



Via Inveniendi Et Iudicandi
E-ISSN: 1909-0528
revistaviei@usantotomas.edu.co
Universidad Santo Tomás
Colombia

Matusan Acuña, Christian Eduardo; Chaves Peña, Edwin Manuel
LA PÉRDIDA DEL MONOPOLIO EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL Y LOS
LÍMITES CONSTITUCIONALES DE SU REGULACIÓN EN COLOMBIA.

Via Inveniendi Et Iudicandi, vol. 8, núm. 2, julio-diciembre, 2013, pp. 5-32
Universidad Santo Tomás
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560258674002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

LA PÉRDIDA DEL MONOPOLIO EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL Y LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES DE SU REGULACIÓN EN COLOMBIA.

Christian Eduardo Matusan Acuña¹
Edwin Manuel Chaves Peña²
Fundación universitaria Los Libertadores

Fecha de entrega: 15.03.2014
Fecha de evaluación: 30.04.2014
Fecha de aprobación: 01.05.2014

RESUMEN

El presente artículo lleva a cabo un análisis reflexivo del acto legislativo 6 de 2011 por medio del cual se autorizó el ejercicio de la acción penal privada en Colombia. Dicho análisis consiste específicamente en precisar la relación existente entre la acción penal privada y el sistema procesal de raigambre acusatorio. A su vez, analiza los límites constitucionales que el nuevo texto constitucional impondría al legislador a la hora de reglamentar la institución mencionada. Para ello, estudiaremos los conceptos de bien jurídico, lesividad y la condición de víctima, conforme a lo señalado por la doctrina nacional y extranjera más calificada, la jurisprudencia, y el texto de las leyes nacionales pertinentes.

PALABRAS CLAVE.

Acción penal privada, principio de lesividad, víctimas, sistema penal acusatorio.

¹ Abogado de la Universidad de La Sabana, candidato a magister en ciencias penales y criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Director de investigación dentro del proyecto "Evolución y Tendencias de la Titularidad y Obligatoriedad de la Acción Penal en Colombia" de la facultad de Derecho, Ciencia Políticas y Relaciones Internacionales de la Fundación Universitaria Los Libertadores. Docente Universitario. Consultor y litigante en materia penal.

² Abogado de la Universidad de La Sabana, especialista en ciencias penales y criminológica de la Universidad Externado de Colombia, candidato a magister en derecho penal de la Universidad Santo Tomás (Colombia) en convenio con Universidad de Salamanca (España), coinvestigador Fundación Universitaria Los Libertadores dentro del proyecto "Evolución y Tendencias de la Titularidad y Obligatoriedad de la Acción Penal en Colombia", asesor en materia penal del Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación de la Universidad de La Sabana, consultor y litigante en materia penal.

Lost of monopoly in the exercise of criminal action and the limits of its constitutional regulation in Colombia

ABSTRACT

This article conducts a thoughtful analysis of the legislative act 6th 2011 by which it is authorized the exercise of private prosecution in Colombia. This analysis is specifically to clarify the relationship between the private prosecution and adversarial litigation system. At the same time, analyzes the constitutional limits that the new constitution would impose the legislative to regulate such institution. To do this, we will study the concepts of legal asset, harmfulness and victim status, as indicated by the most qualified national and foreign doctrine, case law, and the text of the relevant national laws.

Key words

Private prosecution, harm principle, victims, accusatory system.

A perda do monopólio no exercício da ação penal e os limites constitucionais da sua regulação na Colômbia

RESUMO

O presente artigo leva a cabo um análise refletivo do ato legislativo 6 de 2011, por meio do qual foi autorizado o exercício da ação penal privada na Colômbia. Dito análise consiste especificamente em precisar a relação existente entre a ação penal privada e o sistema processual do raizame acusativo. À sua vez, analisa os limites constitucionais que o novo texto constitucional imporia ao legislador á hora de regulamentar a instituição mencionada. Para isso, estudaremos os conceitos de bem jurídico, lesividade, e a condição da vitima, conforme ao assinalado pela doutrina nacional e estrangeira mais qualificada, a jurisprudência, e o texto das leis nacionais pertinentes.

PALAVRAS CHAVE.

Acción penal privada, principio de lesividad, víctimas, sistema penal acusativo.

Introducción

Colombia se encuentra *ad portas* de materializar un cambio de no poca monta en lo que a la administración de justicia en materia penal refiere: la persecución del delito, que tradicionalmente se encontraba de manera exclusiva en cabeza del Estado, podrá ser ejercida, en ciertos casos señalados por la ley, por los propios ciudadanos que han sido víctimas de tales conductas punibles. En tal medida, el presente artículo de investigación es el resultado de un análisis descriptivo, reflexivo y crítico sobre el acto legislativo que modificó nuestra carta política para permitir la "desmonopolización"³ en el ejercicio de la acción penal. A su vez, es propositivo en cuanto a los límites Constitucionales exigidos para que los ciudadanos puedan fungir como acusadores en causa propia.

Una de las características cardinales de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho consiste en la materialización de la Justicia como mecanismo idóneo para la coexistencia apacible y la protección de las garantías de sus ciudadanos. Por tal razón, nuestra Constitución Política prevé como finalidades del Estado, entre otras, las de: "*asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (...) proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades (...)*"⁴

³. Acto legislativo 6 de 2011. Por el cual se reforma el numeral 4 de artículo 235, el artículo 250 y el numeral 1 del artículo 251 de la Constitución Política. Noviembre 24 de 2011. DO. N° 48.263. Artículo segundo, párrafo 2o. "*Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente.*" (Resaltos fuera de texto).

⁴. Constitución Política de Colombia [CPC], promulgada el 4 de julio de 1991. De los principios fundamentales, artículo 2: "*Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la*

Dichas dispensas fundamentales son de tal envergadura axiológica que hacen meritoria su protección, incluso bajo la amenaza de la imposición de una pena privativa de la libertad.⁵ Por tal razón, y en lo que al ejercicio de *iuspuniendi* concierne, la salvaguardia de la persona humana requiere, entre otros, de un ordenamiento jurídico tendiente a garantizar su existencia y subsistencia digna,⁶ siendo necesario para ello la tipificación de aquellas conductas que, por su lesividad, son susceptibles de la más drástica de las sanciones legítimas. La prohibición de ciertas conductas y la consecuente imposición de una pena no solamente cumplen la función teleológica de acentuar la vigencia de la norma como modelo de conducta social sino también, entre otras, la de proteger las prerrogativas jurídicas indispensables⁷ para la sociedad como prenda de garantía de un orden social justo. En tal medida, el derecho penal actúa como valquiria de bienes jurídicos imprescindibles.⁸

Así las cosas, la forma en la cual se ejerce la acción penal impacta directamente las finalidades del Estado ya citadas, toda vez que la manera en la que se persigue la criminalidad incide en factores determinantes respecto de la administración de justicia

vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

⁵. En otras latitudes menos garantistas, la pena acarrea incluso el quebranto, a manos del Estado, de la propia vida humana.

⁶. Constitución Política de Colombia [CPC], promulgada el 4 de julio de 1991. De los derechos fundamentales, artículo 1: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.” (Resaltos nos pertenecen).

⁷. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 026 de 1995. (M.P. Carlos Gaviria Díaz) “la pena (...) tiene como fin asegurar la convivencia pacífica de todos los residentes en Colombia, mediante la protección de bienes jurídicos de que son titulares las personas...” En igual sentido: T- 596 de 1992, (M.P. Ciro Angarita Barón.)

⁸. Carlos BERNAL PULIDO, *EL DERECHO de los derechos*. Universidad EXTERNADO DE COLOMBIA. Pág. 126. “Mediante el derecho penal, el Estado protege los derechos fundamentales de las injerencias más intensas provenientes de los poderes públicos y de los particulares”.

tales como: congestión o descongestión judicial, celeridad en las investigaciones, "justicia selectiva", acceso a la justicia, índices de impunidad, inversión requerida para la rama judicial, prescripción de los procesos penales, entre otros. Por tales razones, aunadas a la concepción de Justicia y desarrollo histórico de las Naciones, la manera en la cual se pone en práctica la persecución del delito (**acción penal**) fluctúa, a nivel internacional, entre la obligatoriedad (**legalidad**) en la persecución de todos los delitos cometidos dentro de un determinado territorio y la discrecionalidad (**oportunidad**) o selectividad en la persecución de los mismos.

A su vez, dicha fluctuación varía también entre el *monopolio absoluto del ejercicio de la acción penal* por parte del Estado y la inexistencia de dicho monopolio dado que en algunas latitudes, y dependiendo de la *menor gravedad o afectación del bien jurídico tutelado*, el particular puede ejercer la persecución de la conducta delictiva que, en éstos casos, se denomina **acción penal privada**.

De modo tal que el estudio, descripción y reflexión sobre la forma en la cual Colombia ha regulado y seguirá regulando el ejercicio de dicha acción, dadas las actuales tendencias, impacta de manera directa el requerido orden social justo, cuando menos en lo que al derecho penal atañe. En especial, afecta la forma en la cual Colombia reacciona frente a los delitos de menor impacto social, situación a todas luces importante dentro de un Estado que pretende, cada vez más, efectivizar la protección de sus ciudadanos.

I. Del sistema procesal adversarial y su estrecha relación con la acción penal privada

La reciente modificación constitucional⁹ que incorporó a nuestro ordenamiento la acción penal privada, aunada a su posterior regulación, entronca con el acto legislativo 03 de 2002¹⁰ que permitió la implementación del sistema penal de fuerte tendencia adversarial en nuestro país. Si bien, una y otra han sido modificaciones constitucionales con casi diez años de por medio, lo cierto es que entre ellas existe cierta coherencia jurídico pragmática. En tal medida, es menester abordar, cuando menos tangencialmente, la naturaleza "pragmática" de los procesos penales de raigambre anglosajón a efectos de comprender con mayor claridad la relación existente entre la nueva figura jurídica objeto de estudio y nuestro más reciente sistema de procesamiento en materia criminal.

Sin lugar a dudas, los procesos de globalización han permeado, al igual que en la política y la economía, las instituciones jurídicas de América Latina. En palabras de WILLIAM TWNING, "*el término globalización se refiere a aquellas tendencias y procesos que están haciendo del mundo un lugar más interdependiente*"¹¹. La necesidad de combatir la impunidad de los delitos transnacionales y de aquellos que violan los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario han desembocado en la internacionalización de la justicia penal que apunta a la "*jurisdicción universal*" y cuya mayor representatividad la constituye la Corte Penal Internacional (C.P.I)¹². Tal circunstancia, entre otras, ha facilitado el acercamiento entre las dos vertientes más representativas del derecho: *El civil law y el common law*. En consecuencia, y dado el irreversible acercamiento entre tales formas de concebir y

⁹ Acto legislativo 6 de 2011. Por el cual se reforma el numeral 4 de artículo 235, el artículo 250 y el numeral 1 del artículo 251 de la Constitución Política. Noviembre 24 de 2011. DO. N° 48.263.

¹⁰ Acto Legislativo 03 de 2002. Mediante el cual se incorpora a nuestro ordenamiento Jurídico el Sistema Penal Acusatorio. Diario oficial No 45.040 de diciembre 20 de 2002. Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1039-04 de 22 de octubre de 2004, (M.P Dr. Alvaro Tafur Galvis.)

¹¹ William TWNING, *Derecho y globalización*, Universidad de los Andes, 2002. Citado por Gonzalo RAMÍREZ CLEVES en: *El Derecho en el contexto de la Globalización*.

¹². Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998, mediante el cual se creó la Corte Penal Internacional.

aplicar el derecho, se han acordado ciertos "conceptos jurídicos fundamentales"¹³ que pueden ser utilizados comúnmente y que facilitan el respeto a los derechos fundamentales de la especie humana.

En nuestro caso, el acercamiento entre tales *familias del derecho*¹⁴ se hace más visible en las modificaciones procedimentales en materia penal que han venido afianzándose pausadamente en nuestra cultura jurídica. Ahora bien, tales mecanismos de globalización no significan que la implementación de un sistema procesal que boga por la *igualdad de armas* entre las partes sea el resultado de algún tipo de "colonización" jurídica que disipa nuestro continente. La incorporación y vigencia del sistema "acusatorio" obedece a la necesidad de acercarse, cada vez más, a un dispositivo legal que propugne por el respeto a las más mínimas garantías procesales, por la aplicación efectiva de principios inalienables, por el respeto a la dignidad humana.

La confusión de roles, las excesivas facultades en cabeza del ente acusador que degeneran en clara parcialidad, la enorme desigualdad entre las partes en detrimento de la defensa, la limitada publicidad de los procesos, la ineficaz inmediación por parte de los jueces, la ausencia de un juez imparcial que pusiese límite a la indebida afectación de derechos fundamentales, la escasa celeridad de las causas penales y la excesiva rigurosidad normativa que limitaba la existencia de figuras jurídicas que permitieran la terminación anticipada de los procesos, -todas ellas características propias de nuestro anterior sistema de raigambre "inquisitivo" -, desembocaron en la necesidad de acudir a una reforma constitucional que facilitara el acercamiento al sistema de procedimiento propio del *common law*.

¹³. Gonzalo RAMÍREZ CLAVES, *El Derecho en el contexto de la globalización*. Universidad externado de Colombia, 2007, Pág. 362.

¹⁴. Derecho de la Europa Continental y el derecho anglosajón.

En oposición a las citadas características del sistema inquisitivo, y parafraseando a Ramírez Cleves, "*un sistema acusatorio se caracteriza porque (i) las funciones de investigación y juzgamiento se encuentran en cabeza de funcionarios distintos; (ii) las partes tienen la iniciativa del proceso, mientras que el juez no es más que un árbitro imparcial; (iii) el procedimiento es público, oral, con inmediatez de la prueba; y (iv) existen diversas formas de terminación anticipada del proceso, en especial, por aceptación de cargos.*"¹⁵

Ahora bien, además de hacer más efectivas ciertas garantías procesales, ésta forma de adelantar las causas penales contiene una fuerte naturaleza *pragmática* ampliamente comprendida y aceptada por las sociedades que históricamente la han aplicado. Un sistema de procesamiento ágil, expedito, público, con opciones prontas de terminación anticipada distintas al juicio y sin que medie la obligatoriedad en la persecución de todas las conductas que revisten características de delito constituye, en términos prácticos, un mecanismo útil a la sociedad aunque no siempre al individuo. Y es que, a guisa de ejemplo, si bien el hurto de un celular puede afectar el patrimonio económico de un ciudadano, lo cual, en principio, ameritaría la persecución de dicho punible, lo cierto es que desde una perspectiva social pragmática no siempre la puesta en marcha del aparato Estatal en procura de una sanción es lo más útil.

Que el Estado esté constreñido a la persecución de aquellos delitos menores (V.gr. hurto del celular), tal como ocurría en nuestra ley 600 de 2.000,¹⁶ acarrea, necesariamente, la puesta en marcha de una plataforma de grandes magnitudes y similares inversiones. La indagación y juzgamiento de un delito menor requiere, en términos generales, iguales garantías que aquellas propias de la investigación de un

¹⁵. Gonzalo RAMÍREZ CLAVES, *El Derecho en el contexto de la globalización*. Op, cit, Pág. 362.

¹⁶. Obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal propia de los sistemas procesales de ascendencia inquisitiva, obligatoriedad que, por supuesto en el catálogo de delitos desistibles, requieren de la instauración de la respectiva querella.

delito de alto impacto social (V.gr. la consumación de un homicidio en persona protegida), lo cual genera la actividad de fiscales, investigadores, peritos, testigos, jueces de control de garantías, de conocimiento y, en algunos casos, la intervención de magistrados de los tribunales e incluso, de presentarse el recurso extraordinario de casación y/o la acción de revisión, de aquellos integrantes de la propia Corte Suprema de Justicia.

En igual sentido, se requiere de idénticas instancias procesales tales como: indagación suficiente, audiencias preliminares, imputación de cargos, formulación de acusación, audiencia preparatoria, de juicio oral y el trámite de los respectivos recursos de reposición y de alzada. Así las cosas, el hurto de un dispositivo móvil de comunicación cuyo coste en el mercado puede ser relativamente bajo para la víctima, termina por convertirse en una carga excesivamente onerosa para el Estado dada la "colosal" inversión necesaria para su indagación y juzgamiento.

Todo lo anterior genera un desgaste enorme de recursos personales, financieros y de tiempo que, a su vez, congestiona el aparato de justicia haciéndolo pesado y tardío. En consecuencia, el número de procesos que prescriben debido a la congestión es alto y, aunado a ello, el ente acusador no puede centrar sus esfuerzos en la persecución de los delitos que hacen parte del núcleo fuerte del derecho penal como lo son los homicidios, extorsiones, crímenes de lesa humanidad, violaciones contra el Derecho Internacional Humanitario, secuestros, delitos sexuales contra menores, delitos contra la administración pública, entre otros.

En un estado de cosas en el cual los recursos fuesen casi ilimitados, el número de funcionarios bastante elevado y no se tuviesen otras necesidades tan apremiantes como la inversión en temas de educación y salud, lo "*ideal*" sería que absolutamente todas las conductas punibles fuesen procesadas y sancionadas. Sin embargo, ello no ocurre así ni siquiera en las naciones con mayor estabilidad y crecimiento financiero,

dado que reconocen las limitantes del Estado, de la administración de justicia y la prevalencia del interés general sobre el particular.

En Inglaterra, por ejemplo, se tiene un nivel de conciencia tal sobre el particular que no existe norma específica que obligue al Estado a perseguir de manera obligatoria todas y cada una de las conductas que lleguen a lesionar bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal (*criminal law*). Allí, el nivel de discrecionalidad de los funcionarios respecto de la persecución o no de las conductas punibles (*discretion in prosecuting*) es bastante amplio. Ilustra bien ésta postura el discurso emitido, en 1951, por el entonces *Attorney – General* (Fiscal General) Sir Hartley Shawcross ante la Cámara de los comunes: "No ha sido jamás la norma en éste país- y espero que no lo sea nunca- que el sospechoso de haber cometido un delito deba ser automáticamente sometido a proceso. **El interés público (...) es la consideración prevalente.**"¹⁷

De modo tal que *la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal* es uno de los mecanismos jurídicos propios del sistema acusatorio que hacen más flexible y práctico el devenir de las indagaciones. Nuestro ordenamiento jurídico acogió parcialmente dicha flexibilización dado que, en nuestro caso, la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal es reglada, toda vez que los fiscales solamente pueden renunciar, suspender o interrumpir la acción penal si se cumple alguna de las causales previstas para la aplicación del principio de oportunidad.

A la citada discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal (*discretion in prosecuting*) se suman otras figuras que hacen más expedito el procedimiento acusatorio como son: 1) La *aceptación de cargos* realizada por el imputado (*guilty plea*), la cual se fundamenta en la decisión libre de quien reconoce su responsabilidad en los cargos endilgados y; 2) La celebración de *preacuerdos* entre la defensa y la fiscalía

¹⁷. Citado por G. Williams, *Discretion in Prosecuting*, en criminal lawReview, 1956, Pág. 222. Texto citado igualmente por Luis María DIEZ PICAZO, en: *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*. Editorial Ariel S.A. Barcelona, 2000. Pág. 43.

(*pleabargaining*), figura mediante la cual se pueden convenir circunstancias fácticas y jurídicas que modifican parcialmente los cargos imputados. En ambos casos, el Estado obtiene una condena y un ahorro del normal desgaste procesal dado que se emite una decisión pronta soportada en la "disponibilidad de las partes sobre el proceso", casos en los cuales la continuación del mismo deviene en inocua. Por su parte, el sentenciado recibe, en la práctica, una disminución en el monto de la pena a imponer en respuesta a la aceptación de su responsabilidad y la consecuencia de sus actos, situación que facilita la aplicación de justicia.

Finalmente, y respecto de los mecanismos que hacen más práctico el devenir procesal, el sistema acusatorio anglosajón prevé dos figuras de gran importancia. La primera de ellas hace alusión, más que a una regla jurídica positivada, a una costumbre de bastante arraigo social y policial: *la "caution"*. La segunda, ésta sí una figura legalmente establecida, es el objeto central de nuestra investigación: *la acción penal privada*.

La *cautión* es definida por DIEZ PICAZO como: "una amonestación formal que la policía dirige al autor de una infracción cuando, por cualquier razón, no estima oportuno proceder contra él. Esta amonestación carece de efectos jurídicos en sentido estricto, ya que no puede ser aportada como prueba en un hipotético futuro proceso por un nuevo delito. Aun así, surte un efecto disuasorio, pues su destinatario se sabe observado por la policía, que presumiblemente no será tan indulgente en una próxima ocasión."¹⁸

En cuanto a la acción penal propia del *common law* es importante resaltar, respecto de su titularidad, la inexistencia de un control concentrado en manos del Estado. Es más, la tradición cultural inmersa en la ley consiste en la participación directa de los particulares como actores legítimos en la persecución del delito en nombre de la

¹⁸ Luis María DIEZ PICAZO, *El poder de acusar, Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, Editorial Ariel S.A. Barcelona, 2000, Pág. 44.

Corona salvo que, por la relevancia de ciertos tipos penales, exista prohibición expresa de la Ley. Ello es así por cuanto Inglaterra no fue permeada por los avatares de la santa inquisición propia de la baja edad media en la Europa continental.

El monopolio de las investigaciones por parte de la iglesia y la jerarquización de sus miembros generaron la creación de un cuerpo colegiado de personas encargadas de sostener las acusaciones en contra de quienes presuntamente atentaban contra el orden establecido. Ello facilitó la tradición histórica de concentración de las indagaciones en un ente específico que, en su momento, representó la estructura eclesiástica y, posteriormente, al Estado mismo. Así las cosas, no es de extrañar que a la postre, y gracias a los procesos de colonización, centro y sur¹⁹ América hayan acogido el monopolio, en cabeza del Estado confesional y posteriormente laico, del ejercicio de la acción penal.

Cómo ya se ha mencionado Inglaterra, al contar con un proceso histórico distinto, no cobijó la necesidad de concentrar en una entidad determinada la investigación y acusación de las conductas susceptibles de sanción. Allí, los particulares que veían afectados sus bienes jurídicos mediante acciones criminales acudían ante el representante de la Corona amparados en el interés genuino de imputar de manera directa a quienes habían fungido como perturbadores del orden establecido.

Lo anterior generó el verdadero origen adversarial del sistema acusatorio, toda vez que ambos, acusador y acusado (particulares contendientes) se batían en franca lid por demostrar cada cual sus pretensiones ante quien, en representación de la Corona y de manera imparcial, presenciaba la disputa con el objeto de decidir quien tenía la razón. Ahora bien, ello no significa que Inglaterra, como ente social establecido, estuviese desprovista de la persecución del delito y dicha actividad existiese exclusivamente en manos de sus particulares. Lo que ocurre es que, tradicionalmente, dicha función se ha

¹⁹ Principalmente.

entendido como pública pero difusa, no concentrada. En consecuencia, cuando los particulares hacen uso de ella lo hacen en nombre de la Corona.²⁰

Así las cosas, se hace palpable que el ejercicio de la acción penal por parte de los particulares no riñe en absoluto con un sistema de procesamiento adversarial sino que, por el contrario, son parte de un sistémico coherente. En razón a ello, varios de los Estados que han acogido de una u otra manera un sistema de procedimiento con tendencia acusatoria prevén también la acción penal privada como mecanismo de descongestión judicial y participación directa de la ciudadanía en la resolución de sus conflictos en materia penal. Así ocurre, por citar algunos ejemplos, en algunos Estados de los Estados Unidos de norte América (*Private Prosecutions*), en México, Venezuela, España, Alemania, Chile y ahora Colombia.

II. La acción penal privada en Colombia

A través del acto legislativo 6 de 2011, se adicionó un segundo parágrafo al artículo 250 de nuestra Constitución Política, el cual señala: "*Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente.*"²¹

En dicha disposición se consagra, excepcionalmente, la acción penal privada, pues, por regla general, sigue estando en cabeza de un ente del Estado, como es la Fiscalía

²⁰. Raoul Charles VAN CAENEGEM, *Legal History: A European Perspective- Public Prosecution of Crime in Twelfth Century England*. HamledonPress, Londres/ Río Grande, 1991, Pág. 1 y ss. Texto citado por Luis María DIEZ PICAZO, en: *El poder de acusar, Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, Op. Cit., Pág. 36.

²¹ Acto legislativo 6 de 2011. Por el cual se reforma el numeral 4 de artículo 235, el artículo 250 y el numeral 1 del artículo 251 de la Constitución Política. Noviembre 24 de 2011. DO. N° 48.263.

General de la Nación²², o de los entes que el legislador decida al regular el precepto Constitucional; en todo caso, también allí nos encontramos frente al ejercicio de la acción penal por parte de un órgano del Estado, aunque diferente de la Fiscalía.

Lo anterior pone de manifiesto las diferencias frente a similar facultad en otros ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, consagra: "*La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitárla con arreglo a las prescripciones de la ley*"²³. En principio, nuestra reforma se acercaría más a la legislación Mexicana, país donde fue necesaria una reforma de su Constitución Política con el fin de consagrar, junto a la acción penal en cabeza del Ministerio Público (Fiscalía, para el caso Colombiano), la posibilidad para los particulares de ejercerla con arreglo a lo señalado en sus leyes²⁴. Algo similar ocurre en Argentina, donde el Código Procesal Penal de la Nación diferencia entre acción pública, en cabeza del Ministerio Fiscal, y la privada²⁵.

La reforma constitucional colombiana, aun a la espera de reglamentación, abarca tres conceptos que es menester analizar, toda vez que fungen como límite al legislador para proceder a regular la institución. Nos referimos a: *i) la naturaleza del bien jurídico, ii) la menor lesividad de la conducta punible y iii) la condición de víctima*. La correcta comprensión de cada uno de ellos condiciona el alcance de la institución y permite que se mantenga dentro de los límites que el ejercicio de la acción penal debe tener en un Estado democrático de derecho para no lograr el resultado adverso consistente en una amplificación de la punibilidad.

²² Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. Art. 66. Agosto 31 de 2004 (Colombia).

²³ Ley de Enjuiciamiento Criminal de Espala [LECRIM]. Real Decreto de septiembre 14 de 1882 (España). Arts. 101 y ss.

²⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Art 21. Promulgada el 5 de febrero de 1917 y reformada por Decreto del 18 de junio de 2008 (México).

²⁵ Código Procesal Penal de la Nación. Ley 23984. Arts. 5 y ss. Agosto 21 de 1991 (Argentina).

Ello debe ser así por los riesgos que una concesión desmedida del ejercicio de la acción penal a los particulares, trae para las garantías del procesado. Uno de esos riesgos, la acusación temeraria, fue advertido incluso en el derecho romano, donde se asignaba al acusador popular la misma pena que estaba prevista para el acusado, en caso de que no demostrara los hechos por los cuales había ejercido la acción²⁶. También *Beccaría*, en su monumental obra *De los Delitos y de las Penas*, señalaba que todo gobierno debía dar al calumniador, refiriéndose a aquel que en ejercicio del derecho de acusar formulaba la acción penal respecto de hechos falsos, la misma pena que correspondería al acusado²⁷.

Con la reforma Constitucional que aquí comentamos, en teoría, se lograría una descongestión del aparato judicial al permitir que no solo la Fiscalía, sino también los particulares y otros entes del Estado, aboguen de manera directa ante los jueces por su causa. Sin embargo, ello se puede afirmar solo en abstracto porque la realidad nos muestra que un mayor número de solicitudes ante los jueces también requieren un mayor número de funcionarios que las puedan atender con celeridad, y ante todo, con la serenidad y paciencia que implica decidir sobre la responsabilidad penal de un ciudadano y la imposición de una pena, difícil de cumplir si los despachos están atiborrados de casos.

Uno de los graves problemas de nuestra justicia consiste también en la cantidad de asuntos que nuestro jueces deben atender y los cortos términos en lo que lo deben de hacer. Con esto no se quiere decir que el plazo razonable para resolver los casos, medido básicamente por los términos que nuestro Código de Procedimiento Penal consagra entre las audiencias de imputación y la de juicio oral, se deba ampliar, sino que es necesario un mayor número de funcionarios para poder cumplir con ello. Lo cierto es que un alto volumen de decisiones en poco tiempo también implica el riesgo

²⁶ Julio PÉREZ GIL, "La acusación popular", Universidad de Valladolid, 1997, en <http://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/62/1/TESIS14-090326.pdf>, fecha de consulta: marzo 7 de 2012.

²⁷ Cesare BECCARIA, *De los Delitos y de las Penas*, Bogotá, Temis, 2006, p. 24-25.

para el ciudadano de que a su caso no se le dedique un lapso suficiente para disipar las dudas teóricas y de valoración probatoria que la realidad de un proceso penal trae consigo.

Adicionalmente, estamos ante un momento crucial para el sistema penal, como es dar inicio a la transición de la Fiscalía, que hoy forma parte de la rama judicial, hacia la rama ejecutiva. La norma constitucional es clara: la facultad de acusar también estaría en cabeza de otras autoridades diferentes a la Fiscalía, que bien podría encargarse, en principio, a las Contralorías o la Procuraduría, pero incluso, podría extenderse a los ministerios o superintendencias. De allí la importancia de entender el alcance del acto legislativo y mantener la acción privada dentro de los límites que la propia Constitución impone.

III. La naturaleza del bien jurídico

La norma penal siempre tiene un objeto jurídico de protección al que atiende por su importancia como interés individual o social. A este objeto de protección se le denomina bien jurídico, expresión que se usa en dos sentidos: uno dogmático, cuando se refiere al objeto que ha sido cobijado por la norma penal vigente; el otro, en sentido político-criminal, para hacer referencia a aquellos bienes que podrían llegar a ser tutelados por el legislador²⁸. El uso de la expresión en este segundo sentido, exige valorar si el objeto jurídico a proteger es digno de tal protección²⁹ e identificar de donde deriva, con el fin de excluir las conminaciones arbitrarias y las que tan solo protegen ideologías o valores morales.

²⁸ Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, quinta edición, Barcelona, 2007, p. 91.

²⁹ Hernán HORMAZABAL MALARÉE, "Bien jurídico: un debate continuo", en Diego ARAQUE (coordinador), *Estudios de derecho penal. Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*, Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2012, p. 426.

La función dogmática del bien jurídico también lo ubica como eje central de la teoría del delito³⁰, amén de sus funciones de garantía (como límite constitucional al legislador para conminar con pena solo conductas atentatorias contra bienes jurídicos esenciales para el individuo y sus deberes para con la sociedad³¹), crítica (como correctivo de la legislación penal para identificar su defecto o exceso en la protección de bienes jurídicos) y, en lo que más interesa a este trabajo, una función sistemática, la cual aporta criterios relevantes para interpretarlo y determinar su alcance concreto³². Este último permite diferenciar los bienes jurídicos en individuales, colectivos, institucionales, y de control³³. Respecto de cuáles de estos bienes jurídicos estaría autorizado el ejercicio de la acción privada, es lo que se pretende dilucidar a continuación.

Aquí se concibe al bien jurídico en función de la protección del individuo, la sociedad y el Estado. Protección que puede consistir en desestimular, por medio del uso racional de la pena, formas concretas³⁴ de lesión o peligro de lesión de aquellos derechos sin los que "*la vida social digna se torna imposible para las personas*"³⁵; o en fungir como límite al poder punitivo del Estado para crear el derecho penal solamente ante situaciones de daño a los derechos imprescindibles para un desarrollo personal y social acorde a las exigencias Constitucionales, en especial la libertad y la dignidad humana.

³⁰ Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y Ana Isabel PÉREZ CEPEDA "Derecho penal. Concepto y funciones", en Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (coordinador), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo I, introducción al derecho penal*, Madrid, 2010, p. 27.

³¹ Juan FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal Parte General. Principios y Categorías Dogmáticas*, op. cit, p. 290.

³² Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y Ana Isabel PÉREZ CEPEDA "Derecho penal. Concepto y funciones", en Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (coordinador), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo I, introducción al derecho penal*, Madrid, 2010, p. 27.

³³ Juan FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal Parte General. Principios y Categorías Dogmáticas*, op. cit., p. 287.

³⁴ Claus ROXIN, *Derecho Penal Parte General, Tomo I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Civitas, 2008, p. 65.

³⁵ Juan FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal Parte General. Principios y Categorías Dogmáticas*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2011, p. 271.

De todo lo anterior resulta que la acción privada solo puede referirse, bajo el primer criterio de la naturaleza del bien jurídico, a aquellos que no sobrepasen la órbita personal de la víctima del injusto. De ninguna manera podría extenderse a delitos que por su íntima relación con la persona, la existencia humana o su elevado impacto social, no son susceptibles de disposición, como la vida, aquellos cuya lesión es tenida en virtud de tratados internacionales como graves crímenes contra la humanidad (delitos de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra), los que atentan contra los bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, los de narcotráfico, terrorismo, o aquellos internacionalmente considerados como delincuencia organizada transnacional por la convención de Palermo del año 2000 (lavado de activos y corrupción, que para el caso colombiano se denomina cohecho).

Tampoco los delitos que atentan contra el bien jurídico de la administración pública, porque al ser de naturaleza colectiva es difícil identificar una víctima concreta. Estos delitos afectan los intereses generales de la colectividad pero no ocasionan perjuicio a ninguna persona en particular. Además porque su consagración como delitos de acción privada, aunque fuera de *lege ferenda*, podría generar un ilimitado e incontrolable número de acciones, lo cual paralizaría la administración de justicia.

Nuestro Código de Procedimiento Penal tiene una amplia lista de tipos penales que responde a la exigencia de disponibilidad, criterio idóneo para establecer el alcance del ejercicio de la acción privada a partir de la naturaleza del bien jurídico: se trata de aquellos que requieren querella de parte para impulsar la actuación del Estado. En esta clase de delitos, su relación con la esfera personal del sujeto estriba en que protegen, en su mayoría, derechos subjetivos e intereses individuales, como son el buen nombre, el patrimonio económico e incluso la integridad personal, en determinados casos.

En las conductas querellables, si bien la acción penal es en la actualidad promovida exclusivamente por la Fiscalía, la disposición de la misma está en cabeza de la propia

víctima. En efecto, la ley le otorga la posibilidad de desistir de la querella, circunstancia que obra como causal de extinción de la acción penal por expresa disposición legal³⁶, amén de la conciliación que como requisito de procedibilidad exige el Código de Procedimiento Penal y que de terminar con un acuerdo entre las partes conduce al archivo de las diligencias³⁷.

A estos delitos también se deben sumar aquellos respecto de los cuales procede la indemnización integral. Aunque la figura fue contemplada en una ley procesal anterior³⁸, empero, aplicable ultractivamente hasta la prescripción de los delitos cometidos bajo su vigencia, la Corte Suprema de Justicia en fallo de casación reciente³⁹, ha optado por darle aplicación en el marco del nuevo proceso penal con tendencia acusatoria, como manifestación del principio de favorabilidad, al considerar que en la actualidad coexisten dos leyes procesales, la indemnización integral no se opone a la naturaleza del sistema con tendencia acusatoria, y armoniza con el modelo de justicia restaurativa del nuevo procedimiento. Por esta razón, los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales respecto de los cuales procede la indemnización integral, también serían por su naturaleza susceptibles de acción privada.

Como vemos, el legislador ha anticipado la determinación de aquellos tipos penales que en consideración a la naturaleza del bien jurídico que tutelan, serían susceptibles de ser promovidos privadamente para su juzgamiento. Pero ello no es suficiente, porque este primer criterio se complementa con el de *menor lesividad* constatable en cada caso concreto.

IV. La menor lesividad de la conducta punible

³⁶ Código Penal [CP]. Ley 599 de 2000. Art. 82. Julio 24 de 2000 (Colombia).

³⁷ Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. Arts. 74, 76 y 522. Agosto 31 de 2004 (Colombia).

³⁸ Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 600 de 2000. Art. 42. Julio 24 de 2000 (Colombia).

³⁹ Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal. Radicado 35946. (M. P. María del Rosario González de Lemos: abril 13 de 2011).

La primera función del derecho penal, afín con nuestra Constitución, es la protección irrestricta de determinados bienes jurídicos⁴⁰. Pero esta afirmación queda huérfana porque cabe confrontarla con la pregunta: ¿proteger respecto de qué?. El delito no consiste en una mera consagración formal sino que su proceso de creación jurídica impone al legislador, entre otros, un límite político criminal que le permite desvalorar y conminar con pena solamente aquellas conductas que de manera injustificada y significativa, amenazan o dañan al bien jurídico que con el tipo penal se pretende salvaguardar⁴¹.

A dicho límite se le denomina principio de lesividad, que en estos términos descrito, se identifica con el contenido material de la antijuridicidad⁴² que en nuestra legislación opera como norma rectora⁴³. Pero la lesividad no solo cumple su cometido al servir de frontera ineludible al legislador en el proceso de criminalización de una conducta. Toda vez que con la tipificación no se crea una presunción irrefutable de daño, esta también irradia el proceso de aplicación del derecho a cargo del juez y es medio de control para evitar la aplicación arbitraria de la pena, lo que equivale a decir: el juez debe examinar en cada caso concreto la lesividad de la conducta para predicar la existencia de tipicidad (o antijuridicidad, para quienes conciben un esquema tripartito del delito).

En su mayoría, los tipos penales admiten lesiones graduables que en la descripción genérica y abstracta de la conducta hecha por el legislador, no se pueden relacionar. Por esta razón, el principio se extiende al momento de aplicación concreta de la ley penal, exigiendo esta vez al juez verificar en cada caso concreto la intensidad o

⁴⁰ Carlos Arturo GÓMEZ PAVAJEAU, *Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal, Primera Parte, Tercera Edición*, Bogotá, Giro Editores, 2005, p. 150.

⁴¹ *Ibidem*, p. 242.

⁴² Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad Penal y Sistema del Delito*, Bogotá, Universidad Externado, 2003, p. 45 y ss. Juan FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal Parte General. Principios y Categorías Dogmáticas*, *op. cit.*, p. 243. Claus ROXIN, *Derecho Penal Parte General, Tomo I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*, *op. cit.*, p. 558.

⁴³ Código Penal [CP]. Ley 599 de 2000. Art. 11. Julio 24 de 2000 (Colombia).

relevancia de la conducta para afectar el bien jurídico⁴⁴, porque con la norma penal no se desvaloriza un acto cualquiera, sino solamente aquel que es lesivo real o potencialmente para el bien jurídico. Entonces, si los actos que la norma penal desvaloriza y estructuran la tipicidad están limitados en su alcance concreto por el principio de lesividad, aquella se excluye cuando no se constata que el acto conlleve lesión o peligro para el bien jurídico-penalmente tutelado⁴⁵.

Adicional a las conductas que no son lesivas, existen otras caracterizadas por una lesividad menor; es decir, conductas que han afectado de manera injustificada el bien jurídico, y por ello son típicas, pero no lo han hecho de forma intensa. En estos casos, el principio al que nos venimos refiriendo permite la graduación del injusto en función de su gravedad. A estas situaciones se hace referencia en el acto legislativo cuando exige, adicional a la naturaleza del bien jurídico, constatar una lesividad menor.

Un sector de la doctrina afirma que la tutela penal es legítima para proteger todo objeto que presta alguna función útil para la sociedad o para uno de sus ciudadanos⁴⁶; bajo esta concepción, la norma penal busca la salvaguarda de las expectativas jurídicas esenciales, frente a su quebrantamiento. Dicho en otros términos, bien jurídico sería el contenido y validez de la norma penal, legitimada por la protección de valores sociales, y vulnerada cuando se desobedece la norma⁴⁷. Bajo esta concepción, la naturaleza del bien jurídico es una sola: colectiva. En consecuencia, se opone al concepto de acción privada por sobrepasar la esfera individual que la caracterizaría y mucho menos admite consideraciones frente al grado de lesividad porque desde esta posición el injusto esta constituido tan solo por la infracción de la norma.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal. Radicado 31362. (M. P. Julio Enrique Socha Salamanca: mayo 13 de 2009).

⁴⁵ Eugenio ZAFFARONI, Alejandro ALAGIA, Alejandro SLOKAR, *Derecho Penal Parte General, Segunda Edición*, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 491.

⁴⁶ Günther JAKOBS, *Derecho penal parte general. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 52.

⁴⁷ Claus ROXIN, *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*, Lima, Grijley, 2007, p. 104.

Ahora bien, es común que la lesión no esté relacionada con un resultado material sino valorativo⁴⁸. Así, por ejemplo, fácil es predicar una menor lesividad de una conducta contra la integridad personal que ha generado una incapacidad para trabajar de 10 días frente a aquella que ha generado 60. Aquí hay un daño tangible, pues estamos ante un tipo de lesión y de resultado. *Contrario sensu*, podría ocurrir en los casos de violencia intrafamiliar, pues determinar allí el daño al bien jurídico de la familia entraña una labor valorativa.

En este punto es necesario aclarar la clasificación doctrinal de los tipos penales según se miren desde la acción (de resultado y de mera conducta) o desde su relación con el bien jurídico (de lesión y de peligro)⁴⁹. Aquellos tipos penales que analizados desde la acción son clasificados doctrinalmente como *delitos de resultado*, son los que exigen verificar una consecuencia material separada espacial y temporalmente de la acción del autor⁵⁰. También a partir de la acción se catalogan como *de actividad* o *mera conducta*, aquellos en los que la realización total del tipo coincide con el último acto de la acción y no hay resultado separable de ella⁵¹.

Por el contrario, el tipo penal, abordado desde el bien jurídico, se ramifica en tipos de lesión, según exijan el daño material del bien jurídico, o tipos de peligro, según exijan tan solo una amenaza para este, los que a su vez se subdividen en tipos de peligro abstracto, en donde la peligrosidad que a juicio del legislador entraña la acción es suficiente para configurar el injusto, y aquellos de peligro concreto, en los que se exige

⁴⁸ Carlos Arturo GÓMEZ PAVAJEAU, *El Principio de la Antijuridicidad Material*, quinta edición, Bogotá, Giro Editores, 2005, p. 130.

⁴⁹ Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit, p. 200 y ss.

⁵⁰ Claus ROXIN, *Derecho Penal Parte General, Tomo I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*, op. cit., p. 328.

⁵¹ *Ibidem*.

que el riesgo para el bien jurídico sea real y verificado en cada caso. Así las cosas, el resultado de la acción es su estrecha cercanía a una lesión efectiva⁵².

Los tipos de peligro concreto también son de resultado, pero no material sino valorativo, porque requieren de un especial análisis de la acción para identificar si en efecto produjo el peligro que el tipo quiere mantener alejado del bien jurídico. En ese orden de ideas, cuando afirmamos que es común que la lesión no esté relacionada con un resultado material, también nos referimos a los tipos penales que exigen un resultado valorativo, como ocurre en aquellos de peligro concreto.

Al tipo solo cabe imputar conductas atentatorias contra bienes jurídicos y no solo aquellas que formal o causalmente se corresponden con la descripción típica. Aunque se debe advertir que lo dicho se ve controvertido con la consagración de tipos de peligro abstracto, en los que el injusto estaría constituido mas por el riesgo de crear un resultado que no por la verificación de un resultado de peligro⁵³, que es la única forma en que el principio de lesividad tiene plena vigencia.

Suele existir confusión entre los tipos de mera conducta y los de peligro, lo cual conlleva a creer que en los primeros no es posible una graduación del injusto, y en consecuencia, la lesividad siempre se debe dar por descontada. La confusión que advertimos nace porque se olvida que es diferente el estudio de la acción para identificar la conducta que el tipo penal cobija, del estudio de la lesividad para predicar el injusto total (tipicidad y lesividad). Como vimos, en los tipos de peligro concreto también estamos ante un resultado, ya no material sino valorativo. En esta clase de delitos, cabe graduar el injusto a partir de la aproximación e idoneidad de la conducta para lograr el resultado de peligro.

⁵² Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, op, cit, p. 209.

⁵³ Juan FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal – Parte General: teoría del delito y de la pena*, (Edición electrónica proporcionada por el autor), Bogotá, 2012.

Por ejemplo, la lesividad se desestima en los casos en que se porta un arma sin permiso legal para hacerlo, pero por defectos técnicos no es apta para disparar. Aquí, aunque en el sentido literal del tipo estaríamos en presencia de la conducta de portar ilegalmente un arma, no se verifica un resultado de lesión y ni siquiera una amenaza para la seguridad publica en razón a la deficiencia del elemento bélico⁵⁴, pese a que el porte de armas es un tipo de mera conducta. Como vemos, es diferente la equiparación de la conducta al verbo rector, del análisis necesario para examinar la lesividad. Sin embargo, uno y otro son indispensables para predicar la existencia del injusto típico.

De otra parte, son casos de menor lesividad los delitos tentados⁵⁵, que por regla general se relaciona con tipos de resultado y excepcionalmente con los de mera conducta cuando es posible subdividir la acción típica. Este dispositivo amplificador, visto desde el baremo bien jurídico, es un caso de menor lesividad porque ni el resultado se consigue y el bien tutelado solamente logra amenazarse. No afecta en igual proporción el patrimonio económico, en los casos de hurto, aquel que logra desplazar de la esfera de dominio el objeto material respecto de aquel que aun llevando a cabo actos ejecutivos no logra la consumación por factores externos. Allí el bien jurídico se ve amenazado pero no lesionado de la forma como lo exige el tipo penal si no estuviera prevista la tentativa.

Como vemos, la menor lesividad de la conducta como criterio para determinar el ejercicio de la acción penal privada, solo puede identificarse, a partir de la graduación del injusto, en cada caso concreto. Luego, correspondería al legislador incluir en la reglamentación de la institución que nos ocupa, la posibilidad para que el Juez de

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal. Radicado 21064. (M. P. Sigifredo Espinosa Pérez: septiembre 15 de 2004).

⁵⁵ Eduardo DEMETRIO CRESPO, "La antijuridicidad penal y lo injusto penal", en Eduardo DEMETRIO CRESPO (coordinador), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo II, teoría del delito*, Madrid, 2011, p. 39.

garantías examine previamente si es posible el ejercicio de la acción con apego a este criterio alterno al de la naturaleza del bien jurídico, examinado *supra*.

V. La condición de víctima

Según nuestra ley procesal⁵⁶, víctimas son solamente las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido algún daño como consecuencia del injusto. Ese daño debe constarse y debe ser real, concreto y específico, aunque no necesariamente patrimonial, pues bien pueden perseguirse los derechos a la verdad y a la justicia y no únicamente una indemnización de tipo económico⁵⁷. El simple carácter de denunciante no le da a una persona la calidad de víctima del delito denunciado, aunque como ciudadano sea partícipe del interés público en la investigación; tampoco le daría al denunciante interés legítimo para emprender una acción penal privada.

Ahora bien, cabe hacer la siguiente distinción que subyace en la norma: quién debe sufrir el daño y, de otra parte, la relación que debe existir entre el daño acreditado y el delito atribuido. En cuanto el primer aspecto, el daño idóneo para el reconocimiento de víctima no es únicamente el que recibe el sujeto pasivo del delito sino el todo aquel que se haya visto afectado con el injusto. En los dos casos es menester acreditar un daño específico, pues alegar en abstracto un derecho a la verdad y a la justicia no otorga tal calidad de víctima.

En cuanto al segundo análisis, esto es, la relación entre injusto y daño, esta sí debe tener una relación causal inmediata. Consideramos que la declaratoria de inconstitucionalidad que se hizo a la palabra "directa", prevista en el artículo 132 de la

⁵⁶ Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. Art. 132. Agosto 31 de 2004 (Colombia).

⁵⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-228 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett: abril 3 de 2002. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-209 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: marzo 21 de 2007).

ley 906⁵⁸, hace referencia al primer aspecto aquí analizado para comprender afectados con el injusto diferentes al sujeto pasivo del delito. Sin embargo, la norma menciona que ese daño debe ser derivado del injusto y esta relación si es de estricta dependencia. La víctima (directa o indirecta) debe recibir el daño a causa del delito y no de actos anteriores o posteriores no comprendidos por él. Un daño que no tenga relación con la hipótesis delictiva no puede fundar la participación en el proceso penal, mucho menos a nivel de actor privado.

Empero, verificar tal calidad solamente puede efectuarse en cada caso concreto, como estricto requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción privada, al ser un límite constitucional previsto por el acto legislativo 6 de 2011.

Conclusiones

El acto legislativo 6 de 2011, incorpora tres límites constitucionales que deben ser atendidos por el legislador a la hora de reglamentar la acción penal privada, a saber, la naturaleza del bien jurídico, la menor lesividad de la conducta punible y la condición de víctima.

Bajo el límite de la naturaleza del bien jurídico, la acción privada solamente podría ejercerse respecto de delitos cuyo bien tutelado sea susceptible de disposición o respecto de los cuales la víctima pueda hacer cesar la acción penal en virtud del desistimiento. También aquellos delitos que tienen previsto un mecanismo legal de extinción o archivo de la acción penal, como es la conciliación o la indemnización integral.

⁵⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-516 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño: julio 11 de 2007).

El límite de la menor lesividad de la conducta punible, exige que los jueces en cada caso concreto verifiquen si la afectación al bien jurídico tutelado es de baja intensidad para autorizar el ejercicio de la acción privada.

La condición de víctima también debe ser examinada previamente por los jueces, como requisito de procedibilidad en el ejercicio de la acción privada.

Referencias

BECCARIA Cesare, *De los Delitos y de las Penas*, Bogotá, Temis, 2006.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE Ignacio "Derecho penal. Concepto y funciones", en Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (coordinador), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo I, introducción al derecho penal*, Madrid, 2010, p. 15-42.

DEMETRIO CRESPO Eduardo, "La antijuridicidad penal y lo injusto penal", en Eduardo DEMETRIO CRESPO (coordinador), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo II, teoría del delito*, Madrid, 2011, p. 25-40.

GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo, *El Principio de la Antijuridicidad Material*, quinta edición, Bogotá, Giro Editores, 2005.

GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo, *Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal, Primera Parte, Tercera Edición*, Bogotá, Giro Editores, 2005.

HORMAZABAL MALARÉE Hernán, "Bien jurídico: un debate continuo", en Diego ARAQUE (coordinador), *Estudios de derecho penal. Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*, Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2012, p. 413-432.

JAKOBS Günther, *Derecho penal parte general. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan, *Derecho Penal Parte General. Principios y Categorías Dogmáticas*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2011.

MIR PUIG Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, quinta edición, Barcelona, 2007.

MOLINA FERNÁNDEZ Fernando, *Antijuridicidad Penal y Sistema del Delito*, Bogotá, Universidad Externado, 2003.

ROXIN Claus, *Derecho Penal Parte General, Tomo I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Civitas, 2008.

ROXIN Claus, *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*, Lima, Grijley, 2007.

ZAFFARONI Eugenio, *Derecho Penal Parte General, Segunda Edición*, Buenos Aires, Ediar, 2002.