

Private Prosecution and
affectation of fundamental rights

La Acción Penal Privada
y la afectación de
derechos fundamentales*

Fecha de recepción: 28 de noviembre de 2012
Fecha de revisión: 09 de diciembre de 2012
Fecha de aceptación: 16 de diciembre de 2012

*Christian Matusan Acuña ***

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto el análisis de la figura procesal de la acción penal privada desde una perspectiva reflexiva y crítica. La metodología utilizada se enmarca dentro del tipo de investigación cualitativa dado que se enfoca en el concepto de la figura procesal mencionada y sus consecuencias. De manera específica, se estudia la tensión existente entre el derecho de la víctima a acceder de manera pronta y eficaz a la Jurisdicción penal ordinaria y por las garantías fundamentales reconocidas a quienes adquieren la calidad de indiciados, imputados o acusados. Tal análisis reflexivo conlleva a concluir que la reglamentación que finalmente sea aprobada por el Congreso de la República debe contener un control material de la imputación jurídica que realice el acusador privado aunado al control previo de todas las actividades que puedan afectar garantías del procesado.

ABSTRACT

This article aims at analyzing the procedural figure named private prosecution from a reflective and critical approach. The methodology used is part of the type of qualitative research as it focuses on the concept of the mentioned figure and its consequences. The tension between the right of victims to access promptly and effectively to the ordinary criminal jurisdiction, and the fundamental guarantees recognized to those who acquire the quality of indicted, imputed or accused, is specifically studied in this paper. Such reflective analysis leads to the conclusion that the regulation finally adopted by Congress should include a material check of the legal complaint made by the private prosecutor coupled with prior control of all activities that may affect guarantees of the accused.

* Artículo resultado del proyecto de investigación: *Evolución y Tendencias de la Titularidad y Obligatoriedad de la Acción Penal en Colombia*, del Grupo de Investigación Derecho y Política, financiado por la Fundación Universitaria Los Libertadores. Período (2012). Bogotá (Colombia).

** Abogado de la Universidad de La Sabana, candidato a magister en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Docente - Investigador de la facultad de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Fundación Universitaria Los Libertadores. Consultor y litigante en materia penal. Bogotá (Colombia). Correo electrónico de contacto: christianmatusan@hotmail.com

Palabras clave

Acción Penal Privada, Acción Penal Pública, víctimas, derecho de las víctimas, Sistema Penal Acusatorio, Derechos Fundamentales.

Key words

Private Prosecution, Public Prosecution, Victims, Victims' rights, Accusatory system, Fundamental rights.



INTRODUCCIÓN

“Sócrates es culpable, porque corrompe a los jóvenes, porque no cree en los dioses del Estado y porque, en lugar de estos, pone divinidades nuevas bajo el nombre de demonios.”
(Platón, 1996, pág. 16).

Tal es la falaz acusación otrora realizada por Melito, ciudadano de la Polis Griega quien -en representación de los poetas- encumbrara la imputación de impío contra Sócrates.

Más allá de la profundidad filosófica, del lenguaje poético y de la estética contemplada en los diálogos de Platón, la apología a Sócrates, a través de sus personajes y la trama que los ciñe, constituye un claro ejemplo literario de la acusación popular y, por qué no decirlo, de los desafueros que a través de ella se pueden generar. La ingesta de cicuta por parte del filósofo es clara consecuencia de la persuasión, que no del convencimiento, generado en un tribunal popular por parte de acusadores “privados”; de ciudadanos ejerciendo la facultad de acusar. Platón crea la ficción del juicio a Sócrates partiendo de la base cierta según la cual en la antigua Grecia, al igual que en el imperio Romano, las controversias surgidas entre los particulares se caracterizaban, en principio, por la naturaleza privada de la acusación, “dado que el delito era considerado como una ofensa eminentemente privada.” (Mestre Ordoñez, 2011, p. 43).

Si bien es cierto que en el universo jurídico no es para nada novedosa la posibilidad según la cual los particulares pueden endilgar contra sus semejantes, de manera directa y ante los estrados judiciales, conductas merecedoras de una pena, también lo es que en Colombia el ejercicio de la acción penal ha sido tradicionalmente ejercida por el propio Estado en nombre de la sociedad y de las víctimas, situación que denota el carácter público de la precitada facultad. Sin embargo, la institución jurídica de la acción penal, ejercida por los propios sujetos pasivos de las conductas punibles, emerge en nuestro ordenamiento Constitucional mediante el Acto legislativo 6 de 2011, el cual reformó los artículos 235, 250 y 251 de nuestra Carta Política.

Ahora bien, dado que el proceso penal en sí mismo constituye ontológicamente “una pena” para quien ostenta la calidad de reo, sea ya responsable o inocente de aquello que se le imputa, es menester

guardar con mesura el punto medio entre el legítimo derecho de acceder a la justicia por parte de quien ha padecido una agresión injusta y la salvaguarda de los derechos fundamentales de quien soporta sobre sus hombros una acusación, que pretende dar al traste con el sacro principio de presunción de inocencia. La indebida regulación legal sobre el particular puede desequilibrar la balanza generando injusticias materiales que, en algunos casos, podrían ser irremediables. En tal virtud, el presente artículo de investigación es el resultado del análisis, reflexión y crítica de la figura procesal de la Acción Penal Privada y la afectación de derechos fundamentales del procesado que en ejercicio de aquella puedan acometerse.

METODOLOGÍA

La metodología utilizada se enmarca dentro del tipo de investigación cualitativa dado que se enfoca en los conceptos propios del ejercicio de la acción penal privada en Colombia. La metodología, en una primera fase, se encaminó a la ubicación y selección de la información histórica, doctrinaria, legislativa y jurisprudencial sobre el particular. En igual sentido, y luego de agotada dicha etapa, el tipo de estudio se tornó descriptivo ya que identifico las características y evolución propias de la obligatoriedad y titularidad de dicha institución procesal penal. Lo anterior, a efectos de agotar el objetivo principal y aquellos específicos del presente trabajo.

En lo atinente a las fuentes de la presente investigación recurriremos tanto a aquellas primarias -Ley y jurisprudencia - como secundarias -libros, tesis de maestría, artículos científicos, información emitida en medios de comunicación, conceptos, páginas web y demás fuentes que aporten información útil para la investigación en boga-. A su vez, la técnica de investigación a utilizar es documental puesto que requiere de la recopilación, selección y análisis de la forma en la cual Colombia ha regulado y matizado la facultad de perseguir el delito.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

La dignidad humana como principio y límite del Proceso Penal

La condición de persona humana constituye, a la luz de los Estados sociales y democráticos de derecho, el eje sobre el cual deben erigirse las Constituciones encargadas de irradiar sobre las leyes de inferior je-

rarquía los principios que, a la postre, confluyen en el respeto por la dignidad de los individuos. La expresión jurídica de la dignidad humana se cristaliza en la positivización de los derechos humanos como objeto de protección y, a su vez, límite primario del poder punitivo del Estado, pues la dignidad humana no se relativiza sino que es, en sí misma, absoluta. Al respecto, la Doctora Ilva Myriam Hoyos, apoyada en Tomas de Aquino, expresa:

Dignidad que no se reduce a la superioridad que tiene el hombre respecto de otros seres, sino que se predica primaria y primordialmente del ser de la persona. Se trata de una dignidad no relativa, sino absoluta, que se predica de toda persona y de toda la persona, tanto de su acto de ser como de su naturaleza. Si no se acepta esta dignidad de carácter absoluto no puede reconocerse que toda persona en tanto que es igualmente digna tenga naturalmente los mismos derechos. La dignidad de la persona es la base de la igualdad en derecho, porque todos los seres humanos son sujetos de derecho con la misma intensidad y dignidad. Esta es, a su vez, la razón para que los derechos humanos sean universales, se predique no respecto de algunos hombres, sino de todos los hombres. No hay hombres más dignos que otros, porque no hay una dignidad ontológica mayor en unos hombres que en otros, precisamente, porque nadie es más o menos persona que otro. (Hoyos Castañeda, 1996, p.118).

Por tal razón, nuestra Constitución Política prevé, en su primer artículo, que:

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. (Constitución Política de Colombia., 1991). (Los resaltados son nuestros).

En procura de dicho principio, la Honorable Corte Constitucional ha referido:

En efecto, la dignidad de la persona debe ser considerada, primariamente, como aquel

valor constitucional que busca proteger al individuo en tanto ser racional y autónomo, capaz de adoptar las decisiones necesarias para dar sentido a su existencia y desarrollar plenamente su personalidad y, de conformidad con ello, determinar sus acciones sin coacciones ajenas de ninguna índole. El objeto fundamental del principio de la dignidad de la persona es, entonces, la protección del individuo como fin en sí mismo, el individuo como universo único e irrepetible con capacidad para darse sus propias leyes morales, las cuales, en razón de que los otros son, también, fines en sí mismos, deben ser compatibilizadas con las de las otras personas. El principio de la dignidad humana protege -como diría Kant- al individuo autolegisador en un reino de fines. (Corte Constitucional., 1996, p. 16).

En tal medida, los Estados Sociales y Democráticos de Derecho sancionan, incluso mediante la imposición de una pena privativa de la libertad, actos concretos (Roxin, 2008) que afectan o ponen en peligro real bienes jurídicos colectivos e individuales sin los cuales “la vida social digna se torna imposible para las personas”. (Fernández Carrasquilla, 2011, p. 217).

En tal Estado de cosas, las víctimas de un delito se amparan en el derecho humano que tiene todo individuo de acudir a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, a efectos de encontrar protección contra actos que vulneren sus derechos reconocidos por la Ley, y/o reclamar verdad, justicia y reparación, cuando alguno de sus bienes jurídicos ha sido lesionado por el actuar doloso o imprudente de un tercero. En otras palabras, el acceso a la administración de justicia es un derecho humano de vital importancia para la convivencia pacífica entre los ciudadanos y el goce de los bienes jurídicos que garantizan una vida digna. Ahora bien, la condición de víctimas, que legitima el actuar investigativo por parte del Estado, ha sido entendida por el Tribunal Constitucional así:

Para acreditar la condición de víctima se requiere que haya un daño real, concreto, y específico cualquiera que sea la naturaleza de este, que legitime la participación de la víctima o de los perjudicados en el proceso penal para buscar la verdad y la justicia, el cual ha de ser apreciado por las autoridades judiciales en cada caso. Demostrada la calidad de víctima, o en general que la persona ha sufrido un



daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de este, está legitimado para constituirse en parte civil, y puede orientar su pretensión a obtener exclusivamente la realización de la justicia, y la búsqueda de la verdad, dejando de lado cualquier objetivo patrimonial. (Corte Constitucional, 2011, p. 25).

De otro lado, la persona sometida a un proceso penal tiene el derecho humano, en condiciones de plena igualdad, de ser oído públicamente y con justicia ante un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra él en materia penal. (Declaración universal de los derechos humanos, 1948). Así las cosas, quedan planteados los dos derechos en tensión que surgen cuando se ejerce la acción penal: De un lado, el derecho a acceder a la justicia por parte de las víctimas y, de otro, el debido respeto a los derechos y garantías fundamentales de los acusados.

De la acción penal pública

El mecanismo procesal real mediante el cual las víctimas de una conducta sancionada por el ordenamiento penal acceden a sus derechos de verdad, justicia y reparación, lo constituye, en principio, el ejercicio de la acción penal, la cual comporta “el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la respuesta de una pretensión” Couture (citado por Escobar, 2010). Es la acción penal, en principio, concebida “como un acto jurídico solemne a través del cual se busca la decisión sobre la existencia de un hecho consagrado en la ley como punible y la responsabilidad de su autor” (Espitia, 2006, p. 101).

Al respecto:

La acción se puede concebir, de conformidad con la teoría que consideramos hoy históricamente preferible, como un derecho subjetivo autónomo (esto es, tal que pueda existir por sí mismo, independientemente de la existencia de un derecho subjetivo sustancial) y concreto (esto es, dirigido a obtener una determinada providencia jurisdiccional favorable a la petición del reclamante). Calamandrei, (citado por González, 2006, p. 18).

En virtud del derecho ciudadano de acudir ante la jurisdicción penal para garantizar la aplicación de la ley

sustancial y, en consecuencia, del deber del Estado de mantener el orden Constitucional y legal, proteger bienes jurídicos de sus asociados y sancionar las conductas punibles, la Fiscalía General de la Nación se encuentra, por mandato Constitucional, en la obligación de ejercer la acción penal con el fin investigar si los hechos puestos en su conocimiento son constitutivos o no de conductas criminales, identificar a los autores de tales conductas y tomar las decisiones jurídicas que correspondan. Lo anterior no sólo en pro de quienes se han visto directamente afectados con las conductas investigadas sino de la sociedad en general. Así lo establece nuestra Carta Política en su artículo 250:

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

Sobre éste punto, el Tribunal Constitucional de Colombia se ha pronunciado como sigue:

El principio de legalidad o de obligatoriedad consiste en que la Fiscalía, ante conductas que se perfilan como delictivas (sospechas verosímiles), tiene la obligación de realizar las indagaciones e investigaciones pertinentes y, culminadas estas, debe acusar a los presuntos responsables ante los jueces de la República, si a ello hubiere lugar. La antítesis el principio de oportunidad o de discrecionalidad, según el cual se facultaría a la Fiscalía, en casos expresamente determinados en el Código de Procedimiento Penal que se proyecta, para optar entre investigar o dejar de hacerlo, acusar o precluir,

de acuerdo con conveniencias político-criminales, así la prueba conduzca a la existencia de la conducta punible y a la responsabilidad del imputado, pero con el requisito adicional de que esa decisión solo se consuma con el aval del juez que ejerce la función de control de garantías. (Corte Constitucional, 2005, p. 29). (Los resaltados son nuestros).

El imperativo Constitucional derivado del artículo 250, previsto con anterioridad al Acto legislativo 06 de 2011, garantizaba, además de la obligatoriedad de investigar las conductas merecedoras de una pena, el monopolio del Estado en la ejecución de la acción penal, toda vez que la entidad facultada para ello, salvo contadas excepciones, era la Fiscalía General de la Nación. En tal virtud, y siendo el hecho susceptible de investigación oficiosa, o habiéndose tenido conocimiento de las conductas objeto de pesquisa por vía de denuncia, querrela o petición especial, la Fiscalía debía, salvo los parámetros de discrecionalidad reglada previstos en el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), adelantar las actuaciones de indagación siempre que los hechos objeto de la notica criminis revistiesen características de delictuosas.

En consecuencia las víctimas, si bien no podían ejercitar la acción en nombre propio, si podían —y pueden— salvaguardar sus intereses dentro del proceso mediante las facultades otorgadas por la Ley y “ampliadas” por la Jurisprudencia de las Altas Cortes, principalmente la Constitucional dada la existencia de omisiones legislativas relativas. En palabras de la Corte, contemplar una forma más amplia de participación de las víctimas dentro del proceso penal se compeadece con la visión según la cual:

Las víctimas y los perjudicados por un hecho punible pueden exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Se vulneraría gravemente la dignidad de víctimas y perjudicados por hechos punibles, si la única protección que se les brinda es la posibilidad de obtener una reparación de tipo económico. (Corte Constitucional, 2002, p. 16).

Las facultades de las víctimas, “extendidas” por vía jurisprudencial, pueden sintetizarse en:

1) El derecho a ser debidamente notificadas del archivo de las diligencias (Corte Constitucional, 2005, p. 7).

2) La facultad de recurrir frente a sentencias absolutorias (Corte Constitucional, 2006, p. 19).

3) La garantía de comunicación a las víctimas y perjudicados opera desde el momento en que estos entran en contacto con las autoridades (Corte Constitucional, 2006, p. 23).

4) Realizar solicitudes probatorias (Corte Constitucional, 2006, p. 55).

5) Recurrir contra la decisión del Juez de Control de Garantías sobre la aplicación del principio de oportunidad; la solicitud, ante el mismo Juez, de la práctica de prueba anticipada; la posibilidad de la presencia de la víctima durante la audiencia de imputación de cargos; allegar o solicitar elementos materiales probatorios para oponerse a la solicitud de preclusión del Fiscal; solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba; solicitar medidas de aseguramiento contra el indiciado y efectuar observaciones al escrito de acusación. (Corte Constitucional, 2007, p. 117).

6) La posibilidad de intervención de la víctima durante la celebración de acuerdos y preacuerdos, la ampliación del concepto de víctima cobijando a quienes resulten perjudicados o afectados con el delito (Corte Constitucional, 2007, p. 28).

7) Cancelación de títulos fraudulentos obtenidos en su contra aun si el fallo es absolutorio o se emita cualquier otro tipo de providencia que ponga fin al proceso penal (Corte Constitucional, 2008). (Corporación Excelencia en la Justicia, 2010, p. 32).

Lo anterior deja en evidencia un recorrido jurisprudencial progresivo en lo atinente a las facultades de las víctimas dentro de las etapas procesales correspondientes al esclarecimiento de la responsabilidad penal de cualquier residente en Colombia. Las víctimas pasaron de ser parte civil dentro del proceso penal de la Ley 600 de 2000 a un interviniente especial con amplias facultades dentro de la Ley 906 de 2004. Sobre el papel de la víctima dentro del sistema acusatorio ha establecido la Corte:



Es decir, que a pesar de no contar con las mismas facultades del procesado ni de la Fiscalía, la víctima tiene capacidades especiales que le permiten intervenir activamente en el proceso, actuación que depende de varios factores: "(i) del papel asignado a otros participantes, en particular al Fiscal; (ii) del rol que le reconoce la propia Constitución a la víctima; (iii) del lugar donde ha previsto su participación; (iv) de las características de cada una de las etapas del proceso penal; y (v) del impacto que esa participación tenga tanto para los derechos de la víctima como para la estructura y formas propias del sistema penal acusatorio (Los resaltados son nuestros).

En la medida en que la competencia atribuida al legislador para desarrollar la intervención de la víctima, está supeditada a la estructura del proceso acusatorio (investigación, imputación, acusación y juzgamiento), su lógica propia y la proyección de la misma en cada etapa, la Corte ha señalado que en tanto el constituyente solo precisó respecto de la etapa del juicio, sus características, enfatizando su carácter adversarial (confrontación entre acusado y acusador), debe entenderse que la posibilidad de actuación directa y separada de la víctima al margen del fiscal, es mayor en las etapas previas o posteriores al juicio, y menor en la etapa del juicio. (Corte Constitucional, 2011, p. 28).

La participación de la víctima dentro del proceso penal ha tenido una progresividad de enormes magnitudes, pues además de las facultades otorgadas por la Ley 906 de 2004 y la ampliación de las mismas realizadas por vía jurisprudencial, debe sumarse la reciente modificación de la Constitución que incorporó la posibilidad de ejercer la precitada acción por parte de las víctimas, "desplazando" así al Fiscal mismo.

La Acción Penal Privada en Colombia

La acusación popular en el proceso penal debe entenderse como un "iusprocedatur", un derecho a la actividad jurisdiccional; "como el derecho de procurar la intervención del Estado y la prestación de la actividad jurisdiccional para la confirmación de los intereses protegidos por la norma" Carneluti (citado por Escobar Alzate, 2010). Su ejercicio debe entenderse como la posibilidad de permitir la participación, en

calidad de acusador, de un particular -en nuestro caso de la víctima- y, simultáneamente, poner el proceso penal en marcha con una resolución sobre las pretensiones deducidas. La acusación popular como ejercicio de la acción penal queda así incluida en el derecho de la acción, y puede ser identificada con un derecho subjetivo de todos los ciudadanos, no solo a la iniciativa para que se inicie el proceso penal sino también a su intervención como acusador en él (Pérez Gil, 1997).

Lo anterior no significa que las democracias en las que existe la figura procesal bajo estudio, el particular que funge como acusador tenga el derecho a que se emita decisión judicial acorde a sus intereses, pues su verdadero derecho consiste en: 1) Acceder a que su caso sea conocido y decidido en derecho por los funcionarios judiciales; y 2) A fungir como acusador en causa propia. Al respecto el Tribunal Constitucional Español expresa:

(...) el ius ut procedatur no sería un derecho absoluto a la apertura del proceso penal, sino tan solo el derecho a una decisión judicial razonada sobre las pretensiones deducidas que bien puede ser de sobreseimiento o archivo de las actuaciones o incluso la inadmisión de la querrela" (Tribunal Constitucional Español, 1994, p. 42). (Los resaltos son nuestros).

Por razones de descongestión, celeridad en los procesos y facilidad en el acceso a la justicia por parte de las víctimas, entre otros, el Parlamento Colombiano modificó la Constitución para levantar parcialmente las restricciones respecto de la titularidad en el ejercicio de la acción penal y así permitir a entidades estatales distintas a la Fiscalía, a las personas jurídicas y a los propios particulares fungir como acusadores en causa propia. En España, Estado en el cual opera de tiempo atrás la acusación particular y privada, ésta "constituye un interés digno de protección en el que el ofendido tiene en orden a solicitar la actuación del iuspunienti del Estado a fin de obtener la plena vigencia del principio sustantivo de legalidad" (Tribunal Constitucional Español, 1994, p. 20). En virtud a lo referido, el legislador patrio adicionó al artículo 250 de nuestra Constitución Política el siguiente parágrafo:

Parágrafo segundo. 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 Ge-

neral de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente (Constitución Política de Colombia, 1991). (Los resaltados son nuestros).

Tal prerrogativa Constitucional puede considerarse como un mecanismo procesal idóneo para efectivizar, guardadas proporciones, la celeridad de algunas investigaciones penales mediante el impulso procesal otorgado por quienes han sufrido el flagelo de conductas delictivas. Ello, por cuanto la Fiscalía General de la Nación, dados los elevados niveles de delincuencia y la ausencia de un número proporcional de funcionarios, encuentra un escollo de importantes proporciones en lo atinente a la celeridad de las indagaciones. Lo anterior ha facilitado la prescripción de un sin número de procesos, mora en la toma de decisiones que den paso a la justicia material y dificultades en la aplicación del restablecimiento del derecho de los afectados, entre otros. Tales circunstancias no van solo en desmedro de las víctimas sino también, y de qué manera, del conglomerado social, pues la congestión judicial genera ciertos niveles de incredulidad en las instituciones democráticas, pérdida de la vigencia de la norma como modelo de conducta social e incluso manifestaciones altamente reprochables de “justicia por propia mano”.

En consecuencia, la precitada Reforma Constitucional es coherente con un Estado que pretenda facilitar el acceso a la justicia en materia penal y, a su vez, con ciertos niveles de pragmatismo jurídico previstos en los sistemas procesales de tendencia acusatoria. Sin embargo, el asunto se torna complejo cuando se profundiza en las particularidades de la facultad mediante la cual los ciudadanos pueden acusar a sus congéneres de la comisión de conductas punibles, fungiendo los primeros como “fiscales” y los segundos como sujetos susceptibles de la imposición de una pena. La ausencia de un análisis crítico y de una regulación garantista y humanista sobre éste particular puede conllevar a que las presuntas víctimas se conviertan en victimarios y los acusados en víctimas, no solo de sus censuradores sino del sistema procesal mismo.

De la afectación de derechos fundamentales mediante la Acción Penal

La puesta en marcha de la acción bajo estudio no se circunscribe únicamente a la facultad que tienen los ciudadanos de acudir ante las autoridades competentes y realizar la respectiva reclamación de justicia, pues en desarrollo de tal acción la Fiscalía debe:

materializar la indagación de las conductas delictivas; asegurar las evidencias y/o elementos materiales probatorios; recaudar evidencias que -en sede de juicio oral- sirvan de soporte “probatorio” a su teoría del caso; decidir sobre el archivo de las diligencias; analizar la posibilidad de suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal mediante la aplicación concreta del principio de oportunidad; solicitar ante el Juez de Conocimiento, de ser pertinente, la preclusión de la investigación; celebrar preacuerdos con la defensa; formalizar la acusación jurídica concreta y solicitar de los jueces de la República el respectivo pronunciamiento en derecho.

En virtud de lo anterior, el Estado, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, se encuentra en la obligación de realizar ciertas actuaciones que afectan derechos fundamentales de los ciudadanos sometidos a un proceso penal con el objeto de lograr desvirtuar la inocencia presunta. Lo anterior establece en sana lógica la carga de la prueba en cabeza del ente acusador. Sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho:

El principio de inocencia constituye una presunción a favor del acusado, según la cual este es considerado inocente mientras no se haya establecido su responsabilidad penal mediante una sentencia en firme. De este modo para establecer responsabilidad penal de un imputado, el Estado debe probar su culpabilidad más allá de toda duda razonable.

La presunción de inocencia se relaciona en primer lugar, con el ánimo y actitud del Juez que debe conocer de la acusación penal. El Juez debe abordar la causa sin prejuicios y bajo ninguna circunstancia debe suponer que el acusado es culpable. Por el contrario, su responsabilidad reside en construir la responsabilidad penal de un imputado a partir de la valoración de los elementos de prueba con los que cuenta.

En este contexto, otro concepto elemental de derecho procesal penal cuyo objeto es preservar el principio de inocencia, es la carga de la prueba. En el procedimiento penal, el onus probando de la inocencia no le corresponde al imputado; por el contrario, es el Estado quien tiene la carga de demostrar” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1996, p. 39).



Entonces, la obligación del ente acusador de demostrar la responsabilidad penal del indiciado más allá de toda duda, acarrea un esfuerzo de trascendencia mayor, pues lograr convencer a un Juez verdaderamente imparcial y respetuoso de la presunción de inocencia, requiere de una carga argumentativa y probatoria suficientes. Por tal razón, los Estados democráticos y sociales de derecho matizan de manera proporcional la eventual afectación de derechos fundamentales de los procesados cuando dicha afectación es realmente necesaria, para desvirtuar la mencionada presunción, mediante la obtención de un acervo probatorio contundente.

En atención a las labores de investigación, el acusador puede afectar el derecho a la libertad individual mediante la solicitud, al correspondiente Juez de Control de Garantías, de la imposición de medidas de aseguramiento. En el mismo sentido, las labores de indagación penal ameritan, en ciertas circunstancias, la afectación de la integridad corporal y la dignidad misma del procesado. Ejemplo de ello lo constituye la posibilidad de realizar registros personales e inspecciones corporales. Estas últimas facultan desnudar a la persona e inspeccionar sus orificios corpóreos con el fin de obtener evidencia física y/o elementos materiales probatorios, situación a todas luces lesiva de derechos fundamentales. A su vez, mediante las labores de indagación es posible afectar la propiedad, inviolabilidad del domicilio y del secreto postal del procesado, obtener información privilegiada almacenada en bases de datos o someterlo a seguimiento.

Debido a la gravedad de las actuaciones mencionadas, la Ley 906 de 2004, en atención a lo establecido por la Constitución, sometió la afectación de éstos derechos fundamentales al correspondiente control por parte de un Juez de la República. Ello a efectos de controlar las actuaciones de indagación, prevenir el abuso de las autoridades policiales y garantizar el equilibrio debido entre la eficiencia del sistema y el respeto al ser humano. "El respeto de la dignidad humana debe inspirar todas las actividades del Estado. Los funcionarios públicos están en la obligación de tratar a toda persona, sin distinción alguna, de conformidad con su valor intrínseco" (Corte Constitucional, 1992, p. 3).

Así las cosas, es evidente que el otorgamiento de las facultades derivadas del ejercicio de la acción a los particulares acarrea elevados riesgos respecto de la lesión de derechos que, por siglos, las sociedades han tratado de tutelar. La parcialidad en la que se encuentran las presuntas víctimas, aunada a la facultad de adelantar investigaciones, puede facilitar desafueros

mayores. Rememórese que, cuando el ejercicio de la acción penal se encuentra en cabeza del ente acusador (Fiscalía), el funcionario judicial debe acatar el principio de objetividad, según el cual solamente puede adelantar investigaciones de conductas que efectivamente revistan las características de punibles y, con base en el mismo principio, solamente está facultado para imputar cargos ante el respectivo Juez de Garantías cuando del acopio de las evidencias e información legalmente obtenida puede deducirse razonablemente que existen suficientes elementos "probatorios" que permiten dar al traste con la presunción constitucional de inocencia. Es justamente esa objetividad la que permite que el fiscal archive las conductas que carecen de la necesaria tipicidad objetiva, solicite las correspondientes preclusiones o ejerza la discrecionalidad en el ejercicio de la acción, mediante la aplicación del principio de oportunidad.

Contrario sensu la víctima, por las circunstancias propias que ameritan la acción, carece de toda objetividad, ya que como es natural el haberse visto afectada por la conducta desplegada por el sujeto activo parcializa su postura llegando incluso a convertir la persecución penal en un simple mecanismo de venganza. Incontables son los ejemplos que trae la historia respecto de abusos en el ejercicio de la Acción Privada consistentes en falsas imputaciones, recopilación de evidencias carentes de fiabilidad y adecuaciones típicas completamente inexactas.

Lo anterior exige por parte de un Estado democrático definir sin ambages qué facultades concretas de investigación puede o no adelantar el particular, si la calificación jurídica tendrá o no un pronunciamiento material por parte del Juez de Garantías y los mecanismos procesales que sirvan de control para la eventual afectación de derechos fundamentales en desarrollo de la mencionada acción. Si bien en Colombia la reglamentación del acto legislativo que modificó el artículo 250 de la Constitución Política aún se encuentra en trámite, con lo cual es apenas obvio que dicha propuesta tenga un sinnúmero de variaciones en el desarrollo de su aprobación, ello no es óbice para resaltar desde ya algunas críticas concretas respecto de la afectación de los derechos que cobijan la dignidad del procesado. Dicho proyecto de reglamentación establece en su Artículo 6º:

Actos de investigación. El titular de la Acción Privada y el acusado tendrán las mismas facultades probatorias establecidas en los artículos 267 y 268 del Código de Procedimiento Penal.

Para la realización de actos de investigación deberán observarse las reglas establecidas en los Capítulos II y III del Libro II del mismo.

Cuando según el procedimiento ordinario se requiera orden previa del fiscal para la realización de un acto de investigación, tratándose de acusación privada se solicitará esa orden al Juez de Garantías quien deberá ejercer control de legalidad previo o posterior según corresponda. (Proyecto de ley No. 047 de 2012). (Los resaltados son nuestros).

Establecen dichos artículos del Código de Procedimiento Penal:

Artículo 267. Facultades de quien no es imputado. Quien sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra, podrá asesorarse de abogado. Aquél o este, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga. Tales elementos, el informe sobre ellos y las entrevistas que hayan realizado con el fin de descubrir información útil, podrá utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales.

Igualmente, podrá solicitar al Juez de Control de Garantías que lo ejerza sobre las actuaciones que considere hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales.

Artículo 268. Facultades del imputado. El imputado o su defensor, durante la investigación, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física. Con la solicitud para que sean examinados y la constancia de la Fiscalía de que es imputado o defensor de este, los trasladarán al respectivo laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde los entregarán bajo recibo. (Ley 906 de 2004).

La remisión a estos dos artículos del Código de Procedimiento Penal pone en plano de igualdad al acusador y al acusado, en lo atinente a la recopilación empírica de las evidencias o elementos materiales probatorios. Tal regulación, en nuestra opinión, pone en riesgo la autenticidad del acervo probatorio

por parte de quien acusa. La recopilación empírica de los elementos materiales de prueba es razonable para la defensa, por cuanto esta encamina su teoría del caso a desvirtuar aquella de la acusación y el acusado no cuenta con los elementos técnicos y científicos con los que cuenta la Fiscalía General de la Nación. Además de lo anterior, la prueba de la acusación, dado que está encaminada a desvirtuar la inocencia, debe cumplir cabalmente con las exigencias técnicas de su recopilación, dado que, justamente sobre ellas puede fundamentarse la responsabilidad penal del acusado.

Permitir que el acusador privado recopile de manera empírica las evidencias no es prenda de garantía para que a futuro un Juez de Conocimiento pueda emitir sobre ellas un fallo acorde a la realidad material de los hechos objeto del proceso. Permitir que la víctima investigue, con la natural ausencia del principio de objetividad, y a su vez cuente facultades legales para el desarrollo de su investigación no sea lo suficientemente técnico, va en desmedro de las garantías probatorias de la defensa e incluso del principio de igualdad, toda vez que, por ejemplo, ante un mismo delito las exigencias en la recopilación de las evidencias por parte de quien acusa pueden ser drásticamente distintas para dos ciudadanos sometidos a proceso, dado que, en el caso en el cual quien investiga y acusa es la Fiscalía, esta deberá recopilar las evidencias de manera técnica, garantizando una mayor “veracidad” del elemento recaudado.

De otro lado, para el ciudadano cuya investigación será adelantada por el acusador privado, la recopilación de evidencia que haga este último carecerá de toda técnica criminalística, lo que conlleva no solo a la dificultad de la veracidad y autenticidad del elemento, sino también de la custodia que sobre el mismo se haga. En cuanto a este último punto, el Proyecto de Ley que pretende reglamentar la institución procesal bajo estudio, no exige para el acusador privado el manejo correspondiente de la cadena de custodia, situación de bastante complejidad, toda vez que ello conlleva a que el acervo probatorio, en este tipo de acusaciones, adolezca del cuidado y manejo debido durante el trayecto del proceso, en claro desmedro de la garantía de no afectación o manipulación de la evidencia. Así las cosas, es mucho más garantista para un ciudadano colombiano que la investigación y acusación sea adelantada por el órgano estatal creado por la Constitución del 91 y no por el acusador privado, ya que este último gozaría de una reglamentación mucho más laxa en cuanto al manejo probatorio.



Siendo la recopilación y práctica de la prueba el eje sobre el cual se estructura un fallo de responsabilidad penal, es indispensable que la reglamentación procesal sea lo suficientemente garantista a efectos de evitar la afectación de derechos fundamentales, tutelados no solo por la Constitución sino por organismos internacionales que protegen los derechos humanos. El catálogo de derechos primordiales constituye una obligación estatal de legislar de manera progresiva en pos de la protección humanista de sus ciudadanos. Sobre tal obligación nos ilustra nuestra Honorable Corte Constitucional:

Los derechos fundamentales no incluyen solo derechos subjetivos y garantías constitucionales a través de los cuales el individuo se defiende frente a las actuaciones de las autoridades públicas, también incluye deberes positivos que vinculan a todas las ramas del poder público. No solo existe la obligación negativa por parte del Estado de no lesionar la esfera individual, también existe la obligación positiva de contribuir a la realización efectiva de tales derechos. La razón jurídica que explica este compromiso positivo del Estado se encuentra en el mandato constitucional según el cual, el Estado colombiano se funda en el valor de la dignidad humana, lo cual determina, no solo un deber negativo de no intromisión sino también un deber positivo de protección y mantenimiento de condiciones de vida digna (Corte Constitucional de Colombia, 1992, p. 10).

Así las cosas, si bien es cierto facultar a los ciudadanos para fungir como investigadores en causa propia es un mecanismo procesal de cierta validez pragmática, también lo es que su incorporación a nuestro sistema jurídico debe guardar la proporcionalidad debida, pues lo contrario podría conllevar a que los acusados sean víctimas del sistema jurídico mismo, situación que a todas luces afecta el derecho a un proceso justo. Los problemas de congestión judicial no son razón suficiente para incorporar figuras procesales cuya reglamentación sea menos proteccionista que la legislación vigente; los fines buscados con las leyes deben guardar la debida proporción con el resguardo por la afectación mínima de las garantías ciudadanas. Obsérvese:

Los medios escogidos por el legislador no solo deben guardar proporción con los fines buscados por la norma, sino compartir con su carácter de legitimidad. El principio de proporcionalidad busca que la medida no solo

tenga fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo." (Corte Constitucional, 1992, p. 15).

CONCLUSIONES

En virtud de lo anterior, y dada la posibilidad de arbitrariedades mediante el ejercicio de la acción penal privada, consideramos que la reglamentación que finalmente sea aprobada por el Congreso de la República debe contener, como mínimo, un control material, por parte del Juez de Control de Garantías, de la imputación jurídica que realice el acusador. Dicho control material consiste en que, en los casos en los cuales quien funja como acusador sea la presunta víctima, la audiencia de imputación de cargos no debe limitarse a un simple acto de comunicación para el imputado y, a su vez, el mecanismo idóneo para la interrupción de la prescripción de la acción penal. El Juez debería estar autorizado para evitar que la presunta víctima, normalmente profano en asuntos jurídicos, realice adecuaciones típicas incorrectas, ligeras, "acomodadas".

Ello por cuanto, aún en ocasiones los propios Fiscales, concedores del derecho, realizan atribuciones erróneas de conductas punibles e incluso imputaciones de conductas atípicas. Dicho riesgo es aún mayor en quienes, además de tener una fuerte carga emocional contra el presunto agresor, desconocen los pormenores de los criterios normativos y fácticos requeridos para realizar imputaciones de conductas merecedoras de una pena. Tal control sería una garantía para el ciudadano ya que podría confiar en que tal acto procesal estará protegido contra reyertas o vindictas personales.

A su vez, es pertinente establecer un marco procedimental que exija una recopilación no empírica de las evidencias y un sometimiento de las mismas a cadena de custodia con el fin de asegurar la no contaminación de los elementos de prueba que pueden ser sustento de un fallo condenatorio. Lo contrario, es decir, permitir que las víctimas recopilen evidencias sin unos mínimos de aseguramiento y garantía de custodia constituye un riesgo de no poca magnitud para el procesado dado que no existiría garantía real de que la evidencia sobre la cual se soporta la acusación en juicio oral sea exactamente la misma recopilada a lo largo de la investigación como tampoco de la ausencia de alteración de la misma. La sola palabra del "acusador privado" no puede ser garantía de custodia de la evidencia.

En el mismo sentido, permitir que la recopilación de evidencias por parte de la víctima carezca de la custodia debida constituiría una afectación directa al principio constitucional de igualdad, toda vez que sobre la indagación de un mismo delito tendría más garantías, del buen manejo de custodia de la evidencia, el ciudadano que fuese investigado y acusado por la Fiscalía General de la Nación que aquel ciudadano acusado por la víctima, pues en el primer caso se exige legalmente la recopilación técnica de la evidencia y la cadena de custodia; en el segundo caso no.

Finalmente, en nuestro criterio, la regulación que adelanta el "Congreso" debe establecer que cuando el acusador privado, dentro de sus labores de investigación, pueda afectar algún derecho fundamental del indiciado o imputado deberá existir, en todos los casos, control previo de la actuación por parte del Juez de Control de Garantías. Ello a efectos de preservar los derechos fundamentales del procesado y evitar su afectación con fundamentos propios de la vindicta o carga emocional que en un número considerable de casos afecta a quien ha sufrido un perjuicio como consecuencia de la conducta que reviste características de punible.

