de la agenda político-criminal, en el marco de un escenario de crisis institucional dominado por la congestión, la morosidad y la impunidad. Así, se destaca la cruzada por implementar el sistema procesal adversarial de corte

estadounidense, comenzando con la introducción de la Fiscalía General de la Nación y el fortalecimiento del sistema de delaciones durante la década del noventa, hasta llegar finalmente a la expedición de la Ley 906 de 2004, con su afinado arsenal de mecanismos de terminación anticipada.

Empero, ante la pervivencia del diagnóstico de crisis institucional, aun después de haber entrado en funcionamiento el nuevo esquema de procesamiento adversarial, emerge en el imaginario de los reformadores la idea de desmonopolizar el ejercicio de la persecución penal, como una alternativa asequible y ajustada a las tendencias vigentes en el derecho comparado, pensada inicialmente para hacer frente a la congestión padecida por el ente acusador. Es así como luego de recorrer un sendero de tropiezos, tensiones e inflexiones, nace a la vida jurídica la Ley 1826 de 2017 y, con ella, la figura de la acusación privada, presentada por la retórica oficial como un remedio de acceso a la justicia para el ciudadano del común.

No obstante, una mirada a los vaivenes de su trámite legislativo, en conjunto con un estudio de algunos aspectos de su configuración legal, como lo son su ámbito de aplicación, su sistema de acción civil y sus infranqueables barreras de acceso a la justicia, revela su soterrado compromiso con los postulados eficientistas del discurso neoliberal. En ese orden de ideas, la acusación privada termina exhibiéndose realmente como un mecanismo de tutela jurídica privilegiada, propio de un derecho penal de clase, estratégicamente configurado para defender importantes formas de capital, al concentrar en manos de un selecto grupo de individuos, un conjunto de potestades y dispositivos coactivos, cuyo ejercicio y aplicación desborda la esfera penal y llega a extenderse, incluso, sobre el campo civil. De ahí la imperiosa necesidad de abolir la figura en cuestión o, por lo menos, de reequilibrar algunos aspectos de la fase investigativa del proceso, con el objetivo de controlar y limitar el ejercicio de poder inherente a la persecución penal, tanto privada como pública.

Dicho lo anterior, no es prudente dejarse seducir por cualquier discurso que vea en la acusación privada un mecanismo democrático, dirigido a tutelar derechos y libertades ciudadanas, sin importar lo atractiva que tal imagen pueda ser. En cambio, ante el idealismo excesivo, siempre será oportuno observar el contexto político, social e institucional en el que se desenvolverá una institución jurídica específica, así como los intereses

y actores que la promueven y participan en su elaboración, pues solo así podrán advertirse con cautela los resultados que su implementación tendrá, bien sea como un mecanismo funcional a un auténtico y anhelado proyecto democratizador o, por el contrario, como un simple instrumento más al servicio de las conveniencias del poder, confinado en los muros de los laberintos efficientistas.

Referencias

Libros

Ambos, K. (2007). Breves comentarios sobre la reforma judicial en América Latina. En: K. Bodemer; F. Carrillo (eds.). *Gobernabilidad y reforma política en América Latina y Europa* (págs. 256-264). La Paz: GIGA, BID, REDGOB y Plural editores.

Ángel, J. (2017). Los actos de investigación del acusador privado en Colombia. Un Reto para el Legislador, la Fiscalía y la Judicatura. En: C. A. Guzmán (coord.). *Acusación privada y sistema acusatorio* (págs. 183-227). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

Arias, C.; Valencia, C. (2017). *El procedimiento penal abreviado y el acusador privado. Análisis a partir de la Ley 1826 de 2017*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.

Baratta, A. (2004). Principios de Derecho Penal Mínimo. En: *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)* (págs. 299-333). Buenos Aires: Editorial B de F.

Beccaria, C. (1993). *Tratado de los delitos y de las penas*. Argentina: Heliasta.

Bentham, J. (1843). *Tratados sobre la organización judicial y la codificación*. Madrid: Oficina del Establecimiento Central.

Bermúdez, A. (2017). Comentarios a la Ley 1826 de 2017. Procedimiento especial abreviado y acusador privado. En: C. A. Guzmán (coord.). *Acusación privada y sistema acusatorio* (págs. 115-181). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

Binder, A. (1999). Las Reformas Procesales Penales en América Latina. En: A. Fuentes; J. Granados (eds.). *Garantismo, eficiencia y reforma procesal penal en Colombia* (págs. 119-139). Bogotá: Tercer Mundo.

__. (2004). Límites y posibilidades de la simplificación del proceso. En: *Justicia penal y Estado de derecho* (págs. 58-78). Buenos Aires: Ad-Hoc.

- ___ (2013). *Derecho procesal penal. Tomo I*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- ___ (2014). *Derecho procesal penal. Tomo II*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- ___ (2016). Comunidad de querellantes y acusadores públicos. Litisconsorcio y derecho a una única acusación. En: ICDP. *XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (págs. 175-194). Bogotá: Universidad Libre.
- Bovino, A. (2001). Procedimiento abreviado y juicio por jurados. En: J. Maier; A. Bovino (comps.). *El procedimiento abreviado* (págs. 53-95). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- ___ (2009). *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Buitrago, Á. (2012). El acusador privado. En: ICDP. *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (págs. 593-611). Bogotá: Universidad Libre.
- ___ (2017). Ejercicio de la acción penal a la víctima: Ley 1826 de 2017 ¿acusador privado? En: ICDP. *XXXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (págs. 17-48). Bogotá: Universidad Libre.
- Caldas, L. (2017). Acusador privado: ¿mecanismo para garantizar derechos de las víctimas? En: ICDP. *XXXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (págs. 49-77). Bogotá: Universidad Libre.
- Cappelletti, M.; Garth, B. (1996). *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Carnelutti, F. (1994). *Cuestiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Librería El Foro.
- ___ (2013). *Cómo se hace un proceso*. Medellín: Pandora Ediciones.
- Carrara, F. (1957). *Programa de derecho criminal. Parte general. Volumen II*. Bogotá: Temis.
- Christie, N. (1992). Los conflictos como pertenencia. En: J. Maier (comp.). *De los delitos y de las víctimas* (págs. 157-182). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Corporación Excelencia en la Justicia [CEJ]. (2011). *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia*. Bogotá: Kimpress.
- ___ (2012). *Balance del funcionamiento del sistema penal acusatorio. Boletín de actualización 2010-2011*. Bogotá: Kimpress.
- ___ (2015). *Balance diez años del funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia*. Bogotá: Legis.
- Cuentas, R. (2018). *Manual de procedimiento penal especial abreviado y del acusador privado*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez.

- Damaska, M. (2000). *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Escobar, E. (2018). *Anotaciones sobre el procedimiento penal especial abreviado*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.
- Fiscalía General de la Nación. (2017a). *Manual de Procedimiento Abreviado y Acusador Privado*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación.
- Foucault, M. (2007). *El nacimiento de la biopolítica*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- . (2009). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. México: Siglo XXI.
- . (2011). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.
- Galanter, M. (2001). Por qué los ‘poseedores’ salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico. En: M. García. *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos* (págs. 69-103). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- García, M.; Rodríguez, C.; Uprimny, R. (2006). Una nueva aproximación al debate sobre la justicia, los derechos sociales y la democracia en Colombia. En: *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (págs. 15-45). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- González Jaramillo, J. (2019). *El control de la imputación: una reflexión acerca de los límites del poder de formular cargos en el Estado de Derecho, a partir de la dogmática procesal*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- González Zapata, J. (1991). La Fiscalía General de la Nación y el sistema penal Acusatorio. En: L. Álvarez. *Doce ensayos sobre la Constitución* (págs. 231-237). Medellín: Señal Editora.
- Granados, J. (1999). La propuesta de un Nuevo Código de Procedimiento Penal. En: A. Fuentes; J. Granados (eds.). *Garantismo, eficiencia y reforma procesal penal en Colombia* (págs. 3-73). Bogotá: Tercer Mundo.
- Grosso, M. (1999). *La reforma del sistema penal colombiano: la realidad detrás de la imagen. Perspectiva Político criminal*. Bogotá: Ibáñez.
- Guzmán, C. A. (2017). Acusación privada. Análisis de la Ley 1826 de 2016 [sic]. En: *Acusación privada y sistema acusatorio* (págs. 259-291). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Hartmann, M.; Villadiego, C.; Riego, C. (2007). La reforma procesal penal en Colombia. En: CEJA. *Reformas procesales penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento, IV etapa* (págs. 101-143). Santiago: CEJA.

- Harvey, D. (2007). *Breve historia del neoliberalismo*. Madrid: Ediciones AKAL.
- Iturralde, M. (2010). *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Jaurès, J. (1979). *Causas de la Revolución Francesa*. Barcelona: Editorial Crítica.
- Langbein, J. (2001). Tortura y plea bargaining. En: J. Maier; A. Bovino (comps.). *El procedimiento abreviado* (págs. 3-30). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Langer, M. (2001). La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. En: J. Maier; A. Bovino (comps.). *El procedimiento abreviado* (págs. 97-133). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- . (2007). *Revolución en el Proceso Penal Latinoamericano: Difusión de las Ideas Legales desde la Periferia*. Santiago: CEJA.
- Le Bon, G. (1912). *La Revolución Francesa y la psicología de las revoluciones*. Santiago: Editorial Chile.
- Le Goff, J. (1999). *La civilización del Occidente medieval*. Barcelona: Paidós.
- López, D. (2004). *Nuevas tendencias en la dirección del proceso*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Maier, J. (comp.). (1992). *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- . (1993). Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica. Los proyectos para la reforma del sistema penal. En: *Reformas procesales en América Latina: la oralidad en los procesos* (págs. 146-163). Santiago: Corporación de Promoción Universitaria.
- . (1999). *Derecho Procesal Penal. Tomo I: Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- . (2000). Prólogo. En: J. Maier; A. Bovino (comps.). (2001). *El procedimiento abreviado* (págs. I-III). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- . (2003). *Derecho Procesal Penal. Tomo II: Sujetos procesales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Martínez, N. (1995). La modernización de los sistemas judiciales. En: *Justicia y desarrollo. Una agenda para el siglo XXI*. Bogotá: Ministerio del Derecho y la Justicia.
- . (1998). Rule of Law and Economic Efficiency. En: E. Jarquín; F. Carrillo (eds.). *Justice Delayed: Judicial Reform in Latin America* (págs. 3-13). Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Montesquieu. (1845). *Espíritu de las Leyes*. Madrid: Imprenta de Don Marcos Bueno.

Ocampo, J.; Romero, C.; Parra, Á. (2007). La búsqueda, larga e inconclusa, de un nuevo modelo (1981-2006). En: J. Ocampo (comp.). *Historia económica de Colombia* (págs. 341-418). Bogotá: Planeta.

Pastor, D. (2009). Una ponencia garantista acerca de la acusación particular en los delitos de acción pública. En: *XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal - Hacia el Bicentenario. Por una Justicia transparente. En homenaje al Dr. Augusto Mario Morello*. Buenos Aires: UBA.

Parra, M. V. (2017). El acusador privado en Colombia. En: ICDP. *XXXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (págs. 79-100). Bogotá: Universidad Libre.

Pava, M. (2009). La defensa de tercero civilmente responsable en el sistema procesal penal acusatorio colombiano: Propuesta sistemática para la protección de sus garantías ante el retroceso legislativo y jurisprudencial en el reconocimiento de sus facultades defensivas. En: ICDP. *XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (págs. 171-216). Bogotá: Universidad Libre.

Pérez, J. (1998). *La acusación popular*. Granada: Editorial Comares.

Rodríguez, C. (2006). Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo. En: R. Uprimny; C. Rodríguez; M. García. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (págs. 405-469). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Rodríguez, C.; Uprimny, R. (2006). ¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia. En: R. Uprimny; C. Rodríguez; M. García. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (págs. 109-146). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Roxin, C. (2000). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Sánchez, A. (2017). *Entre el control de la criminalidad y el debido proceso: una historia del proceso penal colombiano*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.

Santos, B. (2001). Derecho y democracia: la reforma global de la justicia. En: B. Santos; M. García. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia* (págs. 151-207). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Saray, N. (2017). *Procedimiento Penal Acusatorio*. Bogotá: Leyer.

Schünemann, B. (2002). ¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). En: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio* (págs. 289-302). Madrid: Tecnos.

Soboul, A. (1972). *Compendio de la historia de la Revolución Francesa*. Madrid: Tecnos.

- __. (1994). *La Revolución Francesa. Los acontecimientos que transformaron la historia*. Madrid: Globus.
- Sotomayor, J. (2008). Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa. En: J. Díez; O. García. *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo* (págs. 75-118). Buenos Aires: B de F.
- Srnicek, N. (2018). *Capitalismo de plataformas*. Buenos Aires: Caja Negra Editora.
- Struensee, E.; Maier, J. (2000). Introducción. En: J. Maier; K. Ambos; I. Woischnik (coords.). *Las reformas procesales penales en América Latina* (págs. 17-32). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Taruffo, M. (2006). Racionalidad y crisis de la ley procesal. En: *Sobre las fronteras. Escritos sobre justicia civil* (págs. 45-56). Bogotá: Temis.
- __. (2009). Cultura y proceso. En: *Páginas sobre justicia civil* (págs. 189-211). Madrid: Marcial Pons.
- Tomás y Valiente, F. (1990). Delincuentes y pecadores. En: VV. AA. *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas* (págs. 11-31). Madrid: Alianza Editorial.
- Uprimny, R. (2001a). Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia. En: B. Santos; M. García. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia* (págs. 261-315). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- __. (2001b). El “laboratorio” colombiano: narcotráfico, poder y administración de justicia. En: B. Santos; M. García. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia* (págs. 371-414). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Uprimny, R.; Rodríguez, C.; García, M. (2006). Justicia, democracia y violencia en Colombia: la evolución del sistema judicial en las últimas dos décadas. En: R. Uprimny; C. Rodríguez; M. García. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (págs. 265-317). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Urbano, J. (2013). El control de la acusación en el sistema acusatorio colombiano. En: F. Velásquez; et. al. (coords.). *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro homenaje al profesor Nodier Agudelo Betancur* (págs. 1391-1422). Bogotá: Ibáñez.
- Valencia, H. (2010). *Cartas de Batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Panamericana Editorial.
- Vargas, Á. (1998). *La Fiscalía General de la Nación desde el “Sueño de la Mariposa”*. Ibagué: Forum Pacis.
- Vargas, Á.; Vargas, R. (2018). Sobre el procedimiento especial abreviado y la intervención del acusador privado. En: *Procedimiento especial abreviado y acusador privado* (págs. 17-132). Valencia: Tirant lo Blanch.

Vélez, L. G. (2012). *Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Zweig, S. (2011). *El mundo de ayer: memorias de un europeo*. Barcelona: Acantilado.

Artículos de revista

Arenas, L.; Gómez, G. I. (2000). En busca de justicia en los tiempos de reformas judiciales: estudios de caso en Colombia, Perú y Venezuela. *Revista El Otro Derecho* (25), diciembre de 2000, págs. 181-228.

Bovino, A. (2014). La persecución penal pública en el derecho anglosajón. *Aequitas* (6), mayo-agosto de 2014, págs. 13-84.

Burgos, G. (1999). Reforma judicial, desarrollo económico y banca multilateral. *Revista Derecho del Estado* (7), diciembre de 1999, págs. 191-201.

__. (2000). ¿De qué Estado de derecho nos habla el Banco Mundial? 1992-1998. *Revista El otro derecho* (24), agosto de 2000, págs. 47-95.

Calle, A. (2005). Acerca de la Reforma Procesal Penal. Una primera aproximación. *Nuevo Foro Penal* (67), enero-junio de 2005, págs. 145-175.

Chaves, E. (2013). La Acción Penal Privada y su implementación en Colombia. *Revista Vía Iuris* (14), enero-junio de 2013, págs. 167-185.

Duce, M.; Pérez, R. (2001). Seguridad ciudadana y reforma de la justicia en América Latina. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 34(102), septiembre-diciembre de 2001, págs. 755-787.

Fiscalía General de la Nación. (2017b). Palabras del Sr. Fiscal General de la Nación, Néstor Humberto Martínez Neira, en el acto de celebración de los 25 años de la Fiscalía General de la Nación. *Revista Huellas* (91), julio de 2017, págs. 6-12.

González Zapata, J. (1999). Algunas visiones sobre la crisis de la administración de justicia. *Nuevo Foro Penal* (62), diciembre de 1999, págs. 3-23.

__. (2009). Y ahora... en nombre de la humanidad. *Diálogos de Derecho y Política* (2), septiembre-diciembre de 2009, págs. 1-22.

__. (2010). La criminalización de la crítica. *Estudios Políticos* (36), enero-junio de 2010, págs. 95-109.

Grosso, M. (2005). ¿Justicia material o eficientismo punitivista? Las dos caras de la reforma al sistema penal colombiano. *Revista IUSTA* (22), enero-junio de 2005, págs. 13-43.

- Hernández, F. (2001). La reforma del sistema penal. Una justicia coja con muletas norteamericanas. *Revista Deslinde* (29), julio de 2001, págs. 1-6.
- Langer, M. (2014). La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo. *Revista de Derecho Público* (32), enero-junio de 2014, págs. 1-34.
- Mantilla, M. (2014). Privatización de la acción penal: un concepto ajustado al derecho penal moderno. *Precedente* (4), enero-junio de 2014, págs. 293-322.
- Matusan, C. (2013). La Acción Penal Privada y la afectación de derechos fundamentales. *Revista Vía Iuris* (14), enero-junio de 2013, págs. 187-197.
- Matusan, C.; Chávez, E. (2013). La pérdida del monopolio en el ejercicio de la acción penal y los límites constitucionales de su regulación en Colombia. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi* 8(2), págs. 5-32.
- Mir Puig, S. (2012). Evolución de las ideas políticas y evolución del Derecho penal. *Libertas* (0), junio de 2012, págs. 4-16.
- Molina, M. (2018). Una reflexión sobre el nuevo procedimiento penal abreviado y el acusador privado. *Revista Verba Iuris* 13(39), enero-junio de 2018, págs. 107-122.
- Pérez, W. F. (2010). La crítica en un entorno trampero. *Revista electrónica Diálogos de Derecho y Política* (3), págs. 1-28.
- Schünemann, B. (2007). Sistema penal acusatorio. Aspectos problemáticos. *Revista IUSTA* (27), julio-diciembre de 2007, págs. 111-125.
- Vargas, R. (2012). El ejercicio de la acción penal en Colombia. Reflexiones en torno a la reforma al artículo 250 de la Constitución Nacional. *Cuadernos de Derecho Penal* (7), enero de 2012, págs. 59-88.

Normas

- Congreso de la República de Colombia. (2 de noviembre de 1993). Ley 81 de 1993. Por la cual se introducen modificaciones al Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial: 41.098.
- __. (21 de febrero de 1997). Ley 365 de 1997. Por la cual se establecen normas tendientes a combatir la delincuencia organizada y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial: 42.987.
- __. (24 de julio de 2000). Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial: 44.097.
- __. (24 de julio de 2000). Ley 600 de 2000. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial: 44.097.

__. (19 de diciembre de 2002). Acto Legislativo 03 de 2002. Por el cual se reforma la Constitución Nacional. Diario Oficial: 45.040.

__. (7 de julio de 2004). Ley 890 de 2004. Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal. Diario Oficial: 45.602.

__. (31 de agosto de 2004). Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial: 45.658.

__. (28 de junio de 2007). Ley 1142 de 2007. Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana. Diario Oficial: 46.673.

__. (31 de julio de 2007). Ley 1153 de 2007. Por medio de la cual se establece el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal. Diario Oficial: 46.706.

__. (12 de julio de 2010). Ley 1395 de 2010. Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. Diario Oficial: 47.768.

__. (24 de junio de 2011). Ley 1453 de 2011. Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. Diario Oficial: 48.110.

__. (24 de noviembre de 2011). Acto Legislativo 06 de 2011. Por el cual se reforma el numeral 4 del artículo 235, el artículo 250 y el numeral 1 del artículo 251 de la Constitución Política. Diario Oficial: 48.263.

__. (12 de julio de 2012). Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial: 48.489.

__. (12 de enero de 2017). Ley 1826 de 2017. Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado. Diario Oficial: 50.114.

Constitución Política de Colombia. (20 de julio de 1991). Gaceta Constitucional 116 de 1991.

Fiscalía General de la Nación. (11 de julio de 2017). Resolución 2417 de 2017. Por medio de la cual se establece el procedimiento interno para garantizar un control de la conversión y reversión de la acción penal.

Ministerio de Justicia y del Derecho. (20 de febrero de 2012). Resolución 0111 de 2012. Por medio de la cual se crea la Comisión Asesora para la Desmonopolización de la Acción Penal y se establecen su integración, funciones, reuniones y Secretaría Técnica.

__. (23 de mayo de 2014). Resolución 0255 de 2014. Por la cual se deroga la Resolución 0111 de 20 de febrero de 2012.

Presidencia de la República de Colombia. (30 de noviembre de 1991). Decreto 2699 de 1991. Por el cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación. Diario Oficial: 40.190.

—. (30 de noviembre de 1991). Decreto 2700 de 1991. Por medio del cual se expiden y se reforman las normas de procedimiento penal. Diario Oficial: 40.190.

—. (16 de febrero de 2012). Decreto 379 de 2012. Por el que se corrige un yerro en el Acto Legislativo número 6 del 24 de noviembre de 2011, “por el cual se reforma el numeral 4 del artículo 235, el artículo 250 y el numeral 1 del artículo 251 de la Constitución Política”. Diario Oficial: 48.345.

Jurisprudencia

Corte Constitucional. (18 de febrero de 1993). Sentencia C-052 de 1993. [M.P. Jaime Sanín Greiffenstein].

—. (6 de julio de 1995). Sentencia C-293 de 1995. [M.P. Carlos Gaviria Díaz].

—. (3 de abril de 2002). Sentencia C-228 de 2002. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Eduardo Montealegre Lynett].

—. (9 de junio de 2005). Sentencia C-591 de 2005. [M.P. Clara Inés Vargas Hernández].

—. (26 de septiembre de 2005). Sentencia C-979 de 2005. [M.P. Jaime Córdoba Triviño].

—. (3 de octubre de 2005). Sentencia C-1001 de 2005. [M.P. Álvaro Tafur Galvis].

—. (15 de noviembre de 2005). Sentencia C-1154 de 2005. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa].

—. (1 de febrero de 2006). Sentencia C-046 de 2006. [M.P. Álvaro Tafur Galvis].

—. (1 de febrero de 2006). Sentencia C-047 de 2006. [M.P. Rodrigo Escobar Gil].

—. (31 de mayo de 2006). Sentencia C-423 de 2006. [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto].

—. (31 de mayo de 2006). Sentencia C-425 de 2006. [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto].

—. (7 de junio de 2006). Sentencia C-454 de 2006. [M.P. Jaime Córdoba Triviño].

—. (21 de marzo de 2007). Sentencia C-209 de 2007. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa].

—. (11 de julio de 2007). Sentencia C-516 de 2007. [M.P. Jaime Córdoba Triviño].

—. (10 de septiembre de 2008). Sentencia C-879 de 2008. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa].

—. (17 de junio de 2009). Sentencia C-409 de 2009. [M.P. Juan Carlos Henao Pérez].

—. (31 de julio de 2009). Sentencia T-520A de 2009. [M.P. Mauricio González Cuervo].

—. (6 de abril de 2011). Sentencia C-250 de 2011. [M.P. Mauricio González Cuervo].

—. (23 de agosto de 2012). Sentencia C-645 de 2012. [M.P. Nilson Pinilla Pinilla].

—. (10 de julio de 2013). Sentencia C-433 de julio de 2013. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva].

—. (20 de noviembre de 2013). Sentencia C-839 de 2013. [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

—. (27 de noviembre de 2019). Sentencia C-567 de 2019. [M.P. Alberto Rojas Ríos].

Documentos oficiales

Comisión Asesora para la Desmonopolización de la Acción Penal [CADAP]. (12 de abril de 2012). Acta 3.

—. (9 de mayo de 2012). Acta 6.

—. (21 de mayo de 2012). Acta 8.

—. (16 de julio de 2012). Acta 11.

—. (3 de septiembre de 2012). Acta 12.

—. (29 de noviembre de 2012). Acta 15.

—. (23 de enero de 2013). Acta 16.

—. (12 de agosto de 2013). Acta 17.

—. (27 de agosto de 2013). Acta 18.

Congreso de Colombia. (26 de abril de 2002). Gaceta del Congreso 134.

—. (23 de julio de 2003). Gaceta del Congreso 339.

—. (23 de agosto de 2006). Gaceta del Congreso 307.

—. (27 de abril de 2011). Gaceta del Congreso 206.

- ___ (12 de agosto de 2011). Gaceta del Congreso 598.
- ___ (30 de marzo de 2012). Gaceta del Congreso 133.
- ___ (2 de agosto de 2012). Gaceta del Congreso 481.
- ___ (18 de octubre de 2013). Gaceta del Congreso 840.
- ___ (18 de septiembre de 2014). Gaceta del Congreso 514.
- ___ (16 de abril de 2015). Gaceta del Congreso 205.
- ___ (23 de julio de 2015). Gaceta del Congreso 512.
- ___ (12 de agosto de 2015). Gaceta del Congreso 591.
- ___ (25 de agosto de 2015). Gaceta del Congreso 624.
- ___ (1 de octubre de 2015). Gaceta del Congreso 775.
- ___ (3 de diciembre de 2015). Gaceta del Congreso 1016.
- ___ (25 de agosto de 2016). Gaceta del Congreso 659.
- ___ (14 de septiembre de 2016). Gaceta del Congreso 754.
- ___ (4 de octubre de 2016). Gaceta del Congreso 834.
- ___ (2 de noviembre de 2016). Gaceta del Congreso 960.
- ___ (1 de diciembre de 2016). Gaceta del Congreso 1075.

Departamento Nacional de Planeación [DNP]; Dirección de Justicia y Seguridad [DJS]. (Septiembre de 2006). *Balance Plan Colombia 1999-2005*.

Artículos de prensa

Caballero, A. (23 de abril de 2016). Un fiscal general muy particular. *Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/antonio-caballero-nestor-humberto-martinez-carece-de-sentido-de-lo-publico/470633>

Lewin, J. (11 de julio de 2016). Néstor Humberto Martínez, el Fiscal del poder. *La Silla Vacía*. Recuperado de <http://lasillavacia.com/historia/nestor-humberto-martinez-el-fiscal-del-poder-56403>

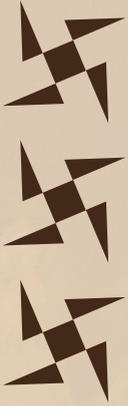
Presidencia de la República. (13 de enero de 2017). Declaración del Presidente Juan Manuel Santos en la promulgación de la Ley de Procedimiento Especial Abreviado. Presidencia de la República. Recuperado de <http://es.presidencia.gov.co/discursos/170113-Declaracion-del-Presidente-Juan-Manuel-Santos-en-la-promulgacion-de-la-Ley-de-Procedimiento-Especial-Abreviado>

Rugeles, G. (11 de julio de 2016). Néstor Humberto Martínez, un abogado del poder que alcanza la Fiscalía. Las 2 Orillas. Recuperado de <https://www.las2orillas.co/nestor-humberto-martinez-un-abogado-del-poder-que-alcanza-la-fiscalia/>

Videos

Comisión Primera de la Cámara de Representantes. (27 de octubre de 2016). 27 de octubre de 2016 A [archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=iaNmZ4pOMj8>

Fiscalía General de la Nación. (1 de agosto de 2016). Discurso Néstor Humberto Martínez durante su posesión [archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=Y5iJE-HZqwA>



Por medio de su libro *El acusador privado en los laberintos eficientistas*, Felipe Villa García realiza una juiciosa reconstrucción del sistema de acción penal en Colombia, desde la perspectiva de las transformaciones de la justicia penal.

El texto se compone de cinco capítulos: 1. Un panorama histórico, 2. Un marco actual de condiciones, 3. Una reconstrucción, 4. Una mirada dogmática y 5. Una cuestión política. A través de estos, el autor va mostrando el proceso de construcción del régimen de la acción penal, que de ser una prerrogativa del Estado justificada como un ejercicio “legítimo” de la violencia, ha pasado a ser una prerrogativa de los particulares —o al menos de algunos pudientes particulares—, justificada ahora como un supuesto derecho de las víctimas.

David Enrique Valencia Mesa



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

