

**MERY ANGÉLICA MANTILLA GARCÍA**  
MAESTRÍA EN DERECHO Y ECONOMÍA  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
BUENOS AIRES CAPITAL FEDERAL

**RACIONALIDAD ECONÓMICA EN LA ACCIÓN PENAL PRIVADA**  
**TESIS**

**DIRECTOR**  
**DOCTOR EDUARDO STORDEUR (H)**

**2016**

*Estas palabras, aunque muy académicas, van con todo mi amor a Argentina...*

*A mis niñas...Yesica Anselmo, Barbara Grossi, Ángela Ortiz, Marcela Abad, Ana Clara Castellón, Marina Carceller, Debora Caione...amistad eterna...también a Rober, Nico y Demian....*

*A todas las vitaniñas...fueron momentos increíbles...a todas las que se cruzaron las recuerdo...*

*A Pablo Melo y Pablo Galvao... a Ale y Maxi...amistad sin países, sin nacionalidades, sin fronteras...*

*A mi madre Argentina...a Margarita Latorre, a su hogar....anclado en mi corazón...*

*A todo lo que me pasó en el 2008...a todo hasta hoy...mis estancias porteñas...a todo mi universo Argentino...yo como Colombiana eternamente, construí uno para no olvidarlos nunca, para no extrañarlos...*

*A todos los profesores de esta Maestría, llena de excelencia y exigencia, gracias por tan valiosos aportes para la vida y profesión, una dedicación especial con gran cariño a los profesores Dr. Eduardo Stordeur (h) y Dr. Enrique Bour...*

*A mi familia de profesión, Prías Cadavid....por el llamado a la persistencia y apoyo en este proyecto...su ejemplo es siempre motivación....*

*Tardé en sacar esta líneas adelante...la verdad quería tener una excusa para volver siempre a Buenos Aires...igual ya encontré otras bastante buenas...soy abogada...puedo justificarlo...y puede hacerlo ahora, además, de forma eficiente...*

## **Resumen**

Este trabajo de postgrado tiene como propósito revisar el concepto de privatización de la acción penal de acuerdo con la reforma constitucional realizada al artículo 250 de la Carta Política de Colombia. El análisis propuesto revisa la posibilidad de que la víctima ejerza la acción penal dentro del proceso penal visto como modelo de mercado, por lo que se utilizarán algunas herramientas propias del Análisis Económico del Derecho, y se analizará si esta conducta resulta ser o no algo similar o utiliza la misma racionalidad del Derecho de Daños. Esto último es el propósito de esta tesis, identificar si la racionalidad de la privatización de la acción penal comparte elementos y/o se aproxima a la racionalidad económica del Derecho de Daños.

### **Palabras claves:**

Privatización de la acción penal, *Ius Puniendi*, *Criminal Legem*, víctima, reforma constitucional, fiscalía, eficiencia, derecho de daños, racionalidad, análisis económico del Derecho.

### **Abstract**

This post degree work aims to review the concept of privatization of criminal prosecution in accordance with the constitutional amendment to Article 250 of the Constitution of Colombia. The proposed analysis reviews the possibility that the victim holds the prosecution in criminal proceedings seen as market model, so some specific to the Law and Economics tools will be used, and examine whether this conduct is being or no similar or uses the same rationale of Tort Law. The latter is the purpose of this thesis, identify whether the rationale for the privatization of criminal action has common elements with the Tort Law.

### **Key words:**

Privatization of prosecution , *Ius Puniendi*, *Criminal Legem*, victim, constitutional reform, prosecution, efficiency, tort law, rationality, law and economics .

**CONTENIDO**  
**RACIONALIDAD ECONÓMICA EN LA ACCIÓN PENAL PRIVADA**

	<b>PÁGINA</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	7
<b>CAPITULO PRELIMINAR: CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS AL SISTEMA PROCESAL COLOMBIANO</b>	9
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>LA PRIVATIZACIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN COLOMBIA Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL</b>	14
1.1 Revisión Histórica y Concepto de Privatización de la Acción Penal desde el Derecho Penal Moderno	14
1.2 Amparo Constitucional de la Privatización de la Acción Penal en el Ordenamiento Jurídico Colombiano	17
1.3 Privatización de la Acción Penal como Concepto Moderno	22
1.4 El proyecto de Ley 047 de 2012: Revisión desde el concepto moderno de la privatización de la acción penal – un intento real de privatización de la acción penal	26
1.5 Conclusiones del Capítulo	30
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>SISTEMA ACUSATORIO PENAL COLOMBIANO: ¿UN MODELO DE MERCADO?</b>	32
2.1 Naturaleza Económica Del Proceso Penal Bajo La Ley 906 De 2004: Modelo De Mercado, Derecho Premial, Perspectiva Conductual De Las Negociaciones, Distorsión Del Modelo	32
2.1.1 El Proceso Penal como Modelo de Mercado	33

2.1.2 Derecho Premial: característica principal de la naturaleza económica del sistema procesal penal de tendencia acusatoria vigente actualmente en Colombia	39
2.1.2.1 El principio de oportunidad: el costo de oportunidad de la acción penal	46
2.1.3 Conclusiones Preliminares a la naturaleza premial y negocial del sistema penal acusatorio y su naturaleza económica	48
2.1.4. Negociaciones y Análisis Económico del Derecho: perspectiva conductual de las negociaciones	50
2.1.5 Los actores dentro del sistema penal acusatorio actúan bajo el modelo de teoría de juegos	54
2.1.6 El Sistema Penal Acusatorio y su operancia actual: un modelo distorsionado	57
2.1.7 Teoría de las Fallas De Mercado en el Sistema Penal Acusatorio	67
2.1.7.1 El Monopolio del <i>Ius Puniendi</i>	68
2.1.7.2 Indefinición de los Derechos de Propiedad – Titularidad del <i>Ius Puniendi</i>	71
<b>CAPÍTULO III</b>	
<b>RACIONALIDAD ECONÓMICA EN LA ACCIÓN PENAL PRIVADA: UNA REVISIÓN DESDE LA RACIONALIDAD DEL DERECHO DE DAÑOS (TORT LAW)</b>	75
3.1 Aproximación al Concepto de Racionalidad	75
3.2. Derecho Penal y Tort Law	78
3.2.1 Concepto de Víctima – Concepto Amplio y Concepto de Disponibilidad de la Acción Penal	78
3.2.2 Elementos de la Responsabilidad: perspectiva procesal según el código de procedimiento penal Colombiano	81

3.2.3 La Racionalidad en la víctima y en la definición de los derechos de propiedad a nivel procesal. Facultades de la Víctima en el Sistema Penal Acusatorio	84
---	----

#### **CAPÍTULO IV**

<b>TESIS: LA RACIONALIDAD DEL DERECHO DE DAÑOS EN EL DERECHO PENAL</b>	89
--	----

4.1 Nuevo Orden de los Derechos De Las Víctimas dentro del Proceso Penal: Reparación, Justicia Y Verdad en Relación con el Derecho De Daños	89
---	----

4.2 Otorgar la Acción Penal a la Víctima reduce el Costo Social	89
---	----

4.3 Consecuencias posibles de la privatización de la acción penal: críticas y ventajas	91
---	----

<b>V. CONCLUSIONES AL TRABAJO DE TESIS</b>	94
--	----

<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	96
---------------------	----

## RACIONALIDAD ECONÓMICA EN LA ACCIÓN PENAL PRIVADA

### INTRODUCCIÓN

Este trabajo de tesis tiene como pretensión demostrar que la Acción Penal Privada es una postura aceptable y ajustada a la Teoría del Derecho Penal Moderno, que además comparte para algunos delitos, la racionalidad del Derecho de Daños (*Tort Law*) siendo así viable que la acción penal esté en titularidad de quien ha sufrido el daño, lo que en el derecho penal se identifica como la lesión al bien jurídico tutelado.

El interés en este tema surge a partir de la reforma Constitucional realizada a la Carta Política en el parágrafo 2º del artículo 250, mediante el Acto Legislativo 06 de 2011, el cual se estableció que:

*“Atendiendo la naturaleza del bien jurídico o 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”.*

Lo anterior quiere decir que para algunos delitos, principalmente aquellos de naturaleza disponible por su contenido económico o donde se considere que la lesión o daño es menor, la Acción Penal puede estar en cabeza del titular del daño, como así ocurre en el Derecho de Daños cuando la víctima es quien dispone el ejercicio de la acción legal.

Para el desarrollo global de este análisis queremos echar mano de las herramientas que nos proporcionan la teoría del Análisis Económico del Derecho, al considerar que juega un papel de índole fundamental, pues estando la Acción Penal en cabeza de la víctima, ésta actuará como un actor racional y evaluará los incentivos, las probabilidades de una indemnización, y la relación costo – beneficio en el ejercicio de la Acción Penal. Además, otros conceptos como la teoría de juegos, los modos de conducta, los costos de transacción del proceso penal en sí, son elementos que nos permitirán simular que el Proceso Penal, dada su forma actual procesal de tipo Acusatorio, es un modelo de mercado.

Ahora bien, a la fecha la norma Constitucional no se ha puesto en práctica y hay aún poca aceptación, sin embargo, en este trabajo queremos enfrentar este debate y para ello presentaremos los siguientes temas:

En el Capítulo I abordaremos el objeto de estudio desde una perspectiva meramente descriptiva. Se hará una revisión del concepto de la privatización de la acción penal en el Derecho Penal Moderno y posteriormente se hará el análisis desde el aspecto Constitucional. Finalmente se hará mención al proyecto de ley que pretendía desarrollar la norma constitucional y en consecuencia dar implementación a la acción penal en cabeza de la víctima. Esto nos parece útil pues nos brinda la posibilidad de hablar del tema en un aspecto casi que práctico.

En el Capítulo II haremos un estudio del Sistema Acusatorio Penal Colombiano e identificaremos algunos rasgos de tipo económico característicos del mismo como lo son su naturaleza negocial y premial, estos nos permitirá definir si realmente podemos concluir que éste se asimila a un modelo de mercado donde tiene cabida la acción penal en cabeza de la víctima y si de aplicarse así esto sería eficiente.

En el Capítulo III analizaremos el concepto de Racionalidad tanto del Derecho de Daños como de la Privatización de la Acción Penal, identificando o separando elementos coincidentes entre estos esquemas con el propósito de definir si es factible defender la tesis que se propone en este trabajo.

Por último y a partir de los tres primeros capítulos, en el último Capítulo IV abordaremos la tesis que se ha propuesto, y que pretende defender la privatización de la acción penal desde la Teoría del Derecho Penal Moderno, para lo que es necesario previamente saber si coexisten elementos de la racionalidad del Derecho de Daños o *Tort Law*. La idea de este trabajo es demostrar que la Acción Penal en cabeza de la víctima, para delitos de naturaleza disponible o económica, se compara a la reclamación que prevé el Derecho de Daños en virtud de las reglas de responsabilidad previstas para dicho fin y del concepto de daño en sí, y que la prueba de la comisión del delito, se equipara a la demostración de los elementos clásicos de la responsabilidad, no obstante que deberá sujetarse a las formalidades sustanciales y procesales del Sistema Penal Acusatorio; y todo ello nos permitirá defender y sostener la privatización de la acción penal como una forma eficiente en la persecución del delito.

No obstante lo anterior, nos parece importante que de manera preliminar se hagan algunas consideraciones del Sistema Penal Procesal Colombiano con el fin de informar al lector de manera general sobre los rasgos característicos de éste y permitirle tener algunos presupuestos de análisis para el estudio del presente trabajo.



## **CAPÍTULO PRELIMINAR**

### **CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS AL SISTEMA PROCESAL COLOMBIANO**

El sistema procesal actual colombiano según el diseño de la Ley 906 de 2004<sup>1</sup>, se caracteriza principalmente por su naturaleza premial y negocial, esto es, al procesado se le entregan múltiples oportunidades para que acepte la responsabilidad penal, implicando con ello que entre más se encuentre el proceso penal en el cual se le investiga cercano al origen del proceso mismo (primeras etapas procesales), mayor beneficio se le concede.

Desde luego, y como quiera que el objeto del proceso penal es la declaración de la responsabilidad penal, y como consecuencia la condena del procesado y la imposición de una pena, el beneficio principal concedido al procesado que acepta cargos radica allí, es un descuento considerable en el *quantum* de la pena, lo que además, le da la posibilidad de acceder a una suspensión condicional de la misma, gozando de una libertad condicional al no tener que cumplir pena en centro penitenciario.

Así, esta tesis quiere tener como premisa principal que el Sistema Penal Acusatorio entraña una naturaleza económica que le es propia, y contiene varios instrumentos procesales de dicha índole como se verá más adelante que así lo demuestran. Esto es, el legislador bajo una perspectiva

---

<sup>1</sup> El sistema penal acusatorio según el diseño de la Ley 906 de 2004, mediante la cual se estableció legalmente su diseño procesal e implementación, implicó previamente una reforma de tipo constitucional a través del Acto Legislativo Número 3 de 2002, consistente principalmente en despojar a la Fiscalía de las funciones judiciales que se le habían asignado, para darle el rol de parte y no de juez y parte como había sido concebido en el sistema anterior reglado por la Ley 600 de 2000. Las funciones de la Fiscalía General de la Nación se encuentran expresamente consignadas en el artículo 250 de la Constitución Política Colombiana, razón por la cual se tuvo que reformar la carta política para dar viabilidad al sistema penal acusatorio. La Corte Constitucional, en sentencias C-873 de 2003 y C-591 de 2005, analiza la estructura y naturaleza del sistema penal acusatorio. En cuanto a su naturaleza premial y negocial, en la sentencia C-873 de 2003 se establece como característica principal del sistema, el uso de instrumentos de negociación para darle eficiencia: *“Pues bien, un examen sistémico de la reforma al proceso penal colombiano evidencia que la actividad investigativa Fiscalía General de la Nación se encamina a la consecución de los siguientes fines ( i ) la búsqueda de la verdad material sobre la ocurrencia de unos hechos delictivos; ( ii ) la consecución de la justicia dentro del pleno respeto por la dignidad humana y los derechos fundamentales del procesado; ( iii ) la protección y reparación integral de los perjuicios ocasionados a las víctimas; ( iv ) la adopción de medidas efectivas para la conservación de la prueba; y ( v ) el recurso, dentro del marco estricto de la ley, a mecanismos que flexibilicen la actuación procesal, tales como la negociación anticipada de la pena y la aplicación del principio de oportunidad, de tal suerte que, al igual que sucede en el modelo americano, sólo una pequeña parte de los procesos lleguen a la etapa de juicio oral, aproximadamente un 10%, con el fin de no congestionar el sistema penal”*.

económica optó en Colombia por la implementación de un sistema procesal que le permitiera superar el anterior sistema inquisitivo, buscando maximizar la eficiencia en el ejercicio del *ius puniendi*<sup>2</sup>.

Lo anterior, desde luego, tomando como punto de partida el precedente norteamericano y su modelo procesal penal, caracterizado principalmente por su naturaleza negocial específicamente por la implementación del *plea bargaining*: la negociación entre el *prosecutor* (fiscal) y el reo, a fin de eliminar el costo del juicio, buscando colaboración con la justicia y obteniendo considerables descuentos punitivos.

En Colombia sucede lo mismo, y es por ello que desde la misma concepción de la naturaleza del proceso, existe la posibilidad de su final en una etapa muy preliminar que reduzca el costo de los recursos en los que incurre la administración de justicia<sup>3</sup>: recaudo de elementos materiales probatorios en la etapa previa a la imputación, el alto costo de recursos que representa el llamamiento a juicio, esto es, en la formulación de acusación, al ser este el momento en que el fiscal debe contar con la totalidad de los elementos materiales probatorios que hará valer como pruebas en juicio, a fin de que su teoría del caso resulta exitosa, y por eso debe proceder allí a su descubrimiento.

Además de estos costos, que no sólo corresponden a la actividad de persecución en si en cabeza de la fiscalía, también están allí los que corresponden a jueces de control de garantías, jueces de conocimiento, programación de audiencias, aplazamientos<sup>4</sup>, costos locativos<sup>5</sup> y los costos de la defensa como contraparte al fiscal y de la víctima, como interviniente.

---

<sup>2</sup> Cfr. CASTAÑO VALLEJO, Raúl. El sistema penal acusatorio en Colombia y el modelo de derecho penal premial. Análisis de las sentencias 36.502 de 2011 y 38.285 de 2012 de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia C-645 de 2012 de la Corte Constitucional, en Revista Nuevo Foro Penal Vol. 9, No. 80, enero-junio 2013, pp. 165-185, Universidad EAFIT, Medellín.

<sup>3</sup> La Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira sobre este punto hizo la siguiente observación, en decisión de fecha Rad. 660016000035201102471, M. P. Jorge Arturo Castaño Duque: “...el Tribunal considera que un entendimiento adecuado del citado párrafo es aquel que propenda por el respeto de los siguientes postulados esenciales: (i) el principio de legalidad –el dispositivo se refiere la cuarta parte del descuento, no de la pena; (ii) **el principio de gradualidad o progresividad –orientador del derecho premial: a más distancia del juicio, mayor beneficio-**; (iii) la distinción punitiva entre capturados en flagrancia y no capturados en flagrancia –fin último pretendido por la disposición-; (iv) principio de razonabilidad –todos los institutos atinentes a la terminación anticipada deben recibir similar tratamiento reductor para evitar odiosas inconsistencias-; y, por supuesto, (v) la favorabilidad –entre varias opciones posibles, se deberá elegir la que más convenga al procesado-“. Énfasis fuera de Texto.

<sup>4</sup> Coloquialmente la opinión pública colombiana ha calificado al sistema penal acusatorio de “sistema penal aplazatorio”: <http://www.semana.com/enfoque/frase-de-la->

Pese al alto costo que este tipo de procesos representan, éstos en un significativo número se adelantan sin víctima, bien porque ésta abandona la representación durante el proceso, por las cargas que le representa, o bien, porque no obstante la condena ejecutoriada, posteriormente no se realiza el incidente de reparación integral<sup>6</sup> -que corresponde a la etapa en la cual es posible solicitar el pago de perjuicios ocasionados con el delito-, es decir, no hay determinación de un daño concreto, sino una etérea apreciación del daño al bien jurídico tutelado, ello en contravía con la esencia misma del proceso penal bajo el sistema acusatorio<sup>7</sup>.

A todo lo anterior, se le debe sumar los procesos que resultan en un fallo absolutorio por la dificultad en el recaudo de elementos materiales probatorios cuando éstos se encuentran en poder de la víctima ausente.

Es decir, si bien la relación costo – beneficio constituye una premisa fundamental a lo largo de todo el proceso penal como así fue concebido el modelo acusatorio en cuanto a la forma en que se negocia la responsabilidad penal y el *quantum* punitivo<sup>8</sup>, no obstante, esta premisa desaparece a lo

---

[semana/articulo/este-no-deberia-llamarse-sistema-penal-acusatorio-sino-sistema-penal-aplazatorio/263653-3](#); artículo 25/08/2012.

<sup>5</sup> “Uno de los asesores del despacho del **vicefiscal general, Camilo Burbano**, dio a conocer que 173.952 audiencias fueron aplazadas entre 2011 y 2012. De este total, 75.166 fueron dilaciones presentadas por los abogados defensores. Según señaló Burbano “estos aplazamientos **representan 1.812 días de trabajo** e implican una pérdida de tiempo muy importante para el sistema judicial”. Añadió que en términos económicos fueron \$8.000 millones los que se perdieron en el aplazamiento de la audiencia”. En <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/entre-2011-y-2012-se-aplazaron-173952-audiencias-articulo-472502>; fecha de consulta: 4 de febrero de 2014.

<sup>6</sup> En reciente informe denominado Balance del Funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio (2012 – 2014) , la Corporación Excelencia en la Justicia, indicó respecto al Incidente de Reparación Integral: “En las mesas de trabajo sólo se ha hecho referencia a los problemas que existen con el incidente de reparación integral en general, los cuales se manifiestan en la complejidad del trámite, en la falta de defensores públicos para las víctimas, en el importante tiempo que toma a los jueces penales adelantar este trámite y en la insuficiente formación de estos funcionarios en materia de derecho civil, la cual resulta importante al momento para decidir sobre las reparaciones”.

<sup>7</sup> La Corte Constitucional en sentencia C-055 de 2010 manifestó qué: “El centro de gravedad del derecho penal ya no lo constituiría el acto delictivo y el infractor, sino que involucraría una especial consideración a la víctima y al daño que le fue inferido. Conforme a este modelo, la respuesta al fenómeno de la criminalidad, debe diversificar las finalidades del sistema. Debe estar orientada a la satisfacción de los intereses de las víctimas (reconocer su sufrimiento, repararle el daño inferido y restaurarla en su dignidad), al restablecimiento de la paz social, y a la reincorporación del infractor a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales quebrantados por el delito, replanteando el concepto de castigo retributivo que resulta insuficiente para el restablecimiento de la convivencia social pacífica”.

<sup>8</sup> A través del allanamiento a cargos por parte del procesado, negociación con la víctima a través de la figura de la indemnización integral, aplicación del principio de oportunidad por la vía de la

largo del proceso penal, al punto que muchos procesos terminan con un resultado no exitoso para la víctima, esto es, en absolución.

Además, cuando se trata de delitos patrimoniales que comportan necesariamente la lesión de un bien jurídico en cabeza de una víctima concreta, finalizan sin ésta y sin la posibilidad de lograr de una indemnización o reparación. Así, se inician procesos que aunque en teoría por la naturaleza del delito deberían tener una víctima, el proceso se adelanta por el deber legal del ejercicio del *ius puniendi*, pero no finalizan con una indemnización por lo que el costo social de estos procesos es muy alto, pues si bien la víctima no logra si quiera un beneficio, igualmente, el beneficio de la prevención general no logra disminuir este costo.

Por lo anterior y ante la evidente crisis del sistema penal acusatorio, que en enero de 2015 cumplió 10 años de su implementación, como ya se mencionó, mediante reforma realizada por el Acto Legislativo 6º de 2011 al artículo 250 de la Constitución Colombiana, se le permitió a la víctima ser titular de la Acción Penal<sup>9</sup>.

Lo anterior, buscando con esto implementar una figura eficiente en la judicialización de delincuentes lo que podría además, lograr la reducción del costo social (costos del aparato judicial). Una víctima interesada en la persecución penal podría ser más útil en el cumplimiento de los fines del Derecho Penal, o al menos, en el propósito de evitar los costos de adelantar

---

reparación integral, o mediante la celebración de un preacuerdo con el fiscal el cual igualmente comporta el pago total de los perjuicios causados con el ilícito.

<sup>9</sup> El Acto Legislativo en su Artículo 2º establece que: "**Artículo 1º.** El artículo 250 de la Constitución Política tendrá un párrafo 2º del siguiente tenor: **Parágrafo 2º.** Atendiendo la naturaleza del bien jurídico o 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". El artículo 1º del proyecto de Ley 047 de 2011 establece que: "Ejercicio. La víctima o alguna de las autoridades previstas en esta ley podrán solicitar al fiscal del caso la conversión de la acción pública en acción privada, a través del profesional del derecho designado para tal efecto.

La conversión de la acción pública en acción privada podrá solicitarse por una sola vez, en cualquier momento de la actuación y hasta antes de la audiencia de formulación de imputación en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de delitos que requieren querrela de parte para su persecución. 2. Cuando se trate de delitos cuya sanción punitiva sea inferior en su mínimo a cuatro años de prisión. 3. Cuando se trate de delitos con contenido patrimonial sancionados con pena de prisión superior a cuatro años, excepto cuando afecten el patrimonio público. 4. Tratándose de los demás delitos, la conversión de la acción pública en acción privada podrá solicitarse si transcurridos dos años desde el momento de la denuncia no se hubiere practicado la audiencia de formulación de imputación".

un proceso penal<sup>10</sup>, pues podría ser que la víctima no estuviera interesada en el ejercicio de la acción penal ante la ineficiencia de adelantarla. La víctima deberá realizar el análisis *ex ante* de viabilidad de la reclamación penal, y por su parte, el delincuente puede antes de la comisión de un delito, realizar un análisis previo de la calidad de víctima a la que se enfrenta<sup>11</sup> y por lo tanto inhibirse de cometer esta conducta desde la perspectiva de la prevención general y especial del derecho penal.

Igualmente, dependiendo de la fuerza con la que se presente acción penal por parte de la víctima, en cuanto a su contenido probatorio y concreción del daño, dependerá la probabilidad de lograr de manera pronta un allanamiento a cargos, la aplicación del principio de oportunidad y en consecuencia la reparación del daño.

Por lo anterior, será necesario hacer una revisión de la privatización de la acción penal desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, para así lograr la defensa de la tesis que a continuación se pretende fundamentar, en correspondencia con tesis ya existentes sobre la privatización de la acción penal en su totalidad y la teoría en sí, de la desmonopolización del *ius puniendi*<sup>12</sup>. Como ya se anunció, el Acto Legislativo 06 de 2011 intentó ser desarrollado legalmente través del proyecto de ley No. 47 de 2012, el cual lamentablemente, no obstante algunas mejoras legales que eran de rigor, no logró llegar a ser ley de la República por vencimiento del periodo legislativo.

---

<sup>10</sup> Confr. BECKER, Gary S., *The Economic Approach to Human Behavior*, The University of Chicago Press, Chicago, 1976. — “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, vol. 76, nro. 2, 1968 (The Cost of Crime, p. 170).

<sup>11</sup> Por ejemplo, en el caso de tratarse de un delincuente de cuello blanco, que quiera defraudar a la corporación financiera a la que se encuentra vinculado, podrá inhibirse *ex ante* porque teme que el Departamento de Seguridad logre recaudar suficientes elementos materiales probatorios en su contra y que seguramente los abogados de dicha corporación serán los titulares de la acción penal, enfrentándose a toda una infraestructura adecuada para lograr su judicialización: laboratorios forenses, investigadores privados, abogados expertos en el área financiera, y una alta capacidad económica para invertir recursos con la finalidad de llevar el proceso a un resultado exitoso.

<sup>12</sup> Confr. BENSON, Bruce L. *To Serve and Protect: Privatization and Community in Criminal Justice*, New York: New York University Press, 1998; *The Enterprise of Law: Justice Without the State*, San Francisco: Pacific Research Institute for Public Policy, 1990. ROJAS, Ricardo Manuel. *Las Contradicciones del Derecho Penal*, Buenos Aires, AdHoc, 1990.

## CAPÍTULO I

### LA PRIVATIZACIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN COLOMBIA Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL

#### 1.1 Revisión Histórica y Concepto de Privatización de la Acción Penal desde el Derecho Penal Moderno

Históricamente la acción privada se ubica en un momento inicial previo a la posibilidad de que el Estado sea el titular del *ius puniendi*, así lo fue en Roma con la *delicta* privada en la que era viable una compensación en dinero o un castigo físico con el cual se entendía la víctima satisfecha en su pretensión jurisprudatista (ROJAS, 2000); o como fue en la Inglaterra tribal en la que la compensación económica era utilizada como forma preferente para indemnizar a la víctima inclusive para el delito de homicidio, tasada en piezas de oro, dependiendo si la víctima era noble, *churl* “gente vulgar” o esclavo (REYNOLDS, 1994), sólo ante la imposibilidad de su pago bien por el autor o su familia –*kindred*- venía la pena privativa de libertad entendida como esclavitud. Quien no tenía cómo pagar se hacía esclavo para poder así compensar dicho pago.

En Alemania, el sistema judicial penal se fincó inicialmente en la venganza privada de sangre o la guerra entre familias y tribus (ROXIN, 2006) o las conocidas faídas (ROJAS, 2000), sustituyéndose estas formas por un sistema retributivo mediante el cual la ofensa le era compensada a la víctima. Con el tiempo y el fortalecimiento de las monarquías y el Estado Soberano, estas compensaciones o indemnizaciones pasaron a las arcas del rey o del fisco estatal mediante la imposición de multas, sanción pecuniaria que además de la pena privativa de la libertad seguía igualmente a la comisión del delito.

Para el caso de los Estados Unidos, cuyo contexto histórico resulta tan importante hoy revisar dado que el Sistema Acusatorio actual Colombiano es una importación de este sistema, los autores del delito estaban obligados a compensar a sus víctimas (REYNOLDS, 1994), es decir, que de este sistema destacamos un elemento esencial en la forma como la víctima es hoy vista en el nuestro, como titular de la solicitud de la reparación. Así, la regla general correspondía a una persecución enteramente privada (ROJAS, 2000) y una de las formas típicas de corresponder a esta reclamación era la indemnización; lo importante de revisar esto, es advertir que el Estado ningún interés tenía en la persecución de algunas conductas, pues la composición que por colonias llevó finalmente a la unificación como Estado de este país, preliminarmente impidió identificar las ofensas criminales de manera general relegándolas a un escenario particular.

Como quiera que histórica y políticamente la formación del Estado Americano no estuvo precedido de monarquía o la figura de un Soberano, sólo hasta 1830 (REYNOLDS, 1994) aparecen los grupos policiales como respuesta a las bandas de criminales (*gangs*), pero permeadas por la corrupción y los continuos sobornos ofrecidas por éstas, sólo hasta después de la guerra civil realmente pueden ser consideradas parte de la fuerza pública pues su organización como tal requirió finalmente la intervención gubernamental.

Si bien para este caso sólo hasta el siglo XIX y siglo XX el Estado se hizo cargo de la persecución de los crímenes, resulta importante abordar el mito del Viejo Oeste y el ajusticiamiento privado que le era propio; la literatura de la privatización de la acción penal aborda este ejemplo esencial por las particularidades que ofrece a la teoría desde el aspecto histórico y pragmático; desde el primero, se desmitifica la idea que hemos tenido sobre el *Old West*, pues el origen de la justicia privada allí provenía de ganaderos y de su lucha contra el robo de ganado más que contra algún criminal en específico: asaltadores de bancos o busca pleitos. Desde el segundo aspecto, este tipo de organización lograba una alta prevención del crimen por su efecto disuasorio.

Con la influencia Vikinga (REYNOLDS, 1994), la ofensa generada con el delito empezó a ser concebida como un agravio al rey, al punto que bajo el mandato de Henry I en Inglaterra, se expidieron las *Leges Henrici* ordenándose "*There shall be certain offenses against the King's peace: arson, robbery, murder, false coinage, and crime of violence*"<sup>13</sup> (REYNOLDS, 1994: 4).

Podemos a partir de esta consideración ir explicando el porqué de la asignación exclusiva del *ius puniendi* al Estado, y porque esta consideración desvirtúa la posición de quienes no aceptan la privatización de la acción penal por creerla con una potestad exclusiva del rey, lo que en nuestra sociedad actual, donde el individuo recobra una principal importancia reconocido así a nivel constitucional, con la tutela de bienes jurídicos individuales de naturaleza disponible, permitiría justificar la privatización de la acción penal en cabeza de la víctima del delito cometido.

En otros términos, también resulta primitiva la idea absoluta de la monopolización del *ius puniendi* en el Estado, e incluso hay autores que realizan el debate sobre la justificación en la división de lo público y lo

---

<sup>13</sup> "*Habrán ciertos delitos en contra de la paz del Rey: incendio, robo, asesinato, falsa acuñación de moneda, y el crimen de la violencia*" Traducción libre.

privado, y si ello corresponde a una división natural o si puede ser modificada u omitida, entregándose a lo privado lo aparentemente público (BOUR, 2012).

Ahora, bajo un concepto moderno de Estado, como proveedor de bienes y servicios, encontrándose dentro de esta última categoría la administración de justicia, la teoría del monopolio no le es actualmente aplicable; el Estado de hoy contrata con particulares y entrega la provisión y administración de bienes públicos a concesionarios, y si bien, el Estado no se desentiende del deber de garantizar esta provisión de bienes y prestación de servicios, para ello ha establecido el poder de vigilancia sobre algunas actividades de consideración sensible como desde luego lo sería la administración de justicia en materia penal. La doctrina ha llamado a esto el equilibrio entre la provisión pública y privada de bienes (SOLA, 2004).

Dejando este paréntesis, volviendo a nuestro recuento histórico es importante traer en este análisis el caso de Islandia medieval, respecto del cual la doctrina nos aporta una especial explicación como caso histórico en donde además de corresponder la aplicación de la ley a una iniciativa privada, su ejecución era plenamente exitosa (FRIEDMAN, 1979). Dentro de la revisión que se ha hecho al caso de Islandia, de manera comparativa se destaca que si bien Roma, Estados Unidos, e Inglaterra fueron sistemas en los que confluían tanto la iniciativa privada avalada por el ente estatal; Islandia se identifica como un caso ausente de cualquier elemento gubernamental donde la persecución penal correspondía al individuo o al grupo de individuos ofendidos por lazos de parentesco, la decisión sobre la responsabilidad era adoptada por un tribunal elegido por el demandante y el acusado, “esencialmente un sistema de arbitramento” (FRIEDMAN, 1979:404), ello nos permite aclarar que por ahora acá abordaremos la privatización de la acción penal al ser entregada a la víctima y no la del sistema judicial penal, pues ya esta situación implicaría otro análisis riguroso.

Lo interesante del caso de Islandia, en punto de poder determinar la viabilidad de la acción penal privada, resulta en la eficiencia del sistema y el óptimo cumplimiento del fin de disuasión del sistema penal.

Finalmente, destaca la doctrina penal justamente contemporánea la “importancia práctica de la pena privada” (ROXIN, 2006: 77), señalando como referentes los procedimientos internos de la empresa con el fin de asignar responsabilidades a sus empleados en la falta de sus deberes y funciones o en la comisión de delitos menores, situación que se identifica como la vía pragmática para la exclusión de “la intervención del juez penal” (2006:77), y lo que desde luego comporta en costos de tiempo y capital. ROXIN nos trae



como ejemplos legislativos: el proyecto de ley contra el hurto en tiendas y comercio y la ley de regulación de la justicia en la empresas, borradores de ley con la misma suerte del proyecto de ley 047 de 2012, que “*no han sido hasta ahora capaces de motivar la actuación del legislador*” (2006:77).

La breve revisión histórica atrás enunciada, pareciera sugerir que volver a la posibilidad de que el ofendido sea quien ajusticie la comisión del delito sería retroceder en la evolución moderna del sistema procesal penal. Esto sería así, de considerar que la privatización de la acción penal hoy en día tiene que ver con la idea de la venganza privada y el desconocimiento de la legislación penal, la cual tipifica las conductas socialmente reprochables y les asigna una pena que en manera alguna podría desconocer la víctima, contrario a ello, consideramos que puede coexistir con la titularidad del *ius puniendi* por parte del Estado para conductas más graves, respetándose el Estado de Derecho si esta iniciativa privada es legislativamente regulada.

De esta revisión histórica que se ha realizado, queremos quede una conclusión sobre la idea de la privatización de la acción penal, y corresponde a que la misma no puede ser considerada como un retroceso en la construcción del derecho penal moderno que implicaría volver a estadios primitivos, ello igualmente aplicaría para el pensamiento que identifica la titularidad del *ius puniendi* con el Estado, porque su génesis se contextualiza en la arrogante idea de los crímenes al rey y al soberano.

Despejando esa crítica, que por lo anterior no nos parece válida, igualmente la intención de este escrito es defender un concepto moderno de la privatización de la acción penal que respete los principios y garantías que durante toda la historia el Derecho Penal Moderno ha recogido con el fin de ser considerado como tal, y sobre todo que se finque sobre delitos de naturaleza disponible.

Con lo anterior, hemos tratado el argumento histórico sobre la privatización de la acción penal, ahora pues será necesario abordar uno de mayor trascendencia, el constitucional, esto tiene que ver mucho porque un concepto moderno de la privatización de la acción penal no puede desconocer la constitucionalización misma del derecho penal.

## **1.2 Amparo Constitucional de la Privatización de la Acción Penal en el Ordenamiento Jurídico Colombiano**

Como lo anotamos en la parte introductoria, y si bien ya identificamos el concepto desde lo histórico para poder así construir el propio de acuerdo con

los postulados modernos, es importante abordar el presente análisis desde la constitucionalización de la privatización de la acción penal según su consagración expresa en la Carta. Esto significa que debemos ir un poco más allá de la simple consagración de la norma y del entendido que con este hecho se supera cualquier discusión al respecto.

Con esta positivización constitucional, queremos preguntarnos: ¿realmente era viable en nuestro ordenamiento esta posibilidad? ¿Cómo entender el artículo 250 superior en relación con el artículo 116 de la misma Carta Política?

Los argumentos de tipo constitucional contra el acto legislativo ya fueron puestos de presente a partir de la demanda presentada contra el mismo y analizada y estudiada en la sentencia C-433 de 2013, del 10 de julio de 2013, con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.

La demanda contra este acto legislativo, confirma la teoría de la Corte Constitucional plasmada en sentencia C-551 de 2003 en cuanto a la posibilidad de pronunciarse sobre la competencia del órgano que profiere el acto y de cierta manera pronunciarse sobre el fondo del asunto, pues el Tribunal Constitucional deberá revisar si el acto modificatorio de la constitución no implica una sustitución de la misma, pues el poder constituyente derivado no puede sustituirla, como si podría hacerlo el poder constituyente originario. Aunque la demanda es declarada no apta y por lo tanto esto concluye en una sentencia inhibitoria, aun así se plantean argumentos que si bien no son los pertinentes para formular el ataque constitucional a un acto legislativo, si lo son para ir abordando algunas críticas a la privatización de la acción penal desde el aspecto constitucional.

Esta sentencia resulta de vital importancia para este trabajo al analizarse en ella las críticas usuales que la doctrina presenta contra la privatización de la acción penal, además de revisar la aparente contradicción en que estaría el artículo 250 reformado por este Acto Legislativo en relación con los incisos 3º y 4º del artículo 116 de la Constitución, que consagran:

*“Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.*

*Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas*

*criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.*

Para los demandantes, el acto legislativo 06 de 2011, en cuanto asigna a los particulares la posibilidad de ser titulares de la acción penal, contradice y vulnera:

- a. El principio de persecución penal oficial, previsto en el artículo 116 superior, al no poderse desplazar la facultad de adelantar la instrucción de sumarios y juzgar delitos ni en las autoridades administrativas, ni en los particulares, pues a éstos sólo le es permitida la función de administrar justicia como jurados (figura no vigente), conciliadores o árbitros, como lo establece el inciso final de esta norma.
- b. El principio del monopolio de persecución penal de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 250 de la Carta Política, en cuanto que es la entidad competente para adelantar el ejercicio de la acción penal, con lo cual el parágrafo 2º de esta misma norma resulta contradictorio a lo preceptuado en su propio inciso 1º.
- c. El principio de sistema de persecución penal único, que impide la existencia de sistemas alternativos, como así resulta considerado que la víctima sea la titular de la acción penal. Por lo tanto, no estaría el legislador, como así lo prevé el acto legislativo, facultado para otorgarle esta facultad a la víctima.

A partir de los cuestionamientos propuestos, ¿realmente el acto legislativo, en cuanto otorga a la víctima la titularidad de la acción penal para conductas que atentan contra ciertos bienes jurídicos, que correspondería a los bienes jurídicos de naturaleza individual con facultad de disposición y negociación, o para otras conductas con un bajo grado de lesividad, implica una sustitución de la Constitución Política Colombiana? ¿La Acción Penal en cabeza de la víctima, sustituye la estructura orgánica del sistema penal acusatorio colombiano, según el Acto Legislativo 3 de 2002 y lo previsto en el artículo 116?

Para la Corte Constitucional, y dentro de un análisis riguroso de lo que comporta un ataque a un acto legislativo, concluye lo siguiente, permitiendo

admitir la asignación de acción penal en la víctima desde el aspecto constitucional:

- i) No puede hablarse de sustitución de la Constitución cuando se incluyan reformas en la misma que tienen por finalidad modificar la estructura del orden constitucional pero no modifican la organización política. La asignación del *ius puniendi* a la víctima, corresponde a una excepción a la norma general, y que como tal, ocurriría en ciertos casos y bajo la concurrencia de ciertas condiciones.
- ii) La Constitución puede ser modificada y es útil para su conservación, cuando las necesidades políticas y sociales así lo requieran en un momento histórico determinado. Esta necesidad social, frente a la privatización de la acción penal, se concreta hoy en la necesidad de descongestionar el cúmulo de procesos que sin ningún tipo de interés tienen a cargo los fiscales de conocimiento, la dificultad en el recaudo de elementos materiales probatorios por los mismos niveles de congestión y por la falta de recurso humano para ello, o porque la víctima en virtud del factor tiempo, determinado por el momento en que realmente el caso es impulsado, casi 2 años después de denunciado, pierde el interés en la intervención, dificultando con ello la recolección de pruebas e información. Trasladar de manera parcial la acción penal a la víctima cuando se trate de bienes jurídicos individuales y con naturaleza disponible, podría solucionar en parte estos niveles de congestión e ineficiencia en la persecución de los delitos y evitar con ello los niveles de impunidad que agobian al actual sistema procesal colombiano.
- iii) No puede sostenerse contradicción alguna entre el artículo 116 y el artículo 250 de la Carta, cuando éste último a su vez fue modificado por el acto legislativo 03 de 2002 con el fin de implementar el sistema penal acusatorio.
- iv) El principio de monopolio de persecución penal por parte de la Fiscalía General de la Nación no es absoluto pues como la misma Corte lo reseña, a la regla general de persecución de los delitos a cargo de la Fiscalía General de la Nación se le aplican varias excepciones, dentro de la misma Constitución se prevén otros sistemas de enjuiciamiento y persecución de los delitos, como lo es el asignado al Senado según el artículo 173, o a la Cámara de

Representantes en el artículo 178 de la Carta, o la Justicia Penal Militar o la Justicia Especial Indígena.

Al incluir el mismo constituyente originario excepciones a la facultad del *ius puniendi*, la reforma constitucional del acto legislativo 06 de 2011 no sustituye la constitución, sino todo lo contrario, se ajusta a la realidad constitucional de la misma Carta Política. En sentencia C-1040 de 2005 la Corte Constitucional finalmente concluyó: *“resulta posible introducir reformas sustanciales a la Constitución, que alteren su estructura básica o los principios fundamentales en ella contenidos, pero que puedan, sin embargo, entenderse como incorporadas a ella”*.

Para el propósito principal de este escrito, según lo concluido por la Corte Constitucional y si bien podemos partir tranquilamente de la constitucionalidad de la titularidad de la acción penal en cabeza de la víctima de acuerdo con lo revisado anteriormente, resulta fundamental tener como premisa principal en la defensa de la privatización de la acción penal, que en el derecho penal actual la persecución de los delitos no es potestad exclusiva de un órgano o entidad en especial.

Esto quiere decir que actualmente no es viable hablar del Monopolio del *ius puniendi*, pues dentro de la estructura del Estado Social de Derecho otros entes se encuentran facultados para ello, lo importante será que dicha facultad dé respeto a los principios básicos del Derecho Penal Moderno como lo indica la doctrina, en su sentido formal y material:

*“En su sentido formal, el Derecho Penal es el conjunto de normas del Derecho positivo que, respetando dinámicamente (y no sólo pasivamente) los derechos fundamentales e internacionales, regulan de modo taxativo las materias de los delitos y las penas...”*

*[...] En su acepción material [...] Este poder punitivo se torna jurídico solamente en la medida en que se encuentre precisa y claramente regulado y limitado por normas generales, preexistentes, autoobligatorias y autoejecutables de Derecho Objetivo. Solo ello lo diferencia de la fuerza bruta y lo convierte en un poder con pretensión de legitimación democrática.*

*Un poder sin causas preestablecidos para su ejercicio (supuestos fácticos, competencias, procedimientos y recursos) no es en modo*

*alguno un poder jurídico desde el punto de vista constitucional del Estado social y democrático de Derecho” (FERNÁNDEZ, 2002: 57).*

Finalmente, queremos destacar de esta sentencia los argumentos presentados por los intervinientes que apoyaron la inexecutable del Acto Legislativo 06 de 2011, adicionales a los señalados en la demanda, los cuales serán enunciados acá para más adelante ser debatidos junto con las restantes críticas que se han presentado frente a la privatización de la acción penal por parte de sus detractores. Algunas objeciones consistieron en señalar que:

- a. La privatización de la acción penal implica un retroceso en la formación del actual Derecho Penal, por lo que la misma corresponde a un escenario primitivo propio de la época pre-romana.
- b. Se vulnera el principio de legalidad, por cuanto la privatización de la acción penal delega en particulares disponer de la libertad del procesado.
- c. Vulnera el principio de igualdad por cuanto sólo quienes tienen recursos puede optar por un acusador privado, siendo inviable para quienes no cuentan con estos recursos, lo que llevaría a la impunidad de ciertas conductas.
- d. La posibilidad de que la víctima sea quien adelante la acción, corresponde a una carga injustificada en la misma que tiene como origen la ineficiencia del sistema. Lo anterior corresponde a un acto de desentendimiento por parte del Estado en el incumplimiento de sus funciones, dejando a la suerte de la víctima la persecución del delito.

Las líneas posteriores nos permiten ir abordando algunos argumentos frente a estas críticas propuestas, y muchas de éstas resultan infundadas si logramos establecer hoy un concepto moderno de la privatización de la acción penal superando así la primitiva idea de la *delicta*.

### **1.3 Privatización de la Acción Penal como Concepto Moderno**

Partiendo de todas las consideraciones anteriores, especialmente de la constitucionalización de la privatización de la acción penal, es importante indicar en primer lugar que la misma se ajusta al Derecho Penal Actual si

cumple con el aspecto material y formal del mismo (FERNÁNDEZ, 2002) y es coherente con la Constitución Política (APONTE, 2002:):

*“Para Bricola, igual que para Roxin, se trata de hallar en la Carta el marco para derivar bienes jurídicos, al mismo tiempo que se subraya la noción de libertad como bien constitucional y la proporcionalidad implícita como exigencia fundamental para la deducción de bienes jurídicos de la misma Carta. Desde luego, también atañe al uso de la noción de proporcionalidad para medir el impacto de cualquier decisión de política criminal sobre el valor constitucional de la libertad”. (APONTE, 2002:15)*

Con esto queremos indicar que el concepto moderno de privatización de la acción penal, se aleja de la concepción primitiva de la venganza, o sus formas contemporáneas y subsecuentes, que fueron expuestas en el recuento histórico realizado, igualmente se separa de la idea de la *delicta privata* como una forma de responsabilidad estricta u objetiva, y se somete a la formas propias del Estado de Derecho.

Actualmente no podría concebirse la privatización de la acción penal sin su institucionalidad en normas positivas y con la aplicación de los principios del debido proceso. La venganza privada o lo que supuso ser la privatización de la acción penal en un estadio primitivo no puede ser aceptado hoy, porque sus rasgos característicos no resultan acordes al derecho penal actual y su constitucionalización:

*“Aun antes de que hubiera un gobierno, hay una forma reconocible de responsabilidad estricta: la venganza. Si una persona ataca o roba a otra (¿qué estamos suponiendo acerca de la existencia de derechos antes de que haya legislaturas o tribunales que los declaren?), es muy probable que la víctima ejerza represalias y que esta amenaza provea la disuasión contra el comportamiento agresivo. Los costos de la información en una sociedad sin instituciones de adjudicación dificultarán la diferenciación entre los daños intencionales, por descuido o negligencia por una parte, de modo que la responsabilidad tenderá a ser estricta” (POSNER, 2013:404).*

Según la descripción de la venganza privada, dentro del contexto actual es inviable pensar que ésta se asimila a la privatización de la acción penal como concepto primitivo; la posibilidad de que la víctima sea titular de la acción penal como ya ocurre en el ordenamiento nacional, obedece a un mandato constitucional legítimamente amparado en una interpretación integral y

armónica de la misma, y además, se encontraría regulada por el legislador, con lo cual se respetaría el principio de legalidad en cuanto a las conductas que pueden ser objeto de la acción penal privada, y el debido proceso, en cuanto a las reglas de juego y tiempo en que la misma debe ser ejecutada.

Un concepto moderno de la privatización de la acción penal tendría como referente los postulados básicos y esenciales que reúne el artículo 29 de la Carta Política, principio básico y fundamental de las formas procesales vigentes:

*“ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*

*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*

*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*

*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.*

Conforme lo anterior, la privatización de la acción penal tendría que estar sometida a los siguientes principios, derivados naturalmente de la norma anterior:

i. El respeto al principio de legalidad, desde su aspecto sustancial, por cuanto sólo puede ejercerse la acción penal respecto de conductas previamente determinadas en la ley como delitos, y desde su aspecto procesal, en cuanto el legislador tendría como pauta para otorgar la persecución penal a la víctima, aquellos delitos que comportan una lesión a bienes jurídicos de naturaleza individual y con vocación de disponibilidad.

El Estado desde luego no podría desentenderse, en un Estado Social de Derecho de acuerdo con el postulado 2o de la Constitución Nacional de la persecución penal de los delitos cuando éstos correspondan a



conductas de mayor gravedad, pero si puede otorgar la posibilidad de que la víctima sea el titular de la acción penal en los que incorporan un interés netamente particular.

Esta posibilidad está ya reconocida en la Constitución; ciertos delitos sólo comportan una afectación individual que compromete sólo interés de la víctima en la solicitud de su persecución penal; en sentencia C-528 de 1997, la Corte Constitucional consideró:

*“La ley la establece como condición de procesabilidad, porque estima que en ciertos tipos penales media un interés personal de la víctima del ilícito, que puede verse vulnerado en forma más grave con la investigación que sin ella. En tales casos, restringe la facultad investigativa, condicionándola a la previa formulación de la querrela, como medio de protección de este interés personal”.*

ii. La observación del debido proceso implica que sólo se puede ejercer la acción penal privada bajo las formas previas establecidas por el legislador, lo cual además implicará asignarle cargas a la víctima en la formulación de su pretensión acusadora como el soporte probatorio respectivo y la sustentación de los hechos fundamento de la misma. Contrario o lo estimado por la crítica, no se trata de ajusticiar bajo mano propia la comisión de una conducta. El proceso igualmente tendrá que cumplir con la rigurosidad del artículo 29 de la Constitución Política, respetándose el principio de contradicción de la prueba, garantizándose plenamente los derechos de la defensa: favorabilidad, no autoincriminación, *non bis in ídem*, *in dubio pro reo*, y desde luego el principio de la segunda instancia.

iii. La competencia del juez natural implica que la víctima será sólo parte y no juez de su pretensión, así, si bien se arroga la facultad de la fiscalía en la presentación de la acción penal, bajo el modelo procesal actual igualmente se encontrará en el estrado como sujeto procesal dándose respeto al principio de igualdad de armas propio de este sistema.

Con todo lo anterior, que corresponde sólo por ahora a una identificación preliminar de las características de la privatización de la acción penal como concepto moderno, consideramos plausible y ajustado a la Constitución que bajo estos lineamientos se haga realidad en el plano procesal la reforma introducida.

Ya veremos en el plano práctico, de ver concretada en la realidad su aplicación, frente a qué situaciones nos enfrentamos y de qué manera se debe entonces incorporar otras características que permitan su viabilidad y lo dinamicen en la realidad social.

A partir de estas breves consideraciones, ¿el proyecto de ley 047 de 2012, se ajustaba entonces a un concepto moderno de privatización de la acción penal? Daremos una breve revisión al mismo para poder así concluir al respecto.

#### **1.4 El proyecto de Ley 047 de 2012: revisión desde el concepto moderno de la privatización de la acción penal – un intento real de privatización de la acción penal**

El proyecto de ley 047 de 2012, si bien materializaba la reforma constitucional del artículo 250, y se logra ajustar a una concepción moderna de lo que debería ser la privatización penal, por contener algunas pautas propias al debido proceso y el principio de legalidad, no obstante, aún vincula mucho a la Fiscalía General de La Nación en la posibilidad material de que la víctima ejerza la acción penal, sin embargo este último aspecto no la hace inviable constitucionalmente.

Revisamos muy puntualmente algunos artículos de este proyecto así:

- a. En primer lugar, revisemos el tema de procedibilidad de la acción penal privada; de acuerdo con el artículo 1º del Proyecto de Ley, la víctima debe contar con el aval de la Fiscalía General de la Nación para poder ejercer la acción penal; el proyecto ha denominado a este requisito: solicitud de conversión de la acción pública en acción privada. Esta conversión, según el artículo 4º del proyecto tiene una dificultad, la misma debe ser autorizada por la propia fiscalía mediante decisión motivada, en la que se indican la identidad o individualización del indiciado, los hechos objeto de la acusación y su calificación jurídica.

Esto implica una carga adicional para el Fiscal de radicado, quien además deberá motivar su decisión, situación que puede igualmente tardar por la congestión judicial de los Despachos y el nivel de solicitudes que deben atender, además, la víctima se vería sometida a la calificación jurídica que considere el fiscal, lo cual puede resultar una desventaja para la víctima que puede considerar que el tipo penal

es otro, o que considera tiene elementos probatorios que configuran alguna conducta en especial y no la considerada por la fiscalía.

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

Y es que es estos casos donde esta posibilidad de privatización de la acción penal resulta útil y eficiente, pues una forma adecuada de descongestionar los despachos judiciales, iniciando por los procesos sometidos a indagación e investigación, es entregando a particulares con suficientes recursos, incentivos e interés el ejercicio de la acción penal.

Ahora, ¿Son estos requisitos de la providencia motivada que debe emitir el fiscal de conocimiento taxativos?, en casos de averiguación de responsables, ¿No es entonces viable la privatización de la acción penal? Y es que con esto advertimos una posible confusión entre los conceptos de privatización de la acción penal, que se deriva de la reforma constitucional realizada al artículo 250, el concepto de acusador privado y de acusación privada, pues si por ésta se entiende que el acto de formulación de acusación corresponde a la víctima, desde luego que para ello tendrá que previamente haberse individualizado al sujeto activo del delito.

Si contrario a lo anterior, la víctima pudiera solicitar mediante audiencia preliminar al juez de control de garantías la conversión de la acción penal de pública a privada y a partir de allí tener el aval de legalidad correspondiente, podría entonces ser titular de la indagación e investigación con las mismas facultades del fiscal, apoyando las labores de recaudo de elementos materiales probatorios y diseñando el programa metodológico según su experiencia; es en este aspecto donde el aporte de la víctima resultaría más valioso para la descongestión judicial, pues es la etapa de indagación la que más

demanda recursos de tipo económico y humano a los fiscales de conocimiento. Recordemos que esta solicitud de conversión será presentada por abogados, con lo cual se presume el suficiente conocimiento técnico y jurídico para ello.

No obstante lo anterior, el control de legalidad como lo prevé el proyecto ocurre después de emitida la decisión por parte del fiscal, hecho que puede tardar e impedirle a la víctima actuar con la celeridad y el interés en la recaudación de elementos materiales probatorios.

Además, si bien de acuerdo con el proyecto de ley la conversión de la acción penal se prevé para antes de la formulación de la imputación, el artículo 8º del proyecto señala que el ejercicio de la acción penal privada inicia con la presentación del escrito de acusación, lo que llevaría consecuentemente a la iniciación del juicio. Entonces, ¿En qué momento se da realidad a lo pactado en el artículo 6º respecto a las facultades de los artículos 267 y 268 del Código de Procedimiento Penal, sobre el recaudo de elementos probatorios?

Creemos que de acuerdo con lo anterior, el procedimiento penal previsto para el ejercicio de la acción contiene un vacío de naturaleza esencial y sustancial: omite la etapa de formulación de imputación, pues si la acción debe solicitarse antes de ésta y el primer acto de la víctima como titular de la acción privada corresponde a la acusación, ¿dónde queda entonces la formulación de imputación y la aplicación a favor del procesado de los descuentos punitivos que ocurren en esta etapa como consecuencia de la aceptación de cargos?

Creemos que la fortaleza de la privatización de la acción privada en cabeza de la víctima, estaría en:

i) Otorgarle la posibilidad de la dirección de la indagación y el correspondiente recaudo probatorio, apoyando la individualización de los responsables y acudiendo al juez de garantías como así lo hacen actualmente los abogados defensores en los supuestos que requieran control previo y posterior; ii) en la formulación de imputación, en la cual con suficiente recaudo probatorio podría lograr una aceptación de cargos de considerarse que ésta lograr demostrar con suficiencia la responsabilidad penal del acusado, y iii) en la formulación de acusación o en la solicitud de la preclusión, pues la víctima puede considerar que tiene suficientes incentivos para ir a juicio o todo lo contrario, que su derecho de reparación no logrará

ser compensado mediante el juicio, o que de acuerdo con el recaudo de pruebas será derrotada en esta etapa siendo ineficiente por costos de tiempo y económicos llegar hasta esa etapa.

b. En cuanto a los delitos respecto de los cuales procede la acusación privada, consideramos parcialmente acertado el artículo 1º pues estos corresponden a aquellos de naturaleza disponible y que requieren querrela para la iniciación de la acción penal; los delitos que poseen una pena mínima de 4 años; y para aquellos delitos que si bien comportan una pena mínima superior a los 4 años comprometen únicamente el patrimonio económico privado, y finalmente para todos los restantes delitos cuando no se haya formulado imputación a los dos años siguientes a la denuncia.

Volviendo a las consideraciones anteriores, creemos que el primer logro del proceso penal actual y el de mayor dificultad consiste en lograr la formulación de la imputación, por lo que si la Fiscalía en un término de 2 años no ha logrado formularla y la víctima tiene fundamentos para ello, debe entonces como titular de la acción penal poder realizarla; sin embargo el proyecto de ley no otorga esta posibilidad, de solicitar la conversión de la acción penal en ese momento, la decisión sobre ésta puede tardar, y una vez avalada por el juez de control de garantías sólo lo queda la posibilidad de presentar la acusación, entonces ¿En qué momento recauda los elementos materiales probatorios?, ¿Debe acudir a juicio con los recaudados por la Fiscalía?

Ahora, respecto a los restantes delitos en los que no se haya formulado imputación en un término de 2 años, creemos que el legislador si deberá hacer un esfuerzo por concretar estos delitos que pueden ser objeto de persecución privada por una determinación de tipo temporal, no obstante, considerando que la norma deberá seguir la pauta de la reforma constitucional, estos delitos restantes ¿Cuáles podrían ser?, recordemos que el Acto Legislativo 06 de 2011 habló de delitos que impliquen un grado mínimo de lesividad o por la naturaleza del bien jurídico, con lo cual hablar acá de delitos contra el patrimonio público, la libertad y otras garantías, contra la vida y contra la integridad sexual no tienen acá cabida. Eventualmente podremos acá hablar de delitos como los previstos en el Título VII BIS que tutela el bien jurídico de la Protección de la información y de los datos.

Con todo, es por ello importante que de hacerse realidad la reforma constitucional, la ley que así le dé viabilidad supere algunas inconsistencias del proyecto de ley como han quedado señaladas acá. Únicamente hemos

referido las anteriores por considerarlas la más trascendentes en la forma cómo debería operar la privatización de la acción penal, podrían existir otras críticas que por ahora únicamente queremos mencionar: la citación a conciliación antes de decidir sobre la conversión de la acción genera un costo más en tiempo y celeridad en la investigación además de debilitar la estrategia de la víctima, pues la expone frente al sujeto activo, y además, como ya lo mencionamos, ello no tendría razón en casos de averiguación de responsables.

Ahora, pese a ello, de ser reformulado el proyecto, éste daría aplicación a un concepto moderno de privatización de la acción penal, pues involucra al juez natural en la legalidad de la misma, determina la viabilidad de la acción para ciertas conductas, establece un procedimiento que observa el debido proceso al establecer reglas de juego para el ejercicio de la acción, impone cargas a la víctima como lo ese el artículo 8º respecto al contenido del escrito de acusación, situación que como ya lo dijimos se debe imponer igualmente en la formulación de imputación; garantiza el derecho de segunda instancia, y especialmente, consideramos, impone a la víctima concretar para los delitos de contenido patrimonial su pretensión indemnizatoria, con lo cual la víctima al tener clara su pretensión puede desistir del juicio por los costos que el proceso representa en relación con la afectación causado, o mejor aún, puede que acepte un arreglo negociado con el procesado.

### **1.5 Conclusiones del Capítulo**

De acuerdo con el análisis anterior, hemos llegado a las siguientes conclusiones que constituirán las premisas del análisis propuesto:

i. Se propone un concepto de Privatización de la Acción Penal que se corresponde con el Derecho Penal Moderno y el respeto a los principios de legalidad y debido proceso. El concepto de Privatización de la Acción Penal se ajusta a los postulados constitucionales y cumple con los fines de prevención general y especial del Derecho Penal.

ii. El Concepto de Privatización de la Acción Penal analizado se prevé para delitos que atentan contra bienes jurídicos de naturaleza individual donde el mismo Sistema Procesal Penal le ha otorgado a la víctima la facultad de decisión sobre si dispone o no de la acción penal con el fin de ser resarcido del daño causado. En términos de Derecho Penal, la víctima no sólo se limita a buscar una indemnización, sino a buscar justicia y verdad, es por ello que la trilogía de sus derechos se conoce como: verdad, justicia y reparación.

Si bien el Derecho Penal transformó en función social y bien público la persecución de los delitos, es verdad que el individuo como concepto social y como protagonista, ha ganado terreno en la reivindicación de sus intereses por encima de los dogmas nacionalistas y del Estado. Sobre este sustento filosófico que permite que el individuo sea más actor en la sociedad se fundamenta la posibilidad de que defienda directamente el interés vulnerado en materia penal.

iii. Con la defensa de la Privatización de la Acción para delitos disponible o querellables o frente a daños de menor lesividad, no desconocemos la función social del Estado sobre la persecución de los delitos, siendo ésta la función que como Bien Público ejerce el Derecho Penal al regular “...intereses comunitarios, por oposición a los intereses privados de los individuos (teoría de los intereses)”<sup>14</sup>.

Ahora bien, en el próximo capítulo hablaremos del Sistema Penal Procesal como un Modelo de Mercado, en el que coexisten suficientes herramientas ya de tipo procesal de naturaleza disponible. Este otro elemento permite reforzar la idea de la privatización de la Acción Penal en la víctima, pues ésta no solo tiene la disposición de ejercer la acción sino que además cuenta con instrumentos que le permiten negociar la forma en qué puede ocurrir el resarcimiento del daño.

---

<sup>14</sup> J.MAIER, Julio B. Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, p. 95.

## CAPÍTULO II

### SISTEMA ACUSATORIO PENAL COLOMBIANO: UN MODELO DE MERCADO?

#### **2.1 Naturaleza Económica del Proceso Penal Bajo La Ley 906 De 2004: Modelo De Mercado, Derecho Premial, Perspectiva Conductual De Las Negociaciones, Distorsión Del Modelo.**

El Sistema Penal Colombiano, actualmente de tendencia acusatoria, fue introducido al ordenamiento jurídico a través de la Ley 906 de 2004, con entrada en vigencia a partir del 1º de enero de 2005. Una de las razones que llevaron al legislador a introducir esta reforma en el ordenamiento jurídico colombiano tuvo que ver con la necesidad de implementar un sistema que a diferencia del sistema anterior, el inquisitivo, fuera más eficiente en la judicialización de los delincuentes; este concepto de eficiencia fue concebido en la idea de menos costos y mayor número de casos con aceptación de la responsabilidad penal, que evitaran la etapa del juicio, con el incentivo de una considerable disminución en la pena.

Es importante acá aclarar que si bien el sistema penal acusatorio quiere distanciarse considerablemente del sistema penal que le precedía, el inquisitivo, no obstante, la Corte Constitucional ha identificado a nuestro sistema como un sistema de tendencia acusatoria, y no puro como tal<sup>15</sup>. Con esto queremos advertir que no estamos hablando así de un sistema acusatorio puro, pues incluso éste carece en nuestro sistema de un jurado de conciencia, sino de un sistema procesal penal con tendencia acusatoria, que aun así bajo ese supuesto, conserva su naturaleza económica como lo hemos sugerido.

Esta distinción, considerar que el sistema procesal penal actual colombiano comporta una naturaleza económica propia se deriva esencialmente de la forma como sustancialmente se ha desarrollado la legislación penal en la forma de un Derecho Penal Premial.

El Derecho Penal Premial, ha sido considerado por la doctrina: *“Este agrupa normas de atenuación o remisión total de la pena orientadas a premiar y así fomentar conductas de desistimiento y arrepentimiento eficaz de la conducta criminal o bien de abandono futuro de las actividades delictivas y colaboración con las autoridades de persecución penal en el descubrimiento de los delitos ya cometidos o, en su caso, el desmantelamiento de la*

---

<sup>15</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C - 591 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C- 762 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.



*organización a que pertenezca el inculpado. Desde una perspectiva política – criminal, son, pues, razones de pragmatismo las que fundamentan estas disposiciones que conceden beneficios penales: la evitación de futuros delitos y el descubrimiento de los ya cometidos”<sup>16</sup>.*

No obstante lo anterior, y todo el sistema de instrumentos de negociación que contempla la ley sustancial y procesal penal, incluso en el régimen de ejecución de penas y medidas de seguridad, el proceso legal en sí, comporta para la teoría del análisis económico del derecho un escenario propio del modelo económico, de allí que destaquemos entonces su naturaleza económica con mayor razón para el sistema penal acusatorio, pues las partes concurren allí bajo los presupuestos de un sistema adversarial con alta instrumentalidad de negociación.

Ahora bien, algunos rasgos nos permiten identificar esta naturaleza económica del sistema penal acusatorio colombiano y que pueda ser identificado como un modelo de mercado en donde los actores se comportan dentro del mismo respondiendo a incentivos y adecuando su comportamiento según éstos. A continuación se explicará esta situación:

### **2.1.1 El Proceso Penal como Modelo de Mercado**

POSNER (2013) asimila el proceso legal en general como un modelo de mercado en la que hay lugar a la asignación de recursos entre quienes acuden a éste; así lo indica:

*“...como el mercado. El proceso legal recurre para su administración primordialmente a individuos privados motivados por el interés económico propio antes que a los altruistas o los funcionarios públicos. A través del abogado que contrate, la víctima de una conducta que podría ser ilegal (ineficiente) 1) investiga las circunstancias que rodean el acto presuntamente ilegal, 2) organiza la información obtenida por la investigación, 3) decide si activará la maquinaria de la asignación legal, 4) introduce información a esa maquinaria en una forma digerible, 5) verifica la corrección de la información aportada por el demandado, 6) si es necesario presiona en favor de cambios de las*

---

<sup>16</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. El coimputado que colabora con la justicia penal, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (fecha de publicación: 22 de mayo de 2005), <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf> (fecha de la consulta: marzo 26 de 2013), p.05:2.

*reglas de asignación seguidas por los tribunales y 7) busca la recaudación del fallo”<sup>17</sup>*

La anterior definición resulta una identificación clara del proceso legal como un modelo de mercado en la que ocurre una respectiva asignación de recursos, que correspondería a la pretensión del demandante, o la satisfacción del demandado de no verse vencido. No obstante, el proceso acarrea costos que en principio, y dentro de un proceder racional por parte de los sujetos o adversarios que acuden a este escenario deberían estar previamente estimados para poder determinar si resulta eficiente accionar o por lo contrario, inhibirse de ello.

Desde la perspectiva del demandante, ello puede corresponder a la expectativa de ganancia: evitar una sanción por no proceder judicial o administrativamente<sup>18</sup>, lograr algún efecto disuasivo para corregir la conducta que amerita ser judicializada<sup>19</sup>, y, respecto al demandado: la expectativa de pérdida puede ser mayor a los costos de realizar una adecuada defensa, por lo que entonces también le resulta eficiente intervenir en el proceso, o al menos lograr algún acuerdo.

Concretando este modelo de mercado para el sistema legal en general, a continuación se puede indicar que el sistema penal acusatorio obedece entonces a las siguientes premisas fundamentales en su estructura orgánica:

- i. Se trata de un proceso de naturaleza adversarial fundado en la intervención de un acusador, lugar en el que se ubica la víctima igualmente; y la defensa, lo que se asimila a 2 actores que acuden al mercado en el contexto de una relación de demanda y oferta.
- ii. La relación de demanda y oferta envuelve de manera general tanto al acusador- víctima, como a la defensa, pues tanto uno y otro pueden intervenir igualmente como demandante y oferente; el fiscal puede ofrecer un beneficio, pero igualmente demanda frente

---

<sup>17</sup> POSNER, Richard A. El Análisis Económico del Derecho, México D.F., Fondo de Cultura Económico, 2013, pp. 801 y 802.

<sup>18</sup> El deber de denunciar puede al interior de entidades de derecho privado verse como una conducta que puede ameritar sanciones administrativas o disciplinarias por parte de los entes de control. Igualmente las entidades financieras pueden estar obligadas a denunciar.

<sup>19</sup> Por ejemplo, al interior de entidades financieras o corporativas, en la que es común encontrar un alto porcentaje de fraude interno, la información que puedan tener los demás empleados o funcionarios, sobre un proceso disciplinario o penal en contra de algún funcionario involucrado puede reducir el número de eventos de fraude, pues quienes estén incurso en la realización de alguno o pretendan hacerlos, pueden a partir de esta información desistir de ello.

al sistema procesal un pronunciamiento de condena; a su vez, la defensa puede demandar un pronunciamiento de absolución, o también ofrecer pautas para un arreglo, bien bajo el intercambio de información, la indemnización a la víctima como reparación integral, o en general colaboración a la justicia.

- iii. La información de naturaleza imperfecta: las partes adversas del proceso se asemejan a dos actores que concurren al mercado de manera racional tratando de no revelar en la entrada a este mercado la información que poseen, tanto de ellos mismos como del otro. Este tipo de información imperfecta<sup>20</sup>, en materia de un proceso penal con tendencia acusatoria puede asimilarse a los elementos materiales probatorios y/o evidencia que se tengan sobre la ocurrencia del hecho punible por parte de la fiscalía y la defensa, aunque si bien la defensa sólo los conocerá hasta las audiencias de formulación de imputación y más detalladamente en la formulación de acusación, puede entrar en este modelo de mercado dependiendo de la certeza de la comisión del hecho punible, esto es, de existir un reconocimiento de la realización del delito por parte del actor, es posible que ello lo ubique en una posición desventajosa y ello lo aliente a buscar una pronta negociación. La literatura en la materia ha señalado sobre este punto que:

*“We have shown how the presence of such an asymmetry might influences parties’ litigation and settlement decisions, and how it might lead to a failure to settle. Furthermore, legal rules and institutions that magnify the extent to which an informational asymmetry is present might well increase the likelihood of litigation.*

*In the course of the analysis, we have assumed that the defendant is the party who possesses private information. The model can be adapted, however, to apply to the case where the plaintiff is the one who has the private information.*

---

<sup>20</sup> “La información privada, si es revelada, puede ser utilizada en contra del que la da y por lo tanto, afectar el desarrollo del acuerdo. Por lo tanto, los agentes tienen un incentivo para ocultar la información a través del silencio o de mentiras y utilizar recursos tanto para proteger el valor de la información propia como para obtener información sobre los otros. Estos costos y los retrasos resultantes para concluir acuerdos que fueran beneficiosos mutuamente donde la información es distribuida en forma asimétrica”. En SOLA, Juan Vicente. Constitución y Economía, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, p. 145.

*An important issue of interest that the model leaves unexamined is information transmission. The assumption that the settlement offer is made by the party that lacks private information is used in the model to rule out the possibility of parties' learning from the adversaries' offers: when a offer is made by the party that has no private information, the offer will never result in the other party's revising his estimate of the trial's outcome. In contrast, if a party with private information makes a settlement offer, the other party might infer from it some information concerning this adversary's type, and the informational asymmetry might be reduced. This possible signaling role of settlement offers is an important issue that should be treated in a complete model of settlement decisions under imperfect information"<sup>21</sup>.*

- iv. El precio que acordaran las partes, dentro del contexto de un sistema penal acusatorio corresponde al beneficio punitivo: la disminución del quantum de la pena, la libertad condicional, la realización de un principio de oportunidad o la realización de un precio. Este precio lo paga el acusador, pero a cambio de la disminución de los costos y el esfuerzo de tener que realizar un juicio y poder resultar vencido.
- v. Como todo modelo de mercado, está sujeto a externalidades de tipo positivo y negativo<sup>22</sup> para los actores dentro del proceso

---

<sup>21</sup> AYRE BEBCHUK, *Litigation and Settlement under imperfect information*; The RAND Journal of Economics, Vol. 15, No. 3 (Autumn 1984), pp. 404 – 415, p. 414. Traducción libre: "Hemos demostrado cómo la presencia de esta asimetría podría influenciar las partes y los litigios y las decisiones de acuerdos y cómo podría llevar a una falla en conciliación. Además, las leyes e instituciones jurídicas que manifiquen la medida en que una asimetría informativa esté presente también podrían aumentar la probabilidad de litigios. En el curso del análisis, hemos asumido que el demandado es la parte que posee información privada. El modelo se puede adaptar, sin embargo, para aplicar al caso en que el demandante es el que tiene la información privada. Un tema importante de interés que el modelo deja sin examinar es la transmisión de información. La suposición de que la oferta de arreglo se hace por la parte que carece de información privada se utiliza en el modelo para descartar la posibilidad de que partes 'aprendan de las ofertas de los adversarios': cuando una oferta se hace por la parte que no tiene información privada, la oferta nunca resultará en la otra parte revisando su estimación del resultado en el proceso. Por el contrario, si una parte con información privada hace una oferta de acuerdo, la otra parte podría inferir de esto, una cierta información con respecto a este tipo de adversario, y la asimetría de la información puede ser reducida. Esta posible función de señalización de las ofertas de acuerdos es un tema importante que debe ser tratado en un modelo completo de las decisiones de acuerdos en virtud de la información imperfecta".

<sup>22</sup> POSNER define las externalidades como el algo exterior a los procesos de decisión del mercado, ajenos a cualquier de las partes que intervienen en el proceso y que de no existir, bajo

penal; lo pueden ser la forma como los medios de comunicación hagan difusión del procedimiento, inclinándose a favor de cierto adversario en específico o exigiendo una condena *versus* una salida negociada, la opinión pública en general, o situaciones de índole administrativa como lo puede ser la reasignación del proceso a otro fiscal o el cambio del juez del juicio. La corrupción, vista como fenómeno que distorsiona la imparcialidad de las negociaciones es también una externalidad negativa<sup>23</sup>.

- vi. Regulación de posibilidades de negociación antes de la etapa de juicio (*trading-off*): dentro de este tipo de mercado, vía el mecanismo de la regulación por cuanto se han instituido por la vía legal, se han establecido formas de negociación al interior del proceso con el fin lograr resultados de mayor eficiencia que eviten los costos de ir a juicio. Se han instituidos mecanismos como el sistema de allanamiento a cargos<sup>24</sup>, el sistema de preacuerdos (*plea bargaining*)<sup>25</sup> y el principio de oportunidad para lograr, a cambio del reconocimiento de la responsabilidad penal de manera parcial, o para evitar, suspender o interrumpir la acción penal, una

---

costos de transacción en el mercado bajo, haría que el mercado operara eficientemente. Confr. POSNER, Richard. *Análisis Económico del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 130

<sup>23</sup> Confr. Klitgaard, R., "Political corruption: strategies for reform, *Journal of Democracy*", Vol. 2, No. 4, 1991, p. 86- 100.

<sup>24</sup> El allanamiento a cargos, se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico colombiano en el Código de Procedimiento Penal en su inciso primero: "*Artículo 351. Modalidades. La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación*".

<sup>25</sup> En el inciso 2º y siguientes del mismo artículo 351 se regula el sistema de preacuerdos:

"Artículo 351:

(...)

*También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo. Para efectos de la acusación se procederá en la forma prevista en el inciso anterior.*

*En el evento que la Fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de la imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación.*

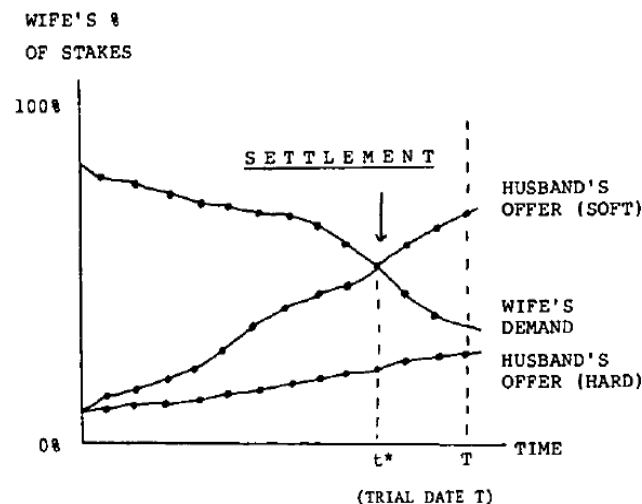
*Los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.*

*Aprobados los preacuerdos por el juez, procederá a convocar la audiencia para dictar la sentencia correspondiente.*

*Las reparaciones efectivas a la víctima que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado, pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos, esta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes".*

considerable mejora en la pena a imponer o la misma libertad como consecuencia de la disminución de la pena para beneficio del procesado; o desde la posición de la víctima una posible negociación en cuanto a una indemnización de perjuicios que puede ocurrir de manera inmediata evitando así los costos del juicio<sup>26</sup>. En estos casos, si bien ambas partes reducen la expectativa de ganancia (*trading off*) de cierta manera ceden frente a la existencia de un beneficio real que supera el costo de ir a juicio.

Uno de los ejemplos traídos por esta literatura, y que aplica al caso al considerar proceso legal como un modelo de mercado, ocurre en materia de un proceso civil de divorcio donde las partes hacen sus propuestas, siendo sólo viable el acuerdo donde coinciden las mismas y esto dependerá de si la propuesta ofrecida es mucho más flexible (*soft*) o exigente (*hard*):



Como se aprecia en la gráfica<sup>27</sup>, hay lugar a un acuerdo cuando concurren (intersección) la demanda de la esposa con la propuesta más flexible de esposo (*soft*), ganándose además, unidades de tiempo en la negociación, y no

<sup>26</sup> Confr. COOTER, Robert. MARKS, Stephen. MNOOKIN, Robert. Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior, J. 11 *Legal Stud.* 225 (1982), Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/85>.

<sup>27</sup> Tomada de: COOTER, Robert. MARKS, Stephen. MNOOKIN, Robert. Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior, J. 11 *Legal Stud.* 225 (1982), Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/85>, p. 231

dilatándose el evento del acuerdo. En términos de un proceso penal, ¿quién realiza la oferta y quién demanda?:

- Consideramos que en posición de ofertante siempre estará el fiscal de la investigación (*prosecutor*), pues es la única parte legitimada para accionar los mecanismos de negociación consagrados en la ley, así, su oferta puede ser exigente o flexible dependiendo de:
  - i) Ante la existencia de muchos cargos y suficiente evidencia que comprometa la responsabilidad del procesado, el fiscal puede estar en la posibilidad de presentar un oferta mucho más dura, que si bien le otorga concesiones al procesado, puede no ser tan beneficiosa y consistir simplemente en el retiro de un cargo o en otorgar una prisión domiciliaria;
  - ii) Ante la existencia de pocos cargos y escaso material probatorio, el fiscal tendrá sólo la posibilidad de realizar una oferta bastante generosa a los intereses del procesado.

Bajo las premisas anteriores que identifican el modelo procesal penal bajo la forma de un sistema acusatorio como un modelo de mercado en el que concurre un intercambio de asignaciones, queremos a partir de esta contextualización detenernos y profundizar en el aspecto premial del sistema, el cual nos permite identificar y hacer más evidente su naturaleza de carácter económico, presupuesto esencial para defender más adelante la viabilidad de la acusación privada y la racionalidad del derecho de daños incorporada en el sistema actual.

### **2.1.2 Derecho Premial: característica principal de la naturaleza económica del sistema procesal penal de tendencia acusatoria vigente actualmente en Colombia**

Ya líneas arriba presentamos el concepto de Derecho Penal Premial de acuerdo con la definición que la doctrina ha traído para ello principalmente en lo que conceptúa SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ (2005) sobre esta noción; sin embargo, si bien ella considera que dos son los fines pragmáticos de la institución de beneficios a favor del reo cuando reconoce la comisión del delito: i) evitación de futuros delitos y ii) descubrimiento de los ya cometidos, realmente no consideramos que éstos se enmarquen dentro de finalidad pragmática de un derecho penal de naturaleza premial:

En primer lugar, no creemos que la institución vía legal de beneficios a cambio de una declaratoria de responsabilidad penal guarde relación o influya a tipo de prevención general y especial en la comisión o no de delitos en el futuro. El aumento de la criminalidad está condicionado por otros factores que no guardan relación con los beneficios punitivos premiales instituidos en el sistema, todo lo contrario, el sistema procesal colombiano ha demostrado que la implementación de estos beneficios no reducen los índices de criminalidad.

De otro lado, la concesión de beneficios como contraprestación del reconocimiento de responsabilidad penal no da lugar al descubrimiento de otros delitos esencialmente. Si el reo decide aceptar su responsabilidad penal lo descubierto es su responsabilidad penal pues previamente ya se había descubierto la comisión de un delito, sólo que no se tenía certeza de su autor.

Sólo podrá hablarse de descubrimiento de delitos ya cometidos, si ante la ausencia de material probatorio el mismo procesado confiesa la comisión de otras conductas de manera espontánea con la finalidad de obtener un mayor beneficio; ahora, si lo que sucede es que entregue información delatora sobre otros delitos cometidos por terceros, acá la fiscalía se enfrentará a las dificultades propias del recaudo de elementos materiales probatorios y asignación de responsabilidades penales, razones que nos llevan a concluir que no consideramos que realmente estemos frente a una clara finalidad de descubrimiento de delitos ya cometidos.

Así las cosas, consideramos que la premisa fundamental sobre la que se erige la naturaleza premial del sistema procesal penal es sólo una: a cambio del reconocimiento voluntario de responsabilidad penal por parte del indiciado, el Estado en cabeza de la Fiscalía General o *prosecutor*, le otorga beneficios punitivos.

Hablamos de reconocimiento voluntario y no espontáneo, pues es posible que el fiscal presione la obtención de esta manifestación de autoincriminación haciendo usos de las estrategias propias de la negociación que como ya vimos, se dan dentro del contexto de información imperfecta. Esta estrategia dependerá de la forma negocial que utilice el fiscal en la que se ahondará más adelante.

La finalidad pragmática que consideramos busca el Estado implementando este modelo negocial, a diferencia de lo que considera la doctrina española, es sólo una, y es económica: reducir los costos de seguir investigando en un proceso el delito objeto del proceso penal que se adelanta y los costos de



adelantar la etapa de juicio. En otros términos, sólo hay un propósito: reducción de costos<sup>28</sup>.

En este sentido la Corte Constitucional Colombiana en sentencia C-645 de 2012 consideró:

*“Para determinar la favorabilidad en abstracto, es preciso abordar el tema con una visión sistemática, y de conjunto de los diferentes rangos de descuento punitivo que la nueva normatividad establece, vinculando su magnitud a los estadios en que se produce el allanamiento a los cargos: (i) una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible cuando el evento se produce en la audiencia de formulación de la imputación (Arts. 288.3 en c.c. con el 351); (ii) una rebaja de hasta una tercera parte de la pena a imponer, cuando el mismo evento se produce en desarrollo de la audiencia preparatoria (Art. 356.); (iii) un descuento de una sexta parte, cuando ocurre en el juicio oral (Art. 367 inc. 2°). **Cuanto más distante se encuentre el proceso del juicio, el allanamiento genera un mayor reconocimiento punitivo**”<sup>29</sup>.*

Ahora, en esta misma sentencia la Corte Constitucional Colombiana consideró que dos son las formas propias de la terminación anticipada del proceso penal, constituyendo para este cuerpo colegiado la primera el mecanismo ideal de negociación:

*“En la sentencia T-091 de febrero 10 de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño<sup>[105]</sup>, la Corte Constitucional realizó un breve análisis de las formas de terminación anticipada del proceso, incluso vigentes antes de la adopción del sistema penal con tendencia acusatoria, contenido en la Ley 906 de 2004.*

*En la relación con los cambios introducidos por la referida ley, esta corporación explicó que en dicho estatuto existen dos modalidades de terminación anticipada del proceso, “perfectamente diferenciadas en*

---

<sup>28</sup> “En el fallo T-091 de 2006 ampliamente citado dada su pertinencia para el presente pronunciamiento, se concluyó que los rangos de rebajas o beneficios establecidos por el legislador son producto de un “criterio de política criminal”, **que otorga un tratamiento más benigno que resulta ser directamente proporcional al mayor ahorro para los recursos investigativos del Estado.** La Corte indicó en la referida sentencia que no resultaría razonable, acorde con la naturaleza de la institución analizada, otorgar el mismo beneficio para aquella persona que acepta los cargos en la formulación de imputación, a quien lo hace en unos escenarios más avanzados del proceso, como la audiencia preparatoria o el juicio oral”. (Énfasis fuera de texto).

<sup>29</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-645 de 23 de agosto de 2012, magistrado ponente: Nilsón Pinilla Pinilla.

*su estructura, consecuencias y objetos político criminales: (i) los preacuerdos y negociaciones entre el imputado o acusado y el fiscal; y (ii) la aceptación unilateral de cargos por parte del imputado o acusado”.*

Descarta la Corte que la aceptación unilateral corresponda a una de las formas de negociación, al manifestar en la misma sentencia en cita que: *“Bajo esos lineamientos, en la sentencia T-091 de 2006 ampliamente citada, la Corte Constitucional explicó que el legislador dio un tratamiento diferenciado entre los mecanismos de negociación y preacuerdos y la aceptación unilateral de cargos o allanamiento, pues en la segunda no hay espacios a la negociación, ni se autoriza al fiscal para hacer solicitudes sobre la punibilidad”<sup>30</sup>.*

Sin embargo, pese a lo anterior, si consideramos que el allanamiento puede ser producto de una negociación realizada con el fiscal investigador, quien si bien no puede hacer negociaciones respecto a lo punitivo, puede hacerlas en relación con el régimen de libertad. Ocurre que en la práctica el fiscal puede negociar como contraprestación de la aceptación de cargos, no solicitar medida de aseguramiento en centro de reclusión sino solicitar por ejemplo medida de prisión domiciliaria o incluso abstenerse de solicitar dicha medida preventiva.

Así las cosas, y como bien lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 5 de septiembre de 2011 con radicado 36.052, el allanamiento puede ser el resultado de una negociación extraprocesal entre el procesado y el fiscal, la cual es posible porque como vimos, igualmente se inserta en esta lógica del mercado que posee el proceso penal y específicamente por los enormes incentivos que ofrece el allanamiento a cargos en el descuento de sus *quantums* punitivos. Esto incluso fue considerado por la Corte Suprema de Justicia en uno de sus pronunciamientos:

*“Que eso sea así no excluye que luego de la formulación de la imputación y del consiguiente allanamiento a ésta, entre fiscal e imputado se lleven a cabo conversaciones para pactar no sólo el monto de la rebaja de pena sino el posible reconocimiento de la prisión domiciliaria o la suspensión condicional de su ejecución, la reparación integral a las víctimas e, incluso, la pretensión punitiva de la fiscalía, como lo establece el artículo 369 del Código de Procedimiento Penal de*

---

<sup>30</sup> *Ibídem.*

2004, con el fin de que lo acordado se incorpore al escrito de acusación junto con el acta de aceptación”<sup>31</sup>.

En relación con el modelo de preacuerdos y negociaciones previsto en la ley, este deriva del concepto de *plea bargaining*<sup>32</sup> implementado en la justicia penal procesal anglosajona del cual se tomó esta figura; de una manera muy puntual la doctrina Colombiana conceptúa sobre este sistema de negociación de culpabilidad de manera muy precisa:

*“En este diseño procesal la declaración de culpabilidad (guilty plea, por oposición al juicio con jurados: jury trial) se presenta de tres maneras: puede ser voluntaria o no influida (voluntary or uninfluenced), cuando el inculpado confiesa porque su culpabilidad resulta evidente; estructuralmente inducida (structurally induced plea), si el acusado se declara culpable y confiesa, para obtener reducción de pena; y negociada (negotiated plea o plea negotiation), si hay acuerdo con el fiscal para que éste sólo denuncie delitos menos graves, o proceda para dejar de lado algunos u omita las circunstancias agravantes y exponga las atenuantes. Esta última modalidad, a su vez, admite dos forma básicas: la Sentence bargaining o sentence concession, en la que el acuerdo versa sobre la disposición final del caso y el contenido de la condena que va a serle impuesta al acusado, sin alterar los cargos originales; y la Charge bargaining o Charge concession o Charge reduction, que supone la declaración de culpabilidad por parte del encausado y el fiscal, como contrapartida, modifica la acusación bien para sustituir el delito originariamente imputado por otro menos grave, con el retiro de la acusación formulada por algunos de los cargos –cuando son varios- o desistiendo de formularla; y mediante la combinación en un mismo asunto de ambas posibilidades, con lo cual puede haber una reducción cualitativa o cuantitativa de los cargos”<sup>33</sup>.*

---

<sup>31</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, mayo 4 de 2006, radicación 24531, M.P.

<sup>32</sup> *“Plea bargaining consists of the exchange of official concessions for a defendant's act of self-conviction. These concessions may relate to the sentence imposed by the court or recommended by the prosecutor, the offense charged, or a variety of other circumstances; 1 they may be explicit or implicit; and they may proceed from any of a number of officials. The benefit offered by the defendant, however, is always the same: entry of plea of guilty”.* En ALSCHULER, A.W. "Plea bargaining and its history", en *Columbia Law Review*, 1979, p. 4.

<sup>33</sup> Fernando Velásquez Velásquez, La justicia negociada: un ejemplo del peligro de la privatización del proceso penal con el nuevo sistema, en: [http://www.usergioarboleda.edu.co/santamarta/institucional/escuelas/derecho/eventos/1er\\_congreso\\_penal/ponencias/2009\\_velasquez\\_justicia\\_negociada.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/santamarta/institucional/escuelas/derecho/eventos/1er_congreso_penal/ponencias/2009_velasquez_justicia_negociada.pdf), (fecha de la consulta: marzo 26 de 2013), pp. 8-9. Citado en: El sistema penal acusatorio en Colombia y el modelo de derecho penal premial. Análisis de las sentencias 36.502 de 2011 y 38.285 de 2012 de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia C-645 de 2012 de la Corte Constitucional - Raúl Castaño Vallejo,

De acuerdo con la anterior cita y partiendo de nuestros presupuestos concluidos en el acápite anterior en donde identificamos el proceso penal acusatorio como un modelo de mercado basado en presupuestos propios a esta naturaleza, es importante concluir que su misma característica premial y negocial se dará idealmente cuando se esté en la circunstancias para que ocurra la *structurally induced plea* o *negotiated plea*, dependiendo claro está, de los factores que se identificaron para el modelo de mercado como la relación de asimetría de información que pueda darse durante la negociación, la forma en que concurra la relación de oferta y demanda (*soft – hard*) y las externalidades que influyan en la misma negociación.

Ahora bien, líneas atrás hemos hablado de otra forma de negociación, el principio de oportunidad<sup>34</sup>, que de acuerdo con el artículo 321 del Código de

---

en: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/2257/2187>; fecha de consulta 8 de febrero de 2015.

<sup>34</sup> En el ordenamiento jurídico colombiano, esta figura se encuentra regulada en el artículo 324 del código de procedimiento penal así: “**Artículo 324. Reformado por la Ley 1312 de 2009, artículo 2º.** Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

1. Cuando se tratase de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la Ley no exceda de seis (6) años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público.

Esta causal es aplicable, igualmente, en los eventos de concurso de conductas punibles siempre y cuando, de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior.

2. Cuando a causa de la misma conducta punible la persona fuere entregada en extradición a otra potencia.

3. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción imponible en Colombia carezca de importancia comparada con la impuesta en el extranjero, con efectos de cosa juzgada.

4. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.

5. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial.

En este evento los efectos de la aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio.

6. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción.

7. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.

---

8. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.

9. En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes.

10. En delitos contra el patrimonio económico, cuando el objeto material se encuentre en tal alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.

11. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores, que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.

12. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

13. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

14. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas. Quedan excluidos en todo caso los jefes, organizaciones, promotores, y financiadores del delito.

15. Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad.

16. Cuando quien haya prestado su nombre para adquirir o poseer bienes derivados de la actividad de un grupo organizado al margen de la ley o del narcotráfico, los entregue al fondo para Reparación de Víctimas siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de la respectiva organización.

17. **Numeral declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-936 de 2010. Providencia confirmada en la Sentencia C-157 de 2011.** Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la [Ley 975 de 2005](#) y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones.

Para los efectos de este numeral, el fiscal presentará la solicitud para la celebración de audiencias individuales o colectivas para la aplicación del principio de oportunidad.

Extiéndase esta causal a situaciones ocurridas a partir de la vigencia del Acto Legislativo número 3 de 2002.

Para la aplicación de esta causal, el desmovilizado deberá firmar una declaración bajo la gravedad de juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal, so pena de perder el beneficio dispuesto en este artículo de conformidad con el Código Penal.

18. **Numeral adicionado por la Ley 1474 de 2011, artículo 40.** Cuando el autor o partícipe en los casos de cohecho formule la respectiva denuncia que da origen a la investigación penal, acompañada de evidencia útil en el juicio, y sirva como testigo de cargo, siempre y cuando repare de manera voluntaria e integral el daño causado.

Los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con las obligaciones en la audiencia de juzgamiento.

El principio de oportunidad se aplicará al servidor público si denunciare primero el delito en las condiciones anotadas.

Procedimiento Penal corresponden a una de las formas de negociaciones ideales del sistema penal acusatoria pero con otro tipo de consecuencia mucho más atractiva para el procesado: la extinción de la acción penal, y que por lo mismo posee una rigurosidad más elevada en cuanto a su procedencia.

Lo anterior implica que en Colombia el principio de oportunidad, pese a que se encuentra identificado como antecedente en derecho comparado dentro del *plea bargaining*, realmente posee otro alcance, si bien procede de manera menos discrecional, incorpora dentro de su aplicación un concepto económico: el costo de oportunidad.

En otros términos, resulta para el Estado menos costoso desistir de la acción penal que ejercerla cuando se encuentra frente a la investigación de un delito sin trascendencia social, o cuando renunciando a la acción penal puede con ello lograr un mayor beneficio: colaboración con la justicia o reparación de la víctima.

De acuerdo con esta idea, damos pues paso a una revisión a este concepto desde una perspectiva económica:

#### **2.1.2.1 El principio de oportunidad: el costo de oportunidad de la acción penal**

Si venimos hablando de la naturaleza económica bajo la cual se fundamenta el sistema penal acusatorio dada su naturaleza premial y negocial y por ende transaccional, es importante entonces traer en estudio el principio de oportunidad, como figura jurídico penal mediante la cual se interrumpe o se

---

*Parágrafo 1°. En los casos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación de terrorismo, y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, solo se podrá aplicar el principio de oportunidad, cuando se den las causales cuarta o quinta del presente artículo, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas.*

*Parágrafo 2°. La aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión será proferida por el Fiscal General de la Nación o por quien el delegue de manera especial para el efecto.*

*Parágrafo 3°. No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años. **(Nota: Este parágrafo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-936 de 2010.)***

*Parágrafo 4°. No se aplicará el principio de oportunidad al investigado, acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal por haber accedido o permanecido en su cargo, curul o denominación pública con el apoyo o colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico”.*

desiste de la acción penal dado el análisis que el operador jurídico realiza en términos de costos de oportunidad.

Como lo indica POSNER (2013), desde la perspectiva del análisis económico del derecho: *“Para el economista, el costo es “costo de oportunidad”: el beneficio sacrificado al emplear un recurso en una forma que impide su uso por alguien más. He aquí otros dos ejemplos del costo de oportunidad: 1) el costo mayor de la educación superior son los ingresos sacrificados que el estudiante tendría si estuviera trabajando en lugar de asistir a la escuela; este costo supera al costo de la colegiatura”*<sup>35</sup>.

De acuerdo con la definición anterior, el legislador previendo que en algunas situaciones resulta más costosa la persecución del delito en relación con el beneficio que podría resultar de la judicialización del delincuente, ha taxativamente estipulado en la ley algunos supuestos de hecho en los que se le permite al *prosecutor* desistir, renunciar o interrumpir la aplicación del *ius puniendi*.

En el caso Colombiano hablamos de un principio de oportunidad reglado, pues procede siempre y cuando el presupuesto fáctico sobre el que se pretende aplicar se encuentre en la ley según lo estipulado en el artículo 322 del Código de Procedimiento Penal y porque además, requiere de la aprobación del fiscal superior jerárquico en algunos casos y de la aprobación judicial del juez de control de garantías. No obstante estos detalles de tipo procesal, lo que importa acá es destacar como el sistema procesal colombiano acusatorio, una vez más, incorpora dentro de su lógica y esencia, un concepto económico como lo es el costo de oportunidad.

En sentencia de la Corte Constitucional se consideró sobre esta figura:

*“El principio de oportunidad es una institución central del sistema penal acusatorio cuya aplicación está a cargo de la Fiscalía General de la Nación, bajo la supervisión del juez de control de garantías, y constituye una excepción a la obligación constitucional que recae sobre la Fiscalía y que la obliga a adelantar la acción penal y realizar la investigación de los hechos delictivos. Este principio implica la suspensión, interrupción o renuncia del ejercicio de la acción penal y exige que se haya constatado la ocurrencia de un delito y la Fiscalía pueda iniciar su labor de investigación y acusación. El principio de*

---

<sup>35</sup> POSNER, Richard. Análisis Económico del Derecho, México, Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 29.

*oportunidad es un instrumento completamente reglado y excepcional que no puede aplicarse con fundamento en la mera discrecionalidad del operador jurídico<sup>36</sup>”.*

Y en otra decisión, sobre el fundamento de su aplicación, consideró:

*“El fin del principio de oportunidad es la racionalización de la función jurisdiccional penal. La institución busca disminuir las consecuencias negativas de penas cortas de privación de la libertad, persigue la reparación de las víctimas y pretende facilitar la reinserción social de los autores de ciertas conductas punibles, permitiendo dar tratamiento diferenciado a delitos que por sus características intrínsecas no representan lesión significativa del orden social”<sup>37</sup>.*

En estos términos, y destacando una vez más otro elemento que nos permite irnos aproximando a una racionalidad de tipo privada y menos intervencionista de Estado, será entonces necesario ir concluyendo en los rasgos esenciales de esta naturaleza premial que hemos venido concretando como la concesión de beneficios a través de la realización de un pago (el cual pretende resarcir el daño causado con el delito; este pago podrá ser la reparación a la víctima, la colaboración con la justicia, la devolución de los elementos objeto del delito).

Podemos ir entonces por ahora adelantando un rasgo de aquello que nos permitirá identificar la racionalidad del derecho penal acusatorio con el derecho de daños en el cual se busca resarcir la afectación siempre y cuando medie una contraprestación.

### **2.1.3 Conclusiones Preliminares a la naturaleza premial y negocial del sistema penal acusatorio y su naturaleza económica**

Los elementos que nos permiten identificar al Sistema Penal Procesal con tendencia acusatoria como un modelo de mercado y por lo tanto con una naturaleza de corte económica, según nuestro estudio corresponden a los siguientes:

- i. Se fundamenta teleológicamente en los conceptos de eficacia<sup>38</sup> y eficiencia; el primero, sustentado en poderle otorgar un real

---

<sup>36</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-907 de 2012.

<sup>37</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-738 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

<sup>38</sup> La Corte Constitucional ha definido este concepto desde dos puntos de vista, el jurídico y el sociológico: “La “eficacia” de las normas puede ser entendida tanto en un sentido jurídico como



cumplimiento a los objetivos que erigen al derecho penal desde la perspectiva de la prevención general y especial: la debida judicialización de los autores de los delitos y la inhibición de la comisión de conductas delictivas por el resto de la sociedad; el segundo, en términos de la relación costo - beneficio, esto es, logrando la judicialización de los responsables e igualmente el cumplimiento de la prevención general y especial, mediante el menor uso del recurso económico y humano. Esta consideración además, ha sido recogida en varios pronunciamientos judiciales emitidos por las altas Cortes<sup>39</sup>.

ii. Se sustenta en la implementación de la figura del *plea bargaining* como estructura procesal negocial instituida principalmente en la cultura del derecho procesal criminal anglosajón tal como quedó referido en la sentencia de la Corte Constitucional T-907 de 2012, arriba citada.

iii. La relación costo - beneficio encuentra respaldo jurídico en el principio de progresividad o gradualidad, consistente en que el aumento de los beneficios al procesado será superior en relación directamente proporcional a la distancia entre el momento en que haga uso de estos beneficios (a cambio de las contraprestaciones) y la etapa del juicio público y oral. En otras palabras, la utilidad del procesado (*d: defendant*) se justifica en términos del quantum punitivo (*q*), el cual será más favorable en función de la tasa tiempo (determinada por la premisa de que a mayor ahorro de tiempo mayor favorabilidad punitiva):

$$\uparrow U_d(q) = \downarrow t(r)$$

iv. La institucionalización legal del sistema penal acusatorio de naturaleza premial y negocial reconoce la flexibilización del principio de legalidad, en cuanto pese a la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, por razones de política criminal y de eficiencia, el

---

*en un sentido sociológico; es el primero el que resulta relevante para efectos del asunto bajo revisión. El sentido jurídico de "eficacia" hace relación a la producción de efectos en el ordenamiento jurídico por la norma en cuestión; es decir, a la aptitud que tiene dicha norma de generar consecuencias en derecho en tanto ordena, permite o prohíbe algo. Por su parte, el sentido sociológico de "eficacia" se refiere a la forma y el grado en que la norma es cumplida en la realidad, en tanto hecho socialmente observable; así, se dirá que una norma es eficaz en este sentido cuando es cumplida por los obligados a respetarla, esto es, cuando modifica u orienta su comportamiento o las decisiones por ellos adoptadas". Sentencia C-873 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.*

<sup>39</sup> Confr. Corte Suprema de Justicia, decisiones 36.502, septiembre 5 de 2011, M.P. Alfredo Gómez Quintero y 25.306, abril 8 de 2008, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

Estado suspende o desiste de hacer uso del *ius puniendi*. Esta consideración desde luego, constituye una de las aproximaciones más claras a la teoría del análisis económico del derecho. En otros términos y como ya se explicó, el principio de oportunidad dentro del modelo procesal penal constituye realmente una aplicación del concepto de costo de oportunidad instituido por la teoría económica.

Hasta este momento hemos identificado el sistema procesal penal colombiano como un modelo de mercado caracterizado por su una naturaleza negocial derivada de los privilegios premiales otorgados por la misma ley; si estos postulados se cumplen, dentro de este contexto procesal legal se darán una serie de negociaciones entre los sujetos procesal que han de concurrir en este espacio. Así las cosas, a continuación diseñamos un modelo hipotético que intenta describir la forma en que estas negociaciones podrían darse.

#### **2.1.4. Negociaciones y Análisis Económico del Derecho: perspectiva conductual de las negociaciones**

Dentro del Análisis Económico del Derecho como así lo ha venido manejando la doctrina en esta materia<sup>40</sup>, la posibilidad de llegar a una negociación está determinada por la función " $U:QU(S)$ "<sup>41</sup>, donde S corresponde a la expectativa de sentencia determinada por la probabilidad de que realmente el procesado sea condenado (*conviction*). Bajo este análisis debe entonces el fiscal (*prosecutor*) poder determinar de manera apriorística la necesidad de ofrecerle al procesado algún mecanismo de negociación que le permita concluir con éxito el caso, aun cuando sumariamente exista certeza de la responsabilidad penal del procesado, y esto seguramente ocurrirá porque:

- a. No cuenta con elementos materiales probatorios suficientes que le permitan sostener en juicio de manera contundente, esto es, más allá de toda duda razonable, su teoría del caso. No obstante, si debe contar con alguna mínima evidencia que comprometa *ex ante* la responsabilidad del procesado y a partir de esta realidad puede lograr una negociación. Será esencial para el fiscal poder manejar con sagacidad esta estrategia, y esto dependerá de la información imperfecta con la que cuente el procesado frente la existencia o no, o duda, de evidencia.

---

<sup>40</sup> ADELSTEIN, Richard P. The Plea Bargain in Theory: A Behavioral Model of the Negotiated Guilty Plea; Southern Economic Journal, Vol. 44, N. 3, January, 1978, pp. 488 – 503.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 490

b. Si enfrenta a un caso complejo donde el recaudo de elementos materiales probatorios y evidencia (por ejemplo en casos de fraude bursátil o financiero), resulta complicado y se enfrenta ante la escasez de recurso humano y técnico, así como ante la falta de personal idóneo y calificado en la materia.

c. Los costos de preparar un juicio: tiempo de reuniones en la preparación de testigos; falta de colaboración de los testigos quienes ante la eminencia de un juicio pueden perder su interés en la intervención en el juicio, a quienes podrá conducírseles pero igualmente ello puede poner en duda la credibilidad de las declaraciones; notificaciones a los intervinientes y testigos y su ubicación, quienes pueden cambiar de domicilio siendo posteriormente difícil su ubicación.

d. El tiempo en que puede transcurrir en juicio pone en riesgo la mismidad de la prueba, la oralidad del juicio bajo el modelo del sistema acusatorio determina que cada una de las pruebas recaudadas sean introducidas mediante declaración testimonial de quien puede acreditar su autenticidad; los niveles altos de congestión judicial pueden deteriorar la prueba, o afectar la memoria del testigo, perito judicial o particular. Para esta situación el fiscal debe entonces ya conocer las pruebas y la naturaleza de las mismas.

Todos estos factores concurren en la manera como el fiscal apreciará la necesidad de ofrecer un mecanismo negocial que permita evitar los costos del juicio: la oferta más tentadora podrá ser aquella que corresponda a eliminar uno o varios cargos cuando nos encontremos frente a un concurso heterogéneo de delitos, dentro de la modalidad de un preacuerdo, siendo esta hipótesis la más atractiva para el fiscal a cargo. Aun así, también podrá intentar la aplicación de un principio de oportunidad si encuentra que se dan algunas de las causales previstas en la norma, bien sea colaboración o una indemnización que igualmente le permita conseguir un caso exitoso.

Es importante señalar que lo anterior es casi un modelo ideal bajo presupuestos de la misma índole (ideales), siendo el más importante: la certeza de la responsabilidad penal del procesado y la existencia de información al momento inicial en el que concurren oferta y demanda (mecanismos de negociación y aceptación de responsabilidad o cargos). Además, lograr una negociación *a priori* al juicio, parte igualmente de la relación costos de transacción bajos en la negociación vs. costos de transacción altos del juicio o litigio, que en la literatura se ha destacado así:

*“Podría parecer que el hecho de que las controversias se litiguen en lugar de transigirse viola el principio de que, cuando los costos de transacción son bajos, las partes transigirán voluntariamente si es posible una transacción mutuamente benéfica.*

*(...)*

*Como ocurre con cualquier contrato, una condición necesaria para el éxito de las negociaciones es que haya un precio al que ambas partes concluyen que el acuerdo aumentaría su bienestar. Por lo tanto, las negociaciones para el arreglo fracasarán y seguirá una litigación si el precio mínimo que el demandante esté dispuesto a aceptar en compromiso de su reclamación es mayor que el precio máximo que el demandado esté dispuesto a pagar como satisfacción de su reclamación. Por ejemplo, si el demandante no se arregla por menos de 10000 dólares y el demandado no lo hace por más de 9000, fracasarán las negociaciones para el acuerdo”<sup>42</sup>.*

Ahora bien, la tensión entre esta oferta y demanda puede flexibilizarse y tender hacia un modelo mucho más dinámico; a medida que transcurre el tiempo, siendo ésta una de las variables más determinantes en la modificación de la conducta del fiscal; varía la utilidad que logra un fiscal a través del castigo, así como la tasa (*quantum*) de la pena otorgada:

*“If, for mathematical convenience, we collapse the cyclical nature of the bargaining process into a continuum of offer and counteroffer, the prosecutor’s bargaining behavior can be modelled as a pair of related time function:  $P_p(t)$ , the utility maximizing punishment offered by the prosecutor at any moment in time, and  $r_d(t)$ , the prosecutor’s estimate of the defendant’s concession rate, itself a function on time”<sup>43</sup>.*

Desde la perspectiva del procesado, o la defensa, la viabilidad de aceptar un acuerdo estará determinada por la percepción que tenga de la “desutilidad” que le proporcione el castigo a acordar y el tiempo que tarde el fiscal para

---

<sup>42</sup> POSNER, Richard. Análisis Económico del Derecho, México, Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 856.

<sup>43</sup> ADELSTEIN, Richard P. The Plea Bargain in Theory: A Behavioral Model of the Negotiated Guilty Plea; Southern Economic Journal, Vol. 44, N. 3, January, 1978, p.497. Traducción libre: “Si, por conveniencia matemática, derrumbamos la naturaleza cíclica del proceso de negociación en una continuación de oferta y contra-oferta, el comportamiento de negociación del Fiscal puede ser modelado como un par de función de tiempo relacionado:  $P_p(t)$ , la utilidad maximizando el castigo ofrecido por el fiscal en cualquier momento, y  $r_d(t)$ , la estimación del Fiscal de la tasa de consenso del defendido, en sí es una función a tiempo ”

conceder dicho acuerdo. Estas funciones según la doctrina de la materia estarían explicadas así:

*“As above, however, the defendant’s observation of his adversary’s actual concession rate form a continuously changing input into the optimizing decision, and thus we can depict the defendant’s behavior as well through a pair of time function:  $P_d(t)$ , the defendant’s loss minimizing settlement offer at a given moment, and  $r_p(t)$ , the defendant’s instantaneous estimate of the prosecutor’s concession rate”<sup>44</sup>.*

Dichas funciones de tiempo, tanto del fiscal como de la defensa (expectativa de ganancia punitiva) deben coincidir en un punto, y es allí donde ocurrirá la negociación y se dará el acuerdo:

*“Where, as might be the usual case in practice, the actual rates of concession of both parties ar non-negative, that is, where  $\partial P_d/\partial t \geq 0$  and  $-\partial P_p/\partial t \geq 0$  (note that prosecutorial concessions represente decreases in  $P_p$ ), and where at least one of these rates is strictly positive, the bargaining process will converge to a solution for some finite  $t = t^0$ . The process will terminate in a agreement at  $t^0$  at the intersection of the offer function,  $P_p(t^0) = P_d(t^0)$ , and this common value  $P^0$  represents the terms of the plea bargain”<sup>45</sup>.*

Las anteriores ideas, insistimos, parten de la elaboración de un modelo ideal que de cierta manera logra incluir la forma conductual como fiscal y procesado o defensa actúan en punto de lograr una negociación. Mucha de esta lógica también tiene que ver con la dinámica de la teoría de juegos, en relación con la forma como las partes abordarán la negociación dependiendo

---

<sup>44</sup> Ibídem, p. 497. Traducción libre: “Como arriba, sin embargo, la observación del defendido de la tasa de concesión de su adversario constituye un resultado variable en su decisión más óptima, y por lo tanto también podemos representar el comportamiento del defendido a través de una función de tiempo:  $P_d(t)$ , la perdida del defendido al tratar de minimizar la oferta en un momento dado, y  $r_p(t)$ , la instantánea estimación del defendido, sobre la tasa de concesión del Fiscal”.

<sup>45</sup> Ibídem, p.497. Traducción libre: “Cuando, como podría ser el caso habitual en la práctica, las tasas reales de concesión de ambas partes son no negativas, es decir, donde  $\partial P_d/\partial t \geq 0$  and  $-\partial P_p/\partial t \geq 0$  (tenga en cuenta que las concesiones fiscales representan un decrecimiento en  $P_p$ ), y donde al menos una de estas tasas es estrictamente positiva, el proceso de negociación convergerá a una solución para algunos finitos  $t = t^0$ . El proceso terminará en un acuerdo en  $t^0$  en la intersección de la función de oferta,  $P_p(t^0) = P_d(t^0)$ , y esto valor común  $P^0$  representa los términos del acuerdo con el fiscal ”.

de la información con la que cuente cada una, como arriba lo sugerimos, y como a continuación se analizará.

### **2.1.5 Los actores dentro del sistema penal acusatorio actúan bajo el modelo de teoría de juegos**

El anterior marco conductual y cómo actúan los sujetos que intervienen en esta negociación nos acerca a la aplicación de la teoría de juegos bajo los siguientes presupuestos:

- a. Los actores que intervienen en esta negociación, por la naturaleza adversarial del sistema que ubica a dos actores en la balanza, en este caso, acusador y defensa, aunque éstas se integren de múltiples partes, actuarán integrando a su negociación un componente estratégico:

*“Pero en muchos contextos, las personas toman decisiones que sí tienen componente estratégico. Con frecuencia, los accidentes dependen del cuidado conjunto de dañadores y víctimas potenciales, del mismo modo que la decisión de gastar más en un proceso judicial depende, en buena medida, de los gastos y las decisiones que tome la otra parte en el contexto del pleito. En estos casos, la decisión óptima de una persona depende de las decisiones de otra u otras personas, situaciones que se parecen a juegos de mesa, donde una persona debe elegir una estrategia según su estimación de la estrategia o decisiones de otra persona”<sup>46</sup>.*

La mejor estrategia en este caso será aquella que:

- i. Permita al procesado, si es culpable, obtener el mayor beneficio punitivo y al fiscal incurrir bajos costos (verificación de mínima evidencia y de los hechos) evitando el juicio;
- ii. Y si es inocente el procesado, invertir en su defensa al menor costo posible, lo que estará determinado por el factor tiempo  $C_d(\tau) < 1$ , y al fiscal desistir del juicio, bien porque puede incurrirse en altos costos durante toda la etapa de recaudo de evidencia o porque el veredicto en

---

<sup>46</sup> STORDEUR, Eduardo (h). Análisis Económico del Derecho. Una Introducción.- Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. 115.

el juicio de inocencia implica una sanción moral y profesional a su función de acusador.

Así, de acuerdo con ese componente estratégico, ambas partes negociarán cuando hallen ese punto óptimo en que sus preferencias estén plenamente satisfechas, y ello ocurre cuando su relación de oferta y demanda coincidan en el punto de equilibrio (óptimo de Pareto)<sup>47</sup>.

b. La negociación se enmarca dentro del concepto de la teoría del juego cooperativa<sup>48</sup>, que se fundamenta en los supuestos de bienestar social mediante la implementación de una regla eficiente<sup>49</sup>. En el caso del proceso penal, esta regla eficiente corresponde a la regla de mejor estrategia como quedo arriba señalada, y que corresponde al caso tal en que ambas partes sociales ganan en correlativa ganancia de bienestar social y por lo tanto reducción del costo social.

c. Otro elemento que consideramos tiene lugar dentro de esta negociación será la relación WTP – WTA (*Willigness to Pay – Willigness to Accept*), esto es, la disposición a pagar y la disposición a aceptar, condicionada por el concepto de Efecto de Ingreso el cual tiene que ver con la percepción que una de las partes tiene en relación con la utilidad que concede el pago y la aceptación de éste. En la relación acusador – defensa ¿cuál es este efecto ingreso? ¿Quién es el que está dispuesto a pagar y quién a aceptar? Veamos:

i. El efecto ingreso está determinado en costos de oportunidad; para el procesado culpable será mejor realizar el pago (WTP) y confesar su responsabilidad en un momento muy próximo al origen del mismo proceso, porque una vez transcurre el tiempo su efecto ingreso decrece, generándose mayores pérdidas en su libertad, pues el

---

<sup>47</sup> “Entonces se dice que la asignación de los recursos que se produce por la transacción es superior en el sentido de Pareto (o “mejoramiento de Pareto”) es aquella que mejora la situación de una persona por lo menos, y que no empeora la situación de nadie...En otras palabras, el criterio de la superioridad de Pareto es la unanimidad de todas las personas afectadas”. POSNER, Richard. *Análisis Económico del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 39.

<sup>48</sup> “Hay dos ramas centrales en teoría de juegos: la teoría de juegos cooperativa y la teoría de juegos no cooperativa. La primera examina decisiones cuando las personas pueden negociar y tiene amplia aplicación en teoría social contractual puesto que permite refinar el examen de los acuerdos hipotéticos bajo condiciones muy generales, lo que remite a una larga tradición de filosofía política”. En STORDEUR, Eduardo (h). *Análisis Económico del Derecho. Una Introducción*.- Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. 115.

<sup>49</sup> Confr. STORDEUR, Eduardo (h). *Análisis Económico del Derecho. Una Introducción*.- Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p.117.

descuento punitivo a futuro será menor. En este caso, el WTP es coincidente con el WTA, pues para el acusador constituye la estrategia más eficiente.

ii. Puede existir una variación entre el WTP y el WTA, la cual podría generarse en el evento de que el procesado sólo quiera aceptar un parte de los cargos o recurrir no a la figura del allanamiento sino intentar optar por otra forma de aceptación moderada, como bien podría ser la celebración de un preacuerdo (eliminación de cargos) o la aplicación del principio de oportunidad. En estos últimos caso la disposición de pago del procesado representa un mayor beneficio para éste mientras que para el acusador un menor beneficio en su efecto ingreso, no obstante, es posible que la disposición de parte y parte tenga un acercamiento si las partes tienen en cuenta el efecto ingreso a largo plazo, por ejemplo, el acusador puede preferir un menor ingreso ahora que un mayor menor ingreso a futuro.

Desde luego, el presupuesto no aplica cuando las partes no quieren negociar bajo ninguna condición, bien porque el procesado se considera inocente, caso en el cual sólo se podrá hablar del WTA, estando el acusación en la posición de desistir de la acción penal si considera que realmente no hay evidencia suficiente para adelantar el juicio. Si el fiscal ha considerado que existe mérito y evidencia para adelantar el juicio, desde luego que no hay WTA y por lo tanto no se genera negociación, ni se podrá hablar de los elementos de mejor estrategia y cooperación.

Con lo anterior queremos indicar cuáles son los elementos esenciales que deben existir para poder hablar de una negociación entre defensa y acusador en términos eficientes; de no existir éstos, y concurrir los presupuestos de una teoría de juegos no cooperativa o de comportamientos no estratégicos no se podrá hablar de acuerdo, debiendo las partes concurrir al juicio donde una de éstas únicamente será la vencedora, no obstante que dicha victoria puede ser no eficiente.

No obstante esto, en la sección siguiente haremos un análisis de la forma cómo este modelo ideal se distorsiona en la realidad jurídica procesal colombiana y seguramente en otras jurisdicciones, lo que nos permitirá a partir de ese estado de cosas demostrar las razones por las cuáles la privatización de la acción penal vista desde la perspectiva de la acusación privada por parte de la víctima, podría ayudar a que los objetivos y finalidades del sistema procesal acusatorio realmente se cumplieran.



### **2.1.6 El Sistema Penal Acusatorio y su operancia actual: un modelo de mercado distorsionado**

Dentro de este aparte realizaremos una descripción de la situación crítica y actual del sistema penal acusatorio, partiendo del informe realizado por la Corporación Excelencia en la Justicia denominado Balance diez años del funcionamiento del sistema penal acusatorio 2004 – 2014, publicado en octubre de 2015.

De acuerdo con el análisis realizado por la Corporación Excelencia en la Justicia, la implementación de un sistema procesal acusatorio en Colombia tenía por finalidad:

*“Los objetivos implícitos que el legislador proyectó cuando adoptó el SPA mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, fueron identificados por la CEJ tras el análisis de las exposiciones de motivos, debates legislativos, actas de la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal y documentos elaborados por diferentes expertos. Los objetivos que se definieron entonces, como quedó plasmado también en el análisis de 5 años a la implementación del SPA, y que inspiraron y guiaron la reforma procesal penal, son los siguientes: 1. Hacer más eficiente el sistema penal: Se proponía el fortalecimiento de la capacidad del Estado para dar respuesta a la criminalidad, a través de un proceso que permitiera seleccionar los casos de mayor interés para la sociedad, la separación de funciones de investigación y juzgamiento, y, el protagonismo de la justicia premial, en la cual se conceden beneficios a quienes le ahorren al Estado el esfuerzo de llevar los procesos hasta sede de juicio oral. Así, con la introducción del Sistema Penal Acusatorio se buscó proporcionar al Estado una herramienta que cumpliera el doble propósito de aportar elementos para la lucha contra el crimen y la reducción de la impunidad. 2. Perseguir prioritariamente y sancionar la criminalidad grave y organizada: En relación con el fortalecimiento de la capacidad investigativa de la Fiscalía, quedó claro para el Constituyente que una vez esta entidad contara con la posibilidad de seleccionar el gran BALANCE DIEZ AÑOS DEL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN COLOMBIA 24 Análisis de su funcionamiento y propuestas para su mejoramiento Análisis de su funcionamiento y propuestas para su mejoramiento BALANCE DIEZ AÑOS DEL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN COLOMBIA Análisis de su funcionamiento y propuestas para su mejoramiento 19 cúmulo de casos que no entrarían al aparato judicial, y que despojada*

de una serie de actividades que entorpecían su labor principal como investigadora (básicamente las relacionadas con actividades jurisdiccionales<sup>18</sup>), este organismo obtendría la capacidad operativa para atender de mejor manera los delitos con mayor costo social y que exigen una respuesta decidida y ejemplarizante de su parte. 3. Hacer más garantista el sistema penal: La garantía de los derechos de los intervinientes dentro del proceso penal es uno de sus pilares fundamentales, por lo que el Constituyente se propuso armonizar nuestro sistema con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, mediante la consagración de un proceso de partes<sup>19</sup>, de corte adversarial<sup>20</sup>, en el que la libertad personal tenga las mínimas restricciones posibles y donde la igualdad de partes se verifique realmente a partir del fortalecimiento de la defensa pública. 4. Garantizar la idónea atención a víctimas: En la medida en que la víctima adopta un papel especial dentro del sistema, se espera que ésta pueda acceder a información clara y entendible sobre el sistema y sobre sus propios derechos, a la vez que tenga un papel más activo dentro del proceso penal. 5. Fortalecer la justicia restaurativa: La necesidad de ampliar el marco de protección a las víctimas fue reconocida por el constituyente, y lo justificó por la desprotección en la que se encontraban en el sistema mixto, enredadas en los tiempos excesivos que se tardaba el proceso penal, negándoles el derecho a una reparación efectiva (simbólica y económica) y limitando su expectativa simplemente a la inútil retribución. Así, “permitir que la ley pueda fortalecer los mecanismos de justicia restaurativa y de reparación integral a las víctimas, permitirá facilitarles una real indemnización de los perjuicios que hayan podido sufrir con ocasión al delito perpetrado”<sup>21</sup>. 6. Mejorar la confianza de la ciudadanía en la justicia penal: Una justicia más ágil y rápida, más justa y, por tanto, con mayor aceptación en una sociedad que observa cómo se

18 Gaceta del Congreso 157 del 10 de mayo de 2.002, p. 2. 19 “Los perfiles que preparó nuestro sistema acusatorio se vinculan con un fiscal dirigiendo la investigación y preparándola para sustentarla ante los tribunales y un juez juzgando de manera imparcial, como árbitro de una contienda en la que ahora ya no tiene interés, más que como eso, árbitro imparcial.” En Gaceta del Congreso 134 del 26 de abril de 2002, p. 4. En este mismo sentido, en la exposición de motivos de la ley 906 de 2004 se señala que: “Solamente puede calificarse como proceso acusatorio aquel en el que se encuentran perfectamente diferenciadas las funciones de los intervinientes en la actuación: un juez imparcial que a nombre del Estado evalúa la responsabilidad del acusado con base en las pruebas que son presentadas a su conocimiento de manera pública,

*oral, concentrada, con plena confrontación y contradicción; un fiscal, que a nombre del estado ejerce la acción penal a través de la acusación y que como titular de la pretensión punitiva, tiene la obligación de presentar en el juicio las pruebas de cargo adecuadas para desvirtuar la presunción de inocencia; y, una defensa, que en plena igualdad de condiciones con el acusador, representa los intereses del sujeto pasivo de la acción penal”. 20 “Esto permitiría que el proceso penal se conciba como la contienda entre dos sujetos procesales –defensa y acusador– ubicados en un mismo plano de igualdad, al final del cual, como resultado del debate oral y dinámico, el tercero imparcial que es el juez, tomará una decisión”. En, Gaceta del Congreso 531 del 21 de noviembre de 2002. Informe de ponencia para primer debate en el Senado de la República durante la segunda vuelta. 21 Gaceta del Congreso No 134 de abril 26 de 2002, p. 14. BALANCE DIEZ AÑOS DEL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN COLOMBIA 25 Análisis de su funcionamiento y propuestas para su mejoramiento Análisis de su funcionamiento y propuestas para su mejoramiento BALANCE DIEZ AÑOS DEL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN COLOMBIA Análisis de su funcionamiento y propuestas para su mejoramiento 20 mejora su confianza en las instituciones que logran reducir con eficiencia los niveles de criminalidad, era lo que se buscaba con la implantación del sistema acusatorio. 7. Mejorar la calidad de las decisiones judiciales: A través de la oralidad, además de hacer más ágil el proceso y “eliminar la elaboración del expediente, que es el principal obstáculo para la modernización del sistema y se presta para infinidad de tropiezos durante el juicio”<sup>22</sup>, se garantiza –por vía de la exigencia de la inmediación de las pruebas y su contradicción en el juicio–, la garantía de mejores condiciones en pro de la calidad de las decisiones judiciales”<sup>50</sup>.*

No obstante dichos objetivos nos encontramos frente a la siguiente crítica realidad, según lo indica el informe en mención:

*“Sin embargo, la existencia de inventario o ingresos que no se traducen en egresos -o no son atendidos en el Sistema-, no permite hablar de un sistema penal eficiente. La revisión detallada de las salidas o egresos del SPA permite obtener conclusiones que se irán desarrollando sobre*

---

<sup>50</sup> Corporación Excelencia en la Justicia, Balance diez años del funcionamiento del sistema penal acusatorio 2004 – 2014, octubre de 2015, p. 23 y ss. Publicado en: [http://www.cej.org.co/files/DOCS\\_SPA\\_BALANCE\\_10\\_Y.pdf](http://www.cej.org.co/files/DOCS_SPA_BALANCE_10_Y.pdf)

*el grado de eficiencia en la gestión de las noticias criminales en el sistema. De acuerdo con los datos disponibles, la regla general ha sido la preponderancia de salidas por causales de archivo con una participación del 70% en el total de las salidas, seguido con considerable distancia, por la extinción de la acción penal con un 11%, la conciliación con un 9% y las sentencias con un 5% del total de salidas; por su parte, uno de los lugares menos destacados, lo ocupa el principio de oportunidad con apenas un 0,06% del total...”<sup>51</sup>*

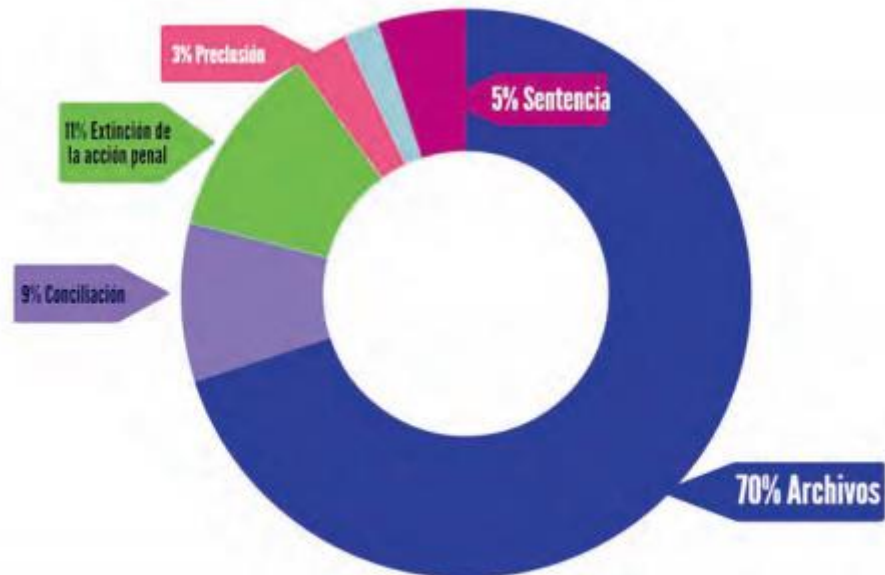


Gráfico 6. Participación porcentual tipos de egresos en el SPA a 2014. Fuente: Fiscalía General de la Nación. SPOA 2015. Elaboración CEJ.

Gráfica No. 1<sup>52</sup>

A continuación desarrollamos algunos puntos en relación con la visualización que nos permite la gráfica:

i. Archivo de las Investigaciones: Como se aprecia, la mayor solución otorgada a los procesos corresponde al archivo de la investigación<sup>53</sup>, el

<sup>51</sup> Ibídem, p. 38

<sup>52</sup> Corporación Excelencia en la Justicia, Balance diez años del funcionamiento del sistema penal acusatorio 2004 – 2014, octubre de 2015, p. 38. Publicado en: [http://www.cej.org.co/files/DOCS\\_SPA\\_BALANCE\\_10\\_Y.pdf](http://www.cej.org.co/files/DOCS_SPA_BALANCE_10_Y.pdf)

cual opera cuando se advierte que la conducta no corresponde realmente a una conducta punible desde su configuración típica objetiva; no obstante, lo cierto es que muchos fiscales han hecho uso de esta salida cuando también advierten la imposibilidad de recaudar elementos materiales probatorios o de identificar al sujeto activo del delito cuando estas investigaciones tienen inicio contra persona indeterminada. Además de esto, mediante la reforma introducida en el año 2011 a partir de la Ley 1453, se estableció un término de 2 años desde el momento de la presentación de la denuncia para que el fiscal del caso archive o formule la respectiva imputación<sup>54</sup>, y si bien la Corte Constitucional en sentencia C-893 de 2012 indicó que este término presumía que la Fiscalía hubiera desplegado toda la actividad posible para la investigación del caso<sup>55</sup>, no obstante ésta resulta la forma procesal de mayor uso por los fiscales además porque no requiere de ningún control judicial.

Las estadísticas han demostrado que realmente los fiscales titulares de la investigación ante la alta congestión judicial de procesos, no están siquiera interesados en lograr un acuerdo y obtener un resultado exitoso, a menos que se trate de un caso relevante. Esto ocurre porque ni siquiera tienen las posibilidades de recaudar elementos materiales probatorios que les permitan hacer una propuesta seria e intimidatoria a la defensa; además, porque ante la escasez de estos elementos incluso no se logra identificar al sujeto activo del delito.

---

<sup>53</sup> “Código Procesal Colombiano. Artículo 79. Archivo de las diligencias. Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación. Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanuda mientras no se haya extinguido la acción penal”.

<sup>54</sup> Ley 1453 de 2011, artículo 175: “(...) Parágrafo. La Fiscalía tendrá un término máximo de dos años contados a partir de la recepción de la noticia criminis para formular imputación u ordenar motivadamente el archivo de la indagación. Este término máximo será de tres años cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados. Cuando se trate de investigaciones por delitos que sean de competencia de los jueces penales del circuito especializado el término máximo será de cinco años”.

<sup>55</sup> “En primer lugar, el establecimiento de límites temporales a esta fase del procedimiento penal no suprime las facultades y funciones investigativas de la Fiscalía General de la Nación, sino que, por el contrario, la impulsa a desarrollarlas diligente y eficazmente; tampoco afecta los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, porque obliga a las instancias judiciales a materializar sus derechos en términos cortos y precisos. Y aunque eventualmente el vencimiento del plazo puede dar lugar al archivo de las diligencias, tal decisión debe ser motivada a partir de los supuestos previstos en el artículo 79 del CPP, y se puede disponer la reapertura del caso cuando exista mérito para ello”.

Del análisis realizado por la Corporación Excelencia en la Justicia destacamos la siguiente gráfica que releva la crítica situación del sistema:

Archivo	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Conducta atípica	83.034	136.656	200.993	224.749	215.435	261.832	258.100
Imposibilidad de encontrar o establecer el sujeto activo (art. 79 c.p.p auto julio 5 de 2007)	77.724	147.514	231.545	261.725	241.582	248.866	234.697
Por encontrarse el sujeto en imposibilidad fáctica o jurídica de efectuar la acción (art. 79 c.p.p auto julio 5 de 2007)	1.353	4.614	7.447	12.081	12.299	18.271	21.037
Por imposibilidad de encontrar o establecer el sujeto pasivo (art. 79 c.p.p auto julio 5 de 2007)	8.377	28.637	53.918	68.024	61.110	71.602	83.528
Inexistencia del hecho art 79. c.p.p	8.712	13.531	20.131	18.188	16.672	16.041	12.658
Prescripción de la acción penal art.83 c.p.	4	3	2	4	1	6	115
Querellante ilegítimo art. 71 c.p.p.	4	3	35	8	7	34	3.904
<b>Total Archivo</b>	<b>179.208</b>	<b>330.958</b>	<b>514.071</b>	<b>584.779</b>	<b>547.106</b>	<b>616.652</b>	<b>614.039</b>

Gráfica No. 2<sup>56</sup>

Como se aprecia, para el 2014, el 38.22% (234.697) de las decisiones de archivo se sustentan en la imposibilidad de ubicar al sujeto activo, lo que demuestra entonces que bajo esta figura se encubre la falta de actividad o ineficacia del sistema. Igualmente se registra otro alto porcentaje en la imposibilidad de ubicar al sujeto pasivo, un 13% (83.258), lo que resulta extraño y de poca comprensión; ¿Es realmente imposible ubicar o establecer al sujeto pasivo del delito? Otra de las situaciones críticas que señala la Corporación Excelencia en la Justicia tiene que ver con la posibilidad de que procesos en los que ha prescrito la acción penal se filtren a través de decisiones de archivo.

ii. Conciliaciones: Otro de los altos porcentajes de terminación del proceso tiene que ver con esta salida procesal llegándose a ella a través de una distorsión del modelo conductual al que hicimos referencia atrás y, como tal, a la naturaleza premial del sistema acusatorio. Muchas veces la labor del fiscal en obtener una

<sup>56</sup> Corporación Excelencia en la Justicia, Balance diez años del funcionamiento del sistema penal acusatorio 2004 – 2014, octubre de 2015, p. 40. Publicado en: [http://www.cej.org.co/files/DOCS\\_SPA\\_BALANCE\\_10\\_Y.pdf](http://www.cej.org.co/files/DOCS_SPA_BALANCE_10_Y.pdf)

negociación de dirige e la víctima del delito quien es presionada para que acepte una propuesta muy diferente a su pretensión indemnizatoria o muy por debajo de la cuantía de la misma cuando estamos frente a casos de daños claramente cuantificables; para lograr una respuesta favorable de la víctima con el fin de que concilie se le indica que ésta corresponde a la vía más provechosa para sus intereses, pues de lo contrario el proceso será archivado o se le indica la imposibilidad de recaudar elementos materiales probatorios.

Además de la anterior situación, como quiera que es el fiscal quien ostenta la prerrogativa relativa a la configuración típica de la conducta, ante el evento de un concurso de delitos, puede simplemente desestimar aquellos que no son negociables y mantener aquellos que si pueden ser objeto de una transacción.

La anterior realidad desnaturaliza por completo al sistema penal acusatorio en cuanto a su base negocial y premial, pero a favor del procesado, y en relación con la protección de la víctima. Prácticas de esta índole desde luego, son violatorias del principio de legalidad, del debido proceso y como tal, generan una desconfianza en el sistema por los índices de impunidad que generan.

iii. Principio de Oportunidad: uno de los mecanismos por excelencia del sistema acusatorio que demuestran la capacidad de negociación del fiscal constituye la posibilidad de a través de esta figura lograr la suspensión o interrupción de la acción penal, sin embargo, el porcentaje de su aplicación es realmente muy bajo (0.6%) lo que puede generarse bien porque no se utilizan de manera adecuada las herramientas previstas en la norma para lograr disuadir al procesado con el fin de que colabore con la administración de justicia o haga una reparación integral a la víctima; o porque definitivamente la labor investigativa es tan mínima que el procesado no se siente comprometido ante evidencia alguna, por lo que prefiere asumir el riesgo del tiempo y obtener una decisión de archivo o de manera exitosa una sentencia absolutoria.

Esta es una de las grandes fallas del Sistema Penal Acusatorio, la cual radica en la ausencia de una actividad investigativa por parte del fiscal de la investigación. La doctrina ya ha identificado esta gran falla en el funcionamiento del sistema, dejando la importancia del principio de oportunidad sólo en teoría, acá lo queremos distinguir como el principio de ALBERT ALSCHULER: *"If, as Alschuler indicates, the plea*

*bargain functions in a utilitarian calculus in which everyone similarly charged would accept the plea bargain, then no trials would go to court*".<sup>57</sup> No obstante ello, varios procesos terminan en juicio y la mayor parte de éstos en absolución.

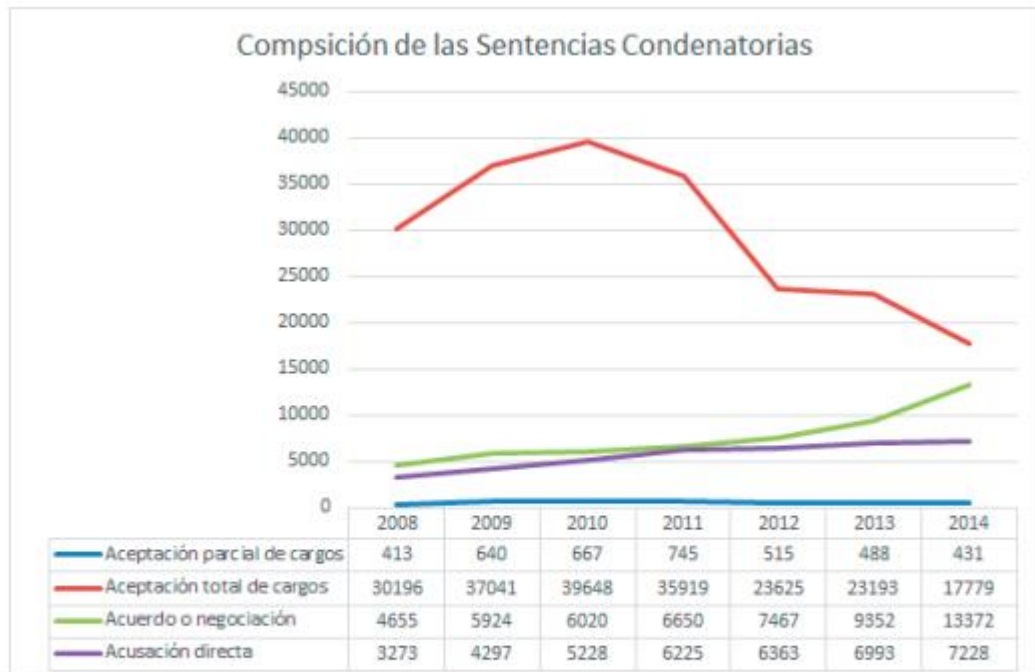
iv. Sentencias: como se aprecia, el porcentaje de sentencia es bajo, incluyéndose dentro de este rubro las negociaciones que realiza el fiscal con el procesado y que si bien mejoran la dosimetría de la pena a favor del procesado, no obstante implican un reconocimiento de responsabilidad.

Conforme el sistema ha avanzado desde su implementación, y los roles de los sujetos procesales se han afianzando identificándose principalmente las debilidades de la Fiscalía General de la Nación, el porcentaje de sentencias condenatorias obtenidas como resultado de un allanamiento a cargos han disminuido considerablemente y si bien, por acuerdo o negociación han aumentado no de manera considerable, cierto es que estas cifras deben mirarse con cierto pesimismo, pues finalmente comportan un porcentaje descendiente dentro de otro porcentaje muy mínimo (5% - Grafica No. 1) de resultados del sistema, al menos en lo que tiene que ver para el año 2014:

---

<sup>57</sup> Albert W. Alschuler, *op cit.*, 662. Traducción libre: "Si, como indica Alschuler, las funciones de utilidad del principio de oportunidad obedecen a un cálculo utilitario en el que toda persona acusada de manera similar aceptaría el acuerdo con el fiscal, luego no se llevarían juicios a la corte".





**Gráfico 12. Composición de las sentencias condenatorias (2008 a 2014). Fuente: Fiscalía General de la Nación. SPOA 2015. Elaboración CEJ**

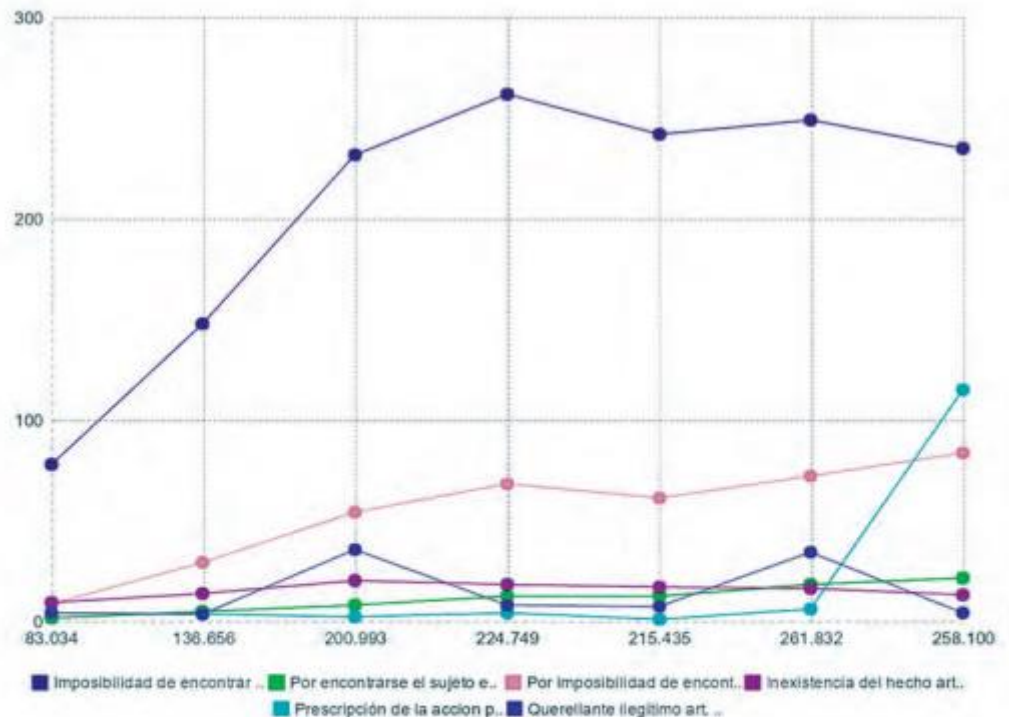
Gráfica No. 3<sup>58</sup>

Para ese año, 2014, y al ser revisados los datos de manera global, se advierte que el número de sentencias condenatorias en juicio se mantenido casi constante, - lo que implica que el proceso se pierde a altísimos costos que tiene que ver con el tiempo en que transcurre el proceso, costos del recaudo de pruebas, costos la práctica de las pruebas, costos de traslado de testigos, costos locativos<sup>59</sup>-.

Igualmente, también se ha reducido considerablemente el número de eventos con aceptación de cargos en la audiencia de imputación, pues una vez se han afianzado los roles de acusador y defensa durante estos 10 años, la estrategia de la defensa se ha fortalecido y hay mayor seguridad de su parte y optimismo en lograr una sentencia absolutoria:

<sup>58</sup> Corporación Excelencia en la Justicia, Balance diez años del funcionamiento del sistema penal acusatorio 2004 – 2014, octubre de 2015, p. 49. Publicado en: [http://www.cej.org.co/files/DOCS\\_SPA\\_BALANCE\\_10\\_Y.pdf](http://www.cej.org.co/files/DOCS_SPA_BALANCE_10_Y.pdf)

<sup>59</sup> Confr. *Crime and Punishment: An Economic Approach*, The Journal of Political Economy, Vol. 76, No.2 (Mar. - Apr., 1968), 169-217



Fabricación, tráfico, porte de armas de fuego o municiones	36,9%	64,4%	56,5%	35,5%	28,1%	12,8%
Porte, tráfico o fabricación de estupefacientes (Ley 30/86)	71,4%	58,0%	58,3%	39,7%	28,1%	23,8%
Acto sexual con menor de 14 años	20,2%	14,7%	13,9%	13,5%	11,2%	7,9%
Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	32,6%	12,8%	17,8%	14,3%	9,6%	11,5%
Terrorismo	23%	13%	22%	14%	6%	0,0%

Gráfica No. 4<sup>60</sup>

Ahora, estas estadísticas de manera aislada, podrían ser favorables porque sugerirían que un bajo número de casos van a juicio, no obstante, realmente la cifra de archivos es significativa y permite concluir que estamos frente a un alto índice de impunidad.

De acuerdo con lo anterior, el sistema penal acusatorio, pese a la teoría “eficientista”<sup>61</sup> sobre la cual se fundamenta, funciona de manera distorsionada, esto es, en su interior presenta algunas fallas que pueden ser identificadas con el concepto que en materia económica se utiliza de falla de mercado. Este concepto nos parece útil y acertado dado que hemos

<sup>60</sup> Corporación Excelencia en la Justicia, Balance diez años del funcionamiento del sistema penal acusatorio 2004 – 2014, octubre de 2015, p. 50. Publicado en: [http://www.cej.org.co/files/DOCS\\_SPA\\_BALANCE\\_10\\_Y.pdf](http://www.cej.org.co/files/DOCS_SPA_BALANCE_10_Y.pdf)

<sup>61</sup> La búsqueda de los mayores y mejores resultados incurriendo en los menores costos posibles: tiempo de funcionarios, costos locativos, duración de procesos y audiencia, costos de investigación, entre otros.

identificado al sistema procesal penal acusatorio como un modelo de mercado, que no obstante la teoría, funcionada como la realidad lo deja ver y se ha presentado en las estadísticas anteriores, como un modelo distorsionado cuyas fallas de mercado a continuación identificamos.

### **2.1.7 Teoría de las Fallas De Mercado en el Sistema Penal Acusatorio**

Un concepto acertado sobre lo que puede ser identificado como falla del mercado o imperfecciones del mercado se recoge en la obra de STORDEUR (2013), entendiéndose por esta *“Son casos de fallas o imperfecciones de mercado donde el autointerés de los participantes lleva a equilibrios ineficientes que no satisfacen el óptimo de Pareto; es decir que los bienes no se asignan en sus usos más valiosos, quedando disponibles en estados distributivos que incrementan el bienestar de los participantes en el mercado”*<sup>62</sup>.

Sobre las fallas del mercado en general como han sido identificadas en la teoría general, además de la anterior definición, podemos en el caso particular conceptualizarlas como aquellas situaciones ineficientes que se generan como resultado de un comportamiento dada la pre-existencia de un estado de cosas, o un contexto determinado, que conlleva a que se proceda por los actores del mercado, en este caso el proceso legal, de cierta manera incertada.

A partir del recuento anterior, ¿cuáles son estas fallas del mercado? Las que llevan a la existencia de las situaciones de distorsión previamente indicadas: archivo de las investigaciones que llevan a la insatisfacción de los derechos de verdad, justicia y reparación de los cuales son titulares las víctimas; práctica de conciliaciones ineficientes (no cumple con el postulado del *óptimo de Pareto*, las partes podrían haber conseguido una posición mejor); inaplicación del principio de oportunidad desvirtuándose la columna vertebral del sistema y, la existencia de un reducido número de sentencias que en su mayoría resultan absolutorias.

Varias son las fallas del mercado que podemos indicar acá, sin embargo, la principal podría corresponder al monopolio en sí en el ejercicio del *ius puniendi*, lo que precisamente corresponde al tema central de esta monografía, donde un único actor, el Estado, impide que los interesados actúen según su interés ante la ausencia de incentivos.

---

<sup>62</sup> STORDEUR, Eduardo (h). Análisis Económico del Derecho. Una Introducción.- Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p.79

De allí surge otra falla, el Monopolio en sí evita que los derechos de propiedad sobre el reclamo legítimo de un perjuicio consecuencia de una lesión penal sea reclamado por la víctima. O igualmente, que el Estado ejerza una acción penal de un delito que carece de víctima; situación que reconoce la literatura como los delitos sin víctima (ROJAS, 2000)<sup>63</sup>.

A continuación vamos a identificar las siguientes fallas de mercado, por las que consideramos el modelo funciona de manera ineficiente:

### **2.1.7.1 El Monopolio del *Ius Puniendi***

En la teoría del Monopolio del *ius puniendi* a cargo del Estado, como único actor presuntamente facultado para ejercer la persecución de todos los delitos incluyendo aquellos que comportan un naturaleza negociable o disponible (los delitos querellables).

En el concepto de monopolio, correspondiente a la existencia de un solo productor, en este caso el Estado y como producto la administración de justicia y por lo tanto como caso de poder de mercado (STORDEUR, 2000), subyacen dos ideas; una, propia de la teoría económica y otra, propia de la historia del Derecho Penal:

#### **i. La teoría de los bienes públicos: la administración de justicia – *ius puniendi* es o no un bien público puro?**

La teoría de los bienes públicos posee dos lecturas para nuestro caso en particular, la primera, se identifica la administración de justicia como un bien público y por lo tanto su titularidad a cargo del Estado.

Se ha considerado así, porque en esta teoría la administración de justicia para ser identificada como bien público, supone *a)* no exclusión y *b)* no agotamiento en su consumo.

Ahora bien duras críticas por parte de la literatura se han levantado en contra de dicha caracterización, no obstante, observada la prestación del servicio en la realidad, le asistiría parcialmente razón a la literatura en la materia cuando afirma que:

---

<sup>63</sup> Si bien compartimos las críticas que el profesor RICARDO ROJAS hace al Sistema Penal, lo que no sirve para identificar estas situaciones anómalas como fallas de mercado, nos distanciamos de su tesis en considerar que éstas no son fallas de mercado, al considerar el autor que las fallas de no existen sino que se trata de situaciones propias derivadas de la conducta humana.

*“Si bien todo el tiempo se habla de los bienes o servicios producidos por el gobierno –o de su ficción jurídica- que es el Estado – el hecho es que el gobierno no produce nada por sí mismo. Todo lo que se alega que el gobierno hace, en realidad es producido por contratistas privados. Incluso los miembros de la estructura burocrática tales como policías, fiscales o jueces son personas privadas trabajando por contrato.*

*(...)*

*El proceso de mercado, examinado dentro del mercado laboral, permite maximizar los recursos gracias a la competencia y la información dada por el mecanismo de precios. (...) Pero cuando se pretende abandonar el proceso de mercado, y estatizar servicios tales como la seguridad, investigación en crímenes o administración de justicia, se elimina ese mecanismo de señales de mercado y, como se verá más adelante, las decisiones serán tomadas siguiendo otros parámetros que conducen fatalmente a su inoperancia”<sup>64</sup>.*

Así las cosas, nos encontramos frente a la falacia de la teoría de los bienes públicos puros, al considerar que el Estado es el prestador director de un servicio o bien y dejar de lado que lo que el ente Estatal realmente realiza es contratar a particulares para la prestación de este servicio.

Ahora bien, este punto de análisis a la hora de considerar la privatización de la acción penal resulta de alta importancia pues el ejercicio del *ius puniendi* se ha considerado un bien de naturaleza pública. El ejercicio del *Ius Puniendi* dentro del concepto de administración de justicia constituye una relación que merece un cuidadoso análisis, porque acá afrontamos dos ideas:

- La primera, que cuando hablamos de administración de justicia podríamos estar considerando otras ramas del derecho, como la civil y la comercial. Pero si separamos este concepto y nos limitamos a hablar del Derecho Penal (*criminalis legem*), estamos hablando de las funciones de Bien Público que ejerce el Derecho Penal: funciones de prevención general y especial, funciones de disuasión en la comisión de delitos, funciones de Estado Social de Derecho al que le compete la protección de la defensa nacional y la garantía de la paz de los asociados.

Con lo anterior queremos dejar claro que el Derecho Penal cumple funciones de alta importancia social, y que por lo tanto se le considera un Bien Público en su sentido puro: las reglas que definen el Derecho

---

<sup>64</sup> ROJAS, P. 62.

Penal en cuanto a la tipificación de los delitos, los mecanismos de libertad, y en general los aspectos tanto sustanciales como procesal que atañen al Derecho Penal sólo pueden estar en cabeza del Estado.

- La segunda, que cuando hablamos de privatización de la acción penal, hablamos de la forma como procesalmente se materializa el Derecho Penal, es decir *Ius Puniendi* (facultad sancionatoria del Estado), en donde cabe la privatización de la acción penal para los delitos de naturaleza disponible.

En otros términos, al hablar de la privatización de la acción penal, hablamos sólo del *Ius Puniendi*, pero en manera alguna desestimamos que el Derecho Penal en su aspecto sustancial siga estando en cabeza del Estado y tampoco desestimamos las funciones que cumple como Bien Público.

Ahora bien es en esta segunda posibilidad que, como quedó anotado en el recuento histórico atrás realizado sobre la privatización de la acción penal, se da la existencia de que autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación como cabeza visible del Estado en el ejercicio del *Ius Puniendi*, como lo son la Justicia Indígena y la Justicia de la Cámara de Acusaciones en el Congreso sean titulares de la acción penal.

Esto es posible porque desde la misma doctrina de los Bienes Públicos, es viable que parcialmente éstos se sectoricen y sean prestados por particulares: concepto de provisión privada de bienes públicos y concepto de puntos mínimos de provisión (STORDEUR: 2011: 91)

Con todo, mantener el ejercicio del *Ius Puniendi* en cabeza del Estado bajo la supuesta idea de que la administración de justicia es un bien público absoluto, idea que ya ha quedado desvirtuada, nos acerca a estados de ineficiencia en la forma cómo ocurre la provisión de este bien y servicio.

## **ii. La judicialización de los delitos en cabeza del Estado para eliminar la temida venganza privada o justicia por mano propia:**

La estigmatización que históricamente se le otorgó a la justicia privada ha impedido que pueda hablarse hoy tranquilamente de acusación privada o privatización de la acción penal.

Lamentablemente parece que los reproches únicamente han aparecido cuando se habla de tales conceptos de manera general, pues

progresivamente en el Derecho Penal se ha otorgado espacios precisos para que dicha justicia privada realmente sea ejercida, es decir, que sólo hay lugar al accionar de la acción penal cuando el directo afectado, o víctima se encuentra dispuesto e interesado.

La identificación de algunos delitos como querellables para que sólo el titular del bien jurídico afectado puede accionar la penalización del mismo, o la existencia de mecanismos que permiten se renuncie al ejercicio de la acción penal o se extinga cuando el daño causado con el delito pueda ser considerado únicamente en términos económicos y pueda repararse cuando con una contraprestación, nos acerca al concepto de justicia privada.

La idea de la justicia privada, después de todo el recorrido histórico y evolutivo que ha tenido el Derecho Penal no debe ser una idea que deba causar temor. La constitucionalización del Derecho Penal y por lo tanto el cumplimiento de los principios de legalidad y debido proceso, impedirían que hoy se pensarse en la idea de una justicia privada con la connotación primitiva que en su momento tuvo. En nuestros días es posible pensarse en la privatización de la acción penal dentro de un concepto ajustado al derecho penal moderno y la Constitución<sup>65</sup>.

Así las cosas, no hay fundamento absoluto para considerar que la administración de justicia y en concreto el ejercicio del *ius puniendi* es un bien público y que por lo tanto deba estar monopolizada en cabeza del Estado. Tampoco es un error considerar que la acción penal no puede ser privatizada en cabeza de quien podría ejercer con mayor eficiencia la acción penal por tener mayor interés para llevar a buen término su ejecución. No obstante, hasta tanto dicho derecho de propiedad, concebido como la facultad de ejercer la acción penal por parte de la víctima si ésta tiene interés, no sea debidamente definido, nos veremos avocados a resultados ineficientes y bajo el mando de actores (fiscales, policías, jueces, etc.), que poco interés tienen en llevar a buen término un proceso penal.

#### **2.1.7.2 Indefinición de los Derechos de Propiedad – Titularidad del *Ius Puniendi***

Dentro de la Teoría del Análisis Económico del Derecho la cuestión sobre a quién le están asignados los derechos de propiedad resulta ser una fundamentación importante a la hora de determinar el rol que los individuos pueden asumir en ciertas circunstancias, esto es, cómo actuarían si se

---

<sup>65</sup> Confr. *Ibidem*.

encuentran en una situación de titularidad legítima de sus derechos o de completo desinterés. Esta razón resulta de igual importancia también para nuestro caso pues en el ejercicio del *ius puniendi*, el Estado se arroga ficticiamente la defensa de un interés de propiedad que resulta ser difuso: la penalización del responsable por la comisión del delito que ha infligido un daño a una víctima.

En otras palabras, la búsqueda de la penalización del responsable de la comisión de un delito podría ser definido como un derecho de propiedad, que dentro del aspecto penal coincidía con los derechos de verdad, justicia y reparación de los que son titulares las víctimas. No obstante ello, en la teoría dogmática del derecho penal esto no ocurre, se ha establecido que la penalización de las conductas es un deber del Estado, antes que un derecho de las víctimas. Así, se le ha asignado el ejercicio de la acción penal a un actor que no posee incentivos para hacerlo, el ejemplo del profesor ROJAS (2000) resulta el más significativo y explicativo:

*“Es un buen ejemplo de esto el sonado caso de O.J. Simpson en los Estados Unidos. Muchos de quienes siguieron diariamente el juicio, han opinado que Simpson fue hallado inocente por el jurado en el juicio criminal, en buena medida, por la diferente actitud de los abogados que representaban a ambos intereses.*

*Los defensores constituían un equipo muy bien preparado y con importantes recursos - pagados por el procesado- , lo que les permitió echar un manto de duda sobre prueba que al principio parecería cristalina. Los fiscales, por su parte, tuvieron un papel que casi todos coincidieron en definir como opaco, permitieron que tambalearan pruebas fundamentales, y hasta se los acusó de no conocer algunos detalles que testigos propuestos por la propia fiscalía develaron durante las audiencias.*

*Ocurre que los fiscales tienen una actuación que no pueden abstraerse del medio burocrático donde se desempeñan. Son empleados a sueldo que no tienen, económicamente, nada que ganar ni perder con el resultado de los juicios. Es cierto que tienen una reputación que proteger, y especialmente ella está en juego en casos resonados como el de O.J. Simpson, pero también es cierto que los presupuestos gubernamentales son limitados. Violaría el principio de igual protección de los derechos si el gobierno hubiese destinado millones de dólares para apoyar la tarea de los fiscales que siguieron el caso de Simpson, y sólo algunos cientos para pagar la preparación de casos similares pero sin repercusión pública.*



*En cambio, un acusador particular hubiese tenido otra motivación, económica o de otro tipo, y seguramente hubiese conseguido mayores recursos para presentar su caso de un modo más sólido. Más allá de la diferencia en los procedimientos – juicio por jurados en un caso, jueces profesionales en el otro, es posible observar en el ejemplo de Simpson cómo en el juicio civil, promovido y mantenido por la familia de la víctima aun luego de la sentencia absolutoria en lo penal, finalmente se lo declaró responsable y debió pagar una importante suma de dinero en concepto de reparación (ROJAS, 2000:163)”.*

La persecución de los delitos puede ser vista como un derecho de propiedad que requiere ser debidamente asignado a quien tenga interés en lograr un beneficio con la misma persecución, sin embargo, se le asigna al Estado la judicialización de delitos que bien carecen de víctima<sup>66</sup>; delitos donde la víctima no posee interés en su persecución dadas las costos de transacción que tendría que sufragar por el ejercicio de la acción penal, lo que se traduce en una externalidad negativa, o a la Fiscalía sin que realmente actúe como un interlocutor de la víctima. Para concluir, como lo indica el profesor SOLA (2004: 231): *“La visión de los derechos de propiedad asume que el individuo promedio se comporta racionalmente y por lo tanto tratará de obtener el mayor beneficio de sus derechos de propiedad. Por lo tanto, podemos predecir en promedio y con relativo éxito, cómo los derechos de propiedad específicos afectarán la asignación y utilización de los recursos económicos”.*

Ahora bien, líneas atrás hemos identificado al Sistema Penal Acusatorio como un modelo de mercado en el que los actores bajo la concepción dogmática del *homo economicus* actuarán o no dependiendo de un interés y un incentivo. Para el caso particular el punto en cuestión corresponde a cómo actuará el Estado en la persecución de un delito cuanto no posee ningún interés en ello y cómo, a diferencia, puede actuar la víctima cuando cuenta con toda la motivación para perseguir un delito e incluso está dispuesto a incurrir en costos para lograr dicho fin.

---

<sup>66</sup> *“Aparecen entonces los llamados crímenes sin víctima, como son por ejemplo los delitos de peligro abstracto (tenencia de armas, tenencia de drogas, apología del delito, asociación ilícita, etc.), los delitos contra ciertos cánones de una supuesta “moral pública” (prostitución, exhibiciones obscenas, juego, etc.), contra la planificación económica del gobierno (leyes de abastecimiento, precios máximos, controles de cambio, contrabando, etc.) o algunos delitos políticos vinculados con el sostenimiento de determinadas ideas (especialmente las contenidas en aquellas leyes “antiterroristas” o “antisubversivas” que reprimen la tenencia de “bibliografía subversiva” o la propalación de “consignas subversivas”” (ROJAS:2000).*

Lo que quedará demostrado acá es que las supuestas premisas que en el Derecho Penal pretendían mantener el ejercicio del *ius Puniendi* en cabeza del Estado hoy en día han caducado, pues la forma más eficiente de lograr la persecución y judicialización de los delitos es asignándole dicho derecho de propiedad: el *ius puniendi* al afectado. Hoy en día la forma cómo el artículo 250 de la Constitución Colombiana es ya un avance en el cambio de dicho paradigma que sería lo más natural dado que el sistema penal es un modelo de mercado como quedó expuesto, y permitirá, pues aún no hay desarrollo legal, que la víctima actúe como un verdadero *prosecutor*.

### CAPÍTULO III

## RACIONALIDAD ECONÓMICA EN LA ACCIÓN PENAL PRIVADA: UNA REVISIÓN DESDE LA RACIONALIDAD DEL DERECHO DE DAÑOS (TORT LAW)

En este capítulo vamos abordar lo que constituye otro de los puntos centrales de este trabajo de grado, se llega a este análisis a partir de las consideraciones realizadas en la primera parte de este escrito pues la racionalidad que acá se explicará parte del comportamiento que adquiere la víctima cuando le es asignado como derecho de propiedad el ejercicio del *Ius Puniendi*. Bajo esta premisa es posible hablar de cómo la supuesta diferenciación entre el Derecho de Daños y el Derecho Penal para delitos de naturaleza disponible es aparente.

### 3.1 Aproximación al Concepto de Racionalidad

Queremos brevemente en este aparte de este escrito tratar de concretar cuál es el concepto de Racionalidad. Qué podemos entender por racionalidad? La Real Academia define el concepto como relativo a la razón, pero no va más allá, y serias dificultades se presentan a la hora de definir la razón.

Hemos encontrado una ayuda a este concepto, a partir de estos autores (HAUSMAN, McPHERSON: 2007), lo cual que nos permitirá avanzar de una manera organizada con nuestras ideas:

*“Consecuentemente, la teoría de la racionalidad en circunstancias de certidumbre se puede replantear así: los agentes son racionales si, y sólo si, sus preferencias pueden ser representadas por funciones de utilidad ordinal y su elección acrecienta al máximo la utilidad. Evitamos intencionalmente decir que actúan “para acrecentar al máximo la utilidad”, porque, en la teoría económica contemporánea la utilidad es meramente un índice o indicador. Acrecentar al máximo la utilidad es hacer justamente lo que uno prefiere hacer más”<sup>67</sup>*

*“La racionalidad es una noción normativa que se ocupa de cómo la gente debería elegir, preferir o razonar. Así que puede parecer sorprendente que juegue un papel importante en la economía positiva, la cual se ocupa de cómo las personas eligen realmente”<sup>68</sup>*

---

<sup>67</sup> DANIEL M. HAUSMAN; MICHAEL S. MCPHERSON, El Análisis Económico Y La Filosofía Moral, S.L. Fondo De Cultura Económica De España, 2008, p. 52.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p.66.

De acuerdo con los anteriores referentes, nuestro concepto de racionalidad para identificar que la que corresponde al Derecho de Daños hoy en día se es común a la lógica del Derecho Penal Moderno en materia de delitos que atentan contra bienes jurídicos disponibles, parte de las siguientes premisas:

- En el derecho de daños, el sustento principal de su estructura está en la existencia de una víctima que aparece lógicamente porque ha acaecido un daño.
- El derecho penal de víctima, que se consolida en la privatización de la acción penal parte de los mismos derechos que posee la víctima dentro del esquema del derecho de daños: el derecho que le asiste a que su daño sea indemnizado a través del mandato legal que establece el propio ordenamiento jurídico el cual obliga al victimario a pagar. Será más eficiente y por lo tanto más racional si la víctima acciona la acción penal porque su interés propio le puede llevar a un resultado de mayor utilidad. Igualmente la víctima puede desistir de accionar como es lógico al considerar que resultaría esto más costoso que el daño causado.

La doctrina del Derecho Penal ha considerado viable el protagonismo que hoy posee la víctima sin que ello excluya la función pública del Derecho Penal:

*“II. Los argumento políticos a favor de la incorporación del ofendido como actor en el procedimiento penal son también conocidos. El hecho de que el Derecho penal haya transformado en función estatal la persecución de los delitos, por regla general, no es óbice alguno para advertir e ingresar el interés del portador real del bien jurídico concretamente ofendido por la infracción, en el procedimiento penal y en su resultado. Particularmente, resulta atendible su interés en tanto la condena o absolución del imputado tendrán directa influencia en el derecho – y obtener una reparación integral por la ofensa (CC, 1073 y ss.; CP, 29 y ss.): en particular, la sentencia penal fija condiciones imposibles de contestar por la decisión civil (CC, 1102 y 1103), razón por la cual la falta de injerencia suficiente del ofendido en la cuestión penal puede generar resultados perjudiciales e indefensión para su interés.*

*Pero, además, el ofendido tiene, por la misma razón final, necesidad de impulsar el procedimiento penal hacia su solución definitiva, pues,*

*salvo un supuesto excepcional (paralización de la actividad procesal penal por rebeldía del imputado, CC, 1101, 2), regularmente no podrá haber decisión en su reclamación de Derecho privado antes de finiquitado el procedimiento penal, cualquiera fuere su resultado.*

*Desde el punto de vista práctico se agrega a ello la influencia benéfica que la acción del ofendido en el procedimiento provoca en los órganos de persecución penal: “desburocratiza” la labor de la fiscalía, por necesidad apegada a rutinas generales, que, en muchos casos no se adaptan fácilmente al caso concreto. Dentro de este argumento es dable advertir también empíricamente, que el mayor proveedor de conocimiento del acusador público –y de la policía como su auxiliar- es, cuando colabora con ellos, la propia víctima del hecho punible. Ello resulta absolutamente claro si se advierte que, en un porcentaje más que decisivo, la noticia del delito proviene de la propia víctima. Es del caso agregar, aún, que en procedimientos complejos, el ofendido tiene –en comparación con la fiscalía- conocimientos superiores de experiencia, jurídicos y hasta científicos en la actividad o rama jurídica que abarca la actividad delictiva: basta pensar, v. gr., en una entidad financiera defraudada y en el Derecho bancario o financiero y su realización práctica”<sup>69</sup>.*

- En el Derecho Penal la existencia de la responsabilidad se sustenta en los elementos esenciales de ésta: hecho, daño y nexo causal y esto ocurre igualmente si se habla de la acción penal privatizada. Si bien en la teoría de la tentativa no se produce la afectación al bien jurídico tutelado, no obstante esto, la víctima puede solicitar una indemnización si puede probar la existencia de un daño real y cierto; por ejemplo, una estafa en modalidad de tentativa no necesariamente elimina la existencia de un perjuicio, puede ser un perjuicio los costos en los que incurre la víctima para judicializar al sujeto activo del delito, o los costos en los que haya incurrido en un estadio pre contractual previo a la comisión de la estafa, pues la modalidad de la tentativa requiere que el delito no se concrete porque un factor externo, ajeno a la voluntad de la parte.

Así, bajo las tres premisas anteriores identificamos la racionalidad del derecho de daños, la cual justamente tiene eco en el derecho penal de

---

<sup>69</sup> J.MAIER, Julio B. Derecho Procesal Penal, II. Parte General Sujetos Procesales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, P.660-661

víctima. A continuación hacemos una profundización de estas ideas, desde algunos referentes académicos que vale la pena tener en cuenta:

### **3.2. Derecho Penal y Tort Law**

Para esta parte de este capítulo vamos identificar las similitudes entre estas dos ramas del derecho, esto permitirá concluir que realmente la Privatización de la Acción Penal para delitos de menor lesividad y delitos querelleables, se logra ajustar a la racionalidad del Derecho de Daños.

Como lo dijera SIMONS (1996)<sup>70</sup> *“In the beginning, of course, crime and tort were not sharply distinguished”*.

Cuáles esas son entonces esas similitudes que nosotros podemos observar? A continuación:

#### **3.2.1 Concepto de Víctima – Concepto Amplio y Concepto de Disponibilidad de la Acción Penal.**

En el derecho de daños siempre se ha considerado como uno de sus elementos dogmáticos integrantes y esenciales a la víctima. En el derecho penal la víctima, en un concepto moderno del término puede ser tanto el sujeto pasivo del delito como quien resulte afectado con la comisión de éste; según lo establece el artículo 132 del Código de Procedimiento Penal Colombiano:

*“Artículo 132. Víctimas. Se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto. (Nota: La expresión resaltada fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia [C-516 de 2007](#).)”*.

Como se observa, la misma norma habla de un concepto amplio de víctima, pues puede ser todo quien resulte afectado de manera directa o indirecta con la comisión de un delito. Ahora bien, otra de las supuestas premisas del Derecho Penal la constituye la idea de que no se requiere de la víctima para la persecución del delito, el Estado como titular del *ius puniendi* goza

---

<sup>70</sup> SIMONS, Kenneth W. The Crime/ Tort distinction: legal doctrine and normative perspectives. in Symposium, Criminal Torts, 17 *Widener Law Journal* 719 (2008), Boston University Law <http://www.bu.edu/lawlibrary/facultypublications/simons.shtml>.

supuestamente de dicha facultad, y puede iniciar la acción penal y como consecuencia de ello hay lugar a un proceso penal sin necesaria intervención de la víctima.

La premisa anterior a la luz del derecho penal actual moderno enmarcado en la estructura de un Derecho Penal Acusatorio de naturaleza premial y negocial, no tiene vigencia en nuestros días. Basta echar un vistazo a la norma que en el Código de Procedimiento Penal requieren querrela para iniciar la acción, es decir, la necesaria intervención de la víctima para que a ruego solicite al Estado el inicio del proceso penal.

El artículo 74 del Código de Procedimiento Penal señala:

*“Artículo 74. **Modificado por la Ley 1453 de 2011, artículo 108.** (éste declarado exequible por los cargos analizados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-894 de 2012.). Delitos que requieren querrela. Para iniciar la acción penal será necesario querrela en los siguientes delitos, excepto cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad:*

*1. Aquellos que de conformidad con el Código Penal no tienen señalada pena privativa de la libertad.*

*2. Inducción o ayuda al suicidio (C. P. artículo 107); lesiones personales sin secuelas que produjeran incapacidad para trabajar o enfermedad sin exceder de sesenta (60) días (C. P. artículo 112 incisos 1° y 2°); lesiones personales con deformidad física transitoria (C. P. artículo 113 inciso 1°); lesiones personales con perturbación funcional transitoria (C. P. artículo 114 inciso 1°); parto o aborto preterintencional (C. P. artículo 118); lesiones personales culposas (C. P. artículo 120); omisión de socorro (C. P. artículo 131); violación a la libertad religiosa (C. P. artículo 201); injuria (C. P. artículo 220); calumnia (C. P. artículo 221); injuria y calumnia indirecta (C. P. artículo 222); injuria por vías de hecho (C. P. artículo 226); injurias recíprocas (C. P. artículo 227); violencia intrafamiliar (C. P. artículo 229); maltrato mediante restricción a la libertad física (C. P. artículo 230); inasistencia alimentaria (C. P. artículo 233); malversación y dilapidación de los bienes de familiares (C. P. artículo 236); hurto simple cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 239 inciso 2°); alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado (C. P. artículo 243); estafa cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 246 inciso 3°); emisión y transferencia ilegal de cheques (C. P. artículo 248); abuso de confianza*

*(C. P. artículo 249); aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito (C. P. artículo 252); alzamiento de bienes (C. P. artículo 253); disposición de bien propio gravado con prenda (C. P. artículo 255); defraudación de fluidos (C. P. artículo 256); acceso ilegal de los servicios de telecomunicaciones (C. P. artículo 257); malversación y dilapidación de bienes (C. P. artículo 259); usurpación de tierras (C. P. artículo 261); usurpación de aguas (C. P. artículo 262); invasión de tierras o edificios (C. P. artículo 263); perturbación de la posesión sobre inmuebles (C. P. artículo 264); daño en bien ajeno (C. P. artículo 265); usura y recargo de ventas a plazo (C. P. artículo 305); falsa autoacusación (C. P. artículo 437); infidelidad a los deberes profesionales (C. P. artículo 445); Violación de los derechos de reunión y asociación (C. P. artículo 200). **(Nota: Las expresiones señaladas en cursiva fueron suprimidas por la Ley 1542 de 2012, artículo 2º. (éste declarado exequible por los cargos analizados por la Corte Constitucional en la Sentencia [C-22 de 2015](#).)**)”.*

Según lo anterior, se aprecia cómo el listado de delitos que requieren querrela para el inicio de la acción penal es considerable, y podemos prometer que a esta lista, con el transcurrir de los años se le vienen agregando otros delitos. Si bien puede pensarse que la privatización de la acción penal estaría enfocada a delitos de esta naturaleza, realmente no queremos limitar el tema a dicha circunstancia, porque ello puede obedecer al capricho del legislador.

Se ha considerado que dicha disponibilidad o querellabilidad se encuentra sujeta al tipo de lesión que se ocasione al bien jurídico tutelado bajo el supuesto de que existen bienes jurídicos tutelados de mayor jerarquía como la vida y la libertad sexual, respecto a otros como el orden económico y social, para dar un ejemplo. No obstante, reiteramos, esto depende de consideraciones o bien de tipo filosófico dogmático o bien de configuración legislativa, igualmente también de la concepción política del Estado si da mayor protección a bienes de naturaleza colectiva o individual. En este punto, y aunque podría ser objeto de otro trabajo determinar qué delitos realmente podrían ser objeto de la privatización de la acción penal, creemos que el tema por ahora merece una consideración de tipo general y no esencialmente relacionada con el tipo de delito en sí.

Según lo anterior, la supuesta idea que diferencia el derecho de daños del derecho penal radica en que en el primero la víctima dispone si inicia o no la reclamación procesal y en el segundo no, ha desaparecido como elementos esencial e identificador de estos dos sistemas. La evolución del derecho penal



tiene hacia la asignación de esta carga a la víctima en su sentido amplio como ya quedo dicho.

### **3.2.2 Elementos de la Responsabilidad: perspectiva procesal según el código de procedimiento penal Colombiano**

Líneas atrás hicimos mención a la identidad que existe entre el derecho penal y el derecho de daños para delitos de naturaleza disponible, según se fundamentan en la existencia de los elementos esenciales de la responsabilidad.

Al revisar las normas que por ejemplo le permiten a la víctima perseguir una indemnización dentro del proceso penal, se identifica claramente que estos elementos deben encontrarse plenamente probados.

Desde luego, deberá contarse con el primero de ellos: *i) la existencia de un hecho*, que en materia penal se concreta en la sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada, esto es, no basta con que el delito haya sido cometido, será necesario que por este delito exista una sentencia de responsabilidad debidamente ejecutoriada.

En el código de procedimiento penal se indica:

*“Artículo 102. **Modificado por la [Ley 1395 de 2010](#), artículo 86. Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral. En firme la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este Código, de ser solicitadas por el incidentante. (Nota: Este artículo fue declarado exequible por los cargos analizados por la Corte Constitucional en la Sentencia [C-250 de 2011](#).)”.***

Esta norma hace referencia al trámite del Incidente de Reparación Integral, espacio procesal que dentro del procedimiento penal Colombiano ha sido establecido por la Ley para que la víctima logre la obtención de una indemnización como consecuencia del delito. Ciertamente es que este tipo de procedimiento simula un juicio de iguales características al juicio penal, en donde la víctima debe dar cuenta de las pruebas que acreditan la existencia de los perjuicios causados con el delito.

Lo importante es señalar que este procedimiento lo que permite demostrar es que realmente se necesita a la hora de que se establezca la responsabilidad, del segundo de los elementos de la responsabilidad: *ii) la existencia del daño*. La mayor de las veces este elemento resulta difícil de demostrar o realmente no puede concretarse, muchos de los procedimientos penales a los que hay lugar, inician con la finalidad de lograr una sentencia condenatoria pero no hay un análisis juicioso y riguroso sobre la existencia del daño y su determinación.

Ello ocurre porque se prescinde de este análisis o se realiza de manera *ex post* y no *ex ante*. Un análisis previo de esta consideración podría evitar el inicio de un juicio penal porque realmente no hay daño o éste es muy difícil de acreditarse, y ello no tiene nada que ver con las modalidades de delito consumado o en grado de tentativa, porque en ambos casos puede concretarse la existencia de un daño. Esta idea guarda relación con la noción a la que ya se hizo mención sobre la penalización de delitos sin víctima, lo que igualmente dificulta que *a posteriori* se concrete un daño.

También puede ocurrir que para la víctima resulte mucho más costoso, cuando ha tenido la capacidad de determinar *ex ante* el daño causado, el inicio del proceso penal o el inicio del incidente de reparación integral, con lo cual podría decidir no accionar el procedimiento penal, lo que ya ocurre en delitos de naturaleza querellable.

Respecto al elemento final, *iii) nexo causal*, la víctima deberá determinar de qué manera estos perjuicios que pretende probar en busca de una indemnización son causa directa de la comisión del delito, y aquí desde luego, se echará mano de la teoría clásica de los elementos de la responsabilidad penal.

Con lo anterior queremos demostrar que realmente el proceso penal cuando es adelantado por la víctima (delitos disponibles o menor lesividad) se fundamenta en la racionalidad del derecho de daños. Acertada resulta la anterior consideración de BECKER (1968), cuando indica que:

*“First and foremost, the primary aim of all legal proceedings would become the same: not punishment or deterrence, but simply the assessment of the “harm” done by defendants. Much of traditional criminal law would become a branch of the law of torts, say “social torts” in which the public would collectively sue for “public” harm. A “criminal” action would be defined fundamentally not by the nature of the action but by the inability of a person to compensate for the*

*“harm” that he caused. Thus an action would be “criminal” precisely because it results in uncompensated “harm” to others. Criminal law would cover all such actions, while tort law would cover all other (civil) actions”<sup>71 72</sup>.*

De acuerdo con lo anterior, pese a los esfuerzos que a nivel proceso y dogmático se hicieron para separar el derecho penal del derecho de daños, cierto es que hoy encontramos más similitudes y coincidencias que permitirían que la acción penal esté en cabeza de la víctima. Estas similitudes, consideramos, no desplazan los elementos dogmáticos del delito. El delito sigue siendo para el derecho penal una categoría típica, antijurídica y culpable, y estas categorías a su vez encuentran desarrollo en las diferentes teóricas del derecho penal moderno<sup>73</sup>. En manera alguna quiere decirse con esto que el daño que causa el delito, convierte al delito en un hecho que no merezca las consideraciones de tipo analítico sobre las que la Teoría del Derecho Penal descansa. Y menos aún que el Derecho Penal deje de existir y sea necesaria su existencia en términos de prevención general y prevención especial; conductas como el terrorismo y los crímenes de guerra, entre otras conductas, lamentablemente necesitan de su presencia.

---

<sup>71</sup> BECKER, Gary S., *The Economic Approach to Human Behavior*, The University of Chicago Press, Chicago, 1976. — “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, vol. 76, nro. 2, 1968. P. 198

<sup>72</sup> Traducción libre. “En primer lugar, el objetivo principal de todos los procedimientos judiciales se convertiría en el mismo: no castigo o disuasión, sino simplemente la evaluación del “daño” hecho por los acusados (demandados). Gran parte del derecho penal tradicional se convertiría en una rama de la ley de daños o agravios, es decir “agravios sociales” en las que el público colectivamente demandaría la comisión de un daño “público”. Una acción criminal sería definida fundamentalmente no por la naturaleza de la acción, sino por la incapacidad de una persona para compensar el “daño” que causó. Por lo tanto una acción sería “criminal”, precisamente porque da lugar a un “daño” no compensado con a otros. El derecho penal cubriría todas estas acciones, mientras que la ley de responsabilidad civil cubrirá todas las demás acciones (civiles)”.

<sup>73</sup> Roxin manifiesta al respecto: “*El derecho del legislador a establecer penas, el ius puniendi, se desprende del art. 74 n.º 1 GG, pues la atribución que allí se hace del Derecho penal al campo de la legislación concurrente' permite reconocer que el legislador constitucional presupone la existencia de un derecho del Estado a penar. Pero con ello aún no se ha dicho nada sobre cómo tiene que estar configurada una conducta para que el Estado esté legitimado a penarla. Esta es la cuestión acerca del "concepto material de delito", es decir, de la cualidad en cuanto a contenido de la actuación punible. Mientras que mediante el "concepto formal de delito" , que se discute en los primeros párrafos de este libro, la conducta punible sólo es objeto de una definición en el marco del Derecho positivo, el concepto material de delito se remonta más atrás del respectivo Derecho penal codificado y pregunta por los criterios materiales de la conducta punible. Por tanto, el concepto material de delito es previo al Código Penal y le suministra al legislador un criterio político criminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune. Su descripción se deriva del cometido del Derecho penal, que aquí se entiende como "protección subsidiaria de bienes jurídicos".* ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*, Civitas,

### 3.2.3 La Racionalidad en la víctima y en la definición de los derechos de propiedad a nivel procesal. Facultades de la Víctima en el Sistema Penal Acusatorio

En un derecho de daños la víctima en el sentido amplio del concepto, tiene un papel esencial y principal a nivel procesal, debe proponer la pretensión de su reparación y fundamentarla en hechos y pruebas concretas. Dentro del procedimiento penal acusatorio colombiano actual, la intervención activa de la víctima no se limita estrictamente al Incidente de Reparación Integral, se le han otorgado sendas facultades para que participe con el propósito de lograr el reconocimiento de la responsabilidad penal en cuestión.

Estas facultades le fueron otorgadas inicialmente a través del pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-209 de 2007 dándole el verdadero protagonismo que merecía la víctima y de manera posterior con varias reformas legislativas, con lo cual se justifica aún en mayor medida que la víctima pueda incluso abanderar la causa de la persecución penal.

Inicialmente las normas como fueron incorporadas al Código de Procedimiento Penal no incluían a la víctima, pero conforme se fue desarrollando en la práctica la implementación del sistema penal acusatorio, se observó la necesidad de que la víctima tuviera una intervención más activa. Veamos algunas de estas facultades que le han sido reconocidas<sup>74</sup>:

- **Facultades de Descubrimiento probatorio:** La Víctima, de manera autónoma, durante la Audiencia de Formulación de Acusación, puede aportar la evidencia con la que cuenta y que puede fortalecer la teoría del caso para que ésta pueda ser solicitada como prueba durante la Audiencia Preparatoria o de solicitud de pruebas. Así lo indicó la Corte Constitucional en la decisión en mención: *“ii) no se observa una razón objetiva que justifique la exclusión de la víctima de esta facultad, como quiera que su participación en esta etapa sólo tiene como finalidad el*

---

<sup>74</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007: *“Los derechos de la víctima del delito a la verdad, la justicia y la reparación integral también se encuentran protegidos en el sistema penal con tendencia acusatoria instaurado por la Ley 906 de 2004, pero dicha protección no implica un traslado automático de todas las formas y esquemas de intervención en los que la víctima ejerció sus derechos en el anterior sistema procesal penal regulado por la Ley 600 de 2000, sino que el ejercicio de sus derechos deberá hacerse de manera compatible con los rasgos estructurales y las características esenciales de este nuevo sistema procesal, así como con las definiciones que el propio constituyente adoptó al respecto, v.gr, caracterizar a las víctimas como intervinientes especiales a lo largo del proceso penal, no supeditadas al fiscal, sino en los términos que autónomamente fijó el legislador (artículo 250, numeral 7 C.P.)”.*

*descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica que pretendan hacer valer en juicio, pero no su contradicción, por lo cual esta facultad no conlleva una modificación de los rasgos estructurales del sistema penal con tendencia acusatoria, no altera la igualdad de armas, ni modifica la calidad de la víctima como interviniente especialmente protegido; (iii) esta omisión genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal en las etapas previas al juicio; y al igual que en el caso de las solicitudes probatorias reguladas por el artículo 357 de la Ley 906 de 2004; impide a la víctima asegurar el esclarecimiento de la verdad; (iv) esta omisión envuelve un incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal que le impide asegurar el derecho a la verdad. En consecuencia, a la luz del cargo analizado, deberá condicionarse la exequibilidad del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la víctima también puede solicitar el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica”<sup>75</sup>.*

- **Facultades de tipo probatorio y facultad de oposición:** La víctima puede pedir pruebas de naturaleza anticipada, y durante la Audiencia Preparatoria, puede solicitar dichas pruebas y oponerse de manera independiente a las pruebas que hayan sido solicitadas por la defensa. Su enunciación probatoria puede ser sustentada por la víctima de manera independiente y autónoma, pudiendo justificar la conducencia y utilidad de la prueba. El análisis otorgado por la Corte Constitucional para dicha facultad fue el siguiente: “ii) no se observa una razón objetiva que justifique la exclusión de la víctima de esta facultad, ya que su participación en esta etapa permite determinar cuáles medios de prueba resultan admisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que no requieran prueba, y asegura la protección de la víctima contra la práctica o admisión de pruebas que vulneren su dignidad, su intimidad, u otro de sus derechos; (iii) esta omisión genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal en la audiencia preparatoria, y le impide a la víctima la protección de sus derechos a la dignidad, a la intimidad y de otros derechos; e (iv) implica un incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal que le impide asegurar el derecho a la verdad, y la efectividad de los derechos de las víctimas consagrados en

---

<sup>75</sup> *Ibídem.*

el literales b) y d) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004. En consecuencia, a la luz, del cargo analizado se declarará la constitucionalidad del inciso primero del artículo 359 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la víctima también puede solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba”<sup>76</sup>.

- **Solicitud de medidas de aseguramiento y medidas de protección:** la víctima puede incluso acudir ante el juez de control de garantías para solicitarle la imposición de una medida de carácter preventivo en contra de la libertad y los bienes del procesado. La norma en cuestión establece:

*“Artículo 306. Modificado por la [Ley 1453 de 2011](#), artículo 59. Solicitud de imposición de medida de aseguramiento. El fiscal solicitará al Juez de Control de Garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.*

*Escuchados los argumentos del fiscal, el ministerio público, la víctima o su apoderado y la defensa, el juez emitirá su decisión.*

*La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia.*

*La víctima o su apoderado podrán solicitar al Juez de Control de Garantías, la imposición de la medida de aseguramiento, en los eventos en que esta no sea solicitada por el fiscal.*

*En dicho caso, el Juez valorará los motivos que sustentan la no solicitud de la medida por parte del Fiscal, para determinar la viabilidad de su imposición”.*

- **Oposición a la solicitud de aplicación del principio de oportunidad y preclusión de la investigación:** La víctima dentro del procedimiento penal goza de tal capacidad de intervención, que se le permitió presentar oposición a la solicitud de preclusión de la investigación y de aplicación del principio de oportunidad. En otros términos y desde el enfoque que se ha dado en estas líneas, si el aparato fiscal desiste de

---

<sup>76</sup> Ibid.

aplicar la acción penal o renuncia a ella, la víctima puede oponerse y simular que ostenta el ejercicio del *ius puniendi* aportando elementos materiales probatorios que le permitan fundamentar que la acción penal debe proseguir.

La Corte consideró al respecto: *“En cuanto al cuestionamiento, según el cual negar a la víctima la posibilidad de impugnar la decisión del juez de control de garantías sobre la aplicación del principio de oportunidad vulnera sus derechos, encuentra la Corte que le asiste la razón al demandante. Dada la trascendencia que tiene la aplicación del principio de oportunidad en los derechos de las víctimas del delito, impedir que éstas puedan impugnar la renuncia del Estado a la persecución penal, sí deja desprotegidos sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral. Si bien la satisfacción de los derechos de la víctima no sólo se logra a través de una condena, la efectividad de esos derechos sí depende de que la víctima tenga la oportunidad de impugnar las decisiones fundamentales que afectan sus derechos. Por lo tanto, impedir la impugnación de la decisión del juez de garantías en este evento resulta incompatible con la Constitución*

(...)

*No permitir a la víctima controvertir adecuadamente la solicitud del fiscal puede conducir a una afectación alta de sus derechos, e incluso, a la impunidad. En efecto, dado que al decretarse la preclusión, la víctima no puede solicitar la reanudación de la investigación, ni aportar nuevos elementos probatorios que permitan reabrir la investigación contra el imputado favorecido con la preclusión, resulta esencial adelantar un control adecuado de las acciones y omisiones del fiscal, y controvertir de manera efectiva de sus decisiones. Por ello, el trámite de la solicitud de preclusión debe estar rodeado de las mayores garantías. El artículo 333 de la Ley 906 de 2004 prevé algunas. No obstante, la controversia de la solicitud del fiscal tal como ha sido regulada por el artículo 333, puede resultar inocua, si no se permite la práctica de pruebas que muestren que sí existe mérito para acusar, o que no se presentan las circunstancias alegadas por el fiscal para su petición de preclusión. Entonces, se declarará exequible el artículo 333 en el entendido de que las víctimas pueden allegar o solicitar*

*elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal*<sup>77</sup>.

- **Facultades generales en apoyo con la Fiscalía para preparar intervención en el juicio penal:** En materia general, y conforme lo ha ordenado la Corte Constitucional, la víctima posee amplias facultades de intervención dentro del proceso penal que la ubican en una posición de titularidad del *ius puniendi*:

*“La efectividad de los derechos de las víctimas del delito depende del ejercicio de varias garantías procedimentales, entre otras las siguientes: (i) el derecho a ser oídas; (ii) el derecho a impugnar decisiones adversas, en particular las sentencias absolutorias y las que conlleven penas irrisorias; (iii) el derecho a controlar las omisiones o inacciones del fiscal, y (iv) el derecho a ejercer algunas facultades en materia probatoria”<sup>78</sup>.*

El breve recuento anterior de las facultades con las que cuenta la víctima, nos permite acercar la realidad procesal tal como ocurre hoy en nuestros días al esquema de privatización de la acción penal que se pretende implementar.

Con las facultades atrás en mención queremos demostrar que esta posibilidad ya está ocurriendo, que realmente la víctima, o mejor, la denominada representación de víctima goza de un rol muy activo y fundamental dentro del proceso penal, arrogándose éste bien para fortalecer el papel de la Fiscalía General de la Nación o por necesidad ante un deficiente papel del *prosecutor*.

---

<sup>77</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-209 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 21 de marzo de 2007.

<sup>78</sup> *Ibidem*.



**CAPITULO IV**  
**TESIS**  
**LA RACIONALIDAD DEL DERECHO DE DAÑOS EN EL DERECHO PENAL**

**4.1 Nuevo Orden de los Derechos De Las Víctimas dentro del Proceso Penal: Reparación, Justicia Y Verdad en Relación con el Derecho De Daños.**

Dentro del Sistema Penal Acusatorio siempre se ha considerado que la víctima es titular de 3 derechos de naturaleza fundamental: verdad, justicia y reparación. Este es el orden secuencial como generalmente se les conoce, pero según la visión de la reforma constitucional, dicho orden puede verse alterado haciéndose prevalecer al derecho de reparación, porque la víctima deberá para poder solicitar la conversión de la acción penal de pública a privada, tener una valoración concreta del daño causado y la forma que espera en que sea reparado.

Estamos de acuerdo con esto, la víctima debe dentro de la racionalidad aplicable, hacer una valoración *ex ante* del daño en concreto causado con la comisión del delito, para proceder entonces a realizar el análisis de eficiencia: costo – beneficio. Puede suceder que acudir a la administración de justicia resulte más costo que el agravio inicialmente causado. La víctima deberá analizar los costos económicos y de tiempo que implican el ejercicio de la acción penal en función de la probabilidad de que realmente el procesado sea declarado culpable penalmente.

Sin embargo, puede ser que la víctima valore más el derecho a la justicia y a la verdad, que a la reparación. Lo que suele suceder es que el derecho a la justicia tiene una valoración al inicio del proceso más alta que cuando el proceso ya está en curso o cuando han transcurrido 3 o 4 años sin que el mismo haya culminado. La posibilidad de la acusación privada, permite valorar este aspecto, y como se planteó líneas atrás debe hacerse igualmente en función del tiempo, pues a medida que transcurre el tiempo: *principio de progresividad*, estos valores de verdad y justicia, principalmente, e incluso el de reparación, como es lógico, tienen a depreciarse en el proceso penal.

**4.2 Otorgar la Acción Penal a la Víctima reduce el Costo Social**

A partir del análisis anterior, la víctima al detentar el ejercicio del *ius puniendi* puede reducir los costos sociales que se generan en la sociedad, bien tanto en la persecución del delito, como ante la eficaz judicialización de los

responsables, en la inhibición de conductas de naturaleza punible, lo que se conoce como el efecto de disuasión o prevención general.

Una forma plausible de reducir el costo social del crimen, determinado por el número de delitos, el costo de la ofensa (lesividad), la relación entre la ofensa en sí y el número de castigos impuestos, el costo de los gastos públicos (policía, cortes, jueces, etc) y la relación entre el número de delitos y los costos privados de prevención y aprehensión (BECKER, 1968: 172), como más adelante se verá, y que observamos como consecuencias positivas que perfectamente encajan dentro de este análisis, puede ser la privatización de la acción.

Cuándo podemos estimar la víctima accionará el ejercicio del *ius puniendi*? Creemos que lo hará cuando los costos del delito que lo ha afectado, sean menores a los beneficios que puede lograr accionando. Es por esto que para este caso, nos ubicaremos en el costo social del delito privado, como forma principal para reducir el costo social del delito en general<sup>79</sup>:

$$SC_{dp} = [B_{dv}(X_{dv}) + B_{imp}(X_{imp})] \times [P(X_{dv}, X_{imp}) \cdot L + C_{pre}]$$

Acá hemos identificado como el costo social del delito corresponde a la sumatoria del beneficio que la víctima puede obtener ejerciendo la acción penal, más el beneficio que obtiene el procesado a la hora de cometer el delito, aunado a la posibilidad de que se genere una condena en relación con la cuantía de los perjuicios causados con el delito, más el costo general de prevención del delito.

En otro términos: Significa que el costo social del delito privado  $SC_{dp}$  es igual al beneficio de la -víctima demandante- en función de los costos de esta demanda (acusación privada  $B_{dv}(X_{dv})$ ) más el beneficio que obtiene el imputado (victimario  $B_{imp}(X_{imp})$ ) por la probabilidad de que una condena ocurra  $P(X_{dv}, X_{imp})$  por la cuantía del daño en sí (L) más el costo de prevención del delito privado  $C_{pre}$ , en términos generales tanto para la víctima, como para el Estado. .

Donde  $X_{dv} = [(D_p + D_i) - (B_{imp}(X_{imp}) + C_{emp} \cdot L_{ix})]$ , así, la acción penal privada, será una función de costos en los que incurre la víctima demandante al ejecutarla, así:  $C_{AP}(X_{dv})$ .

---

<sup>79</sup> Confr. STORDEUR, Eduardo (h). Análisis Económico del Derecho. Una Introducción.- Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011

Lo anterior significa que los costos del demandante víctima  $X_{dv}$ , deben ser iguales al daño privado ( $D_p$ ) más el daño indirecto social ( $D_i$ ), menos el beneficio que obtiene el imputado por la comisión del delito  $B_{imp}(X_{imp})$ , en función de costos igualmente- porque ello resta el valor de mi utilidad, más el costo de recaudo de elementos materiales probatorios  $C_{emp}$  por la probabilidad de la indemnización.

La indemnización deberá ser mayor a  $I > X_{dv}$ . Cuando esta indemnización sea superior al costo en el que incurra la víctima  $X_{dv}$ , la víctima ejercerá la acción privada y reducirá el costo social porque incorporará un beneficio a su utilidad y además, se valoriza la prevención general y especial del delito.

#### **4.3 Consecuencias posibles de la privatización de la acción penal: críticas y ventajas**

La doctrina partidaria de esta tendencia, a la que hemos ya hecho de manera reiterada mención, señala algunas consecuencias interesantes al considerar la privatización de la acción penal:

- a. De acuerdo con la reflexión atrás planteada, creemos que la privatización de la acción penal podría mejorar la eficiencia en la persecución del delito; como ya lo indicamos atrás, cuando se trate de delitos que involucren a compañías financieras o comerciales, sus departamentos de seguridad corporativa y jurídica podrían reemplazar a los investigadores judiciales y fortalecer así el recaudo de elementos materiales probatorios, o concluir en que éstos finalmente no son posibles de reunir, y bien ser titulares de la acción penal o bien desistir de la misma, ya porque el valor de la pretensión supera los costos de la investigación, determinado aquel en la reparación o en los derechos de justicia y verdad, o por lo contrario, porque realmente la investigación resulta muy costosa.

La postura crítica a la privatización de la acción penal señala que entonces sólo quienes posean recursos económicos tienen la posibilidad de ejercer la acción penal privada. La doctrina de la privatización de la acción penal, ha rebatido este señalamiento indicando que en los casos en que la víctima no cuenta con ese respaldo económico, de existir la posibilidad de una reparación económica significativa, la acción podría ser cedida a cambio de un reconocimiento económico (FRIEDMAN, 1979). Ahora, también es

válido pensar que quienes tienen recursos, como lo son las corporaciones privadas principalmente, no deberían congestionar la administración de justicia con sus pretensiones haciendo usos de los escasos recursos humanos y económicos con los que se cuentan para el adelantamiento de las investigaciones. Si se pensará que de cierta manera la privatización de la acción penal podría descongestionar el uso de estos recursos, quedaría entonces una parte libre que podría ser asignada para fortalecer las investigaciones a cargo del ente punitivo.

- b. Mayor efectividad en el cumplimiento de los derechos de las víctimas. Si bien las víctimas no fueron incluidas de manera expresa en algunas actuaciones que conforman el procedimiento penal, como lo era la solicitud de pruebas anticipadas, solicitudes de descubrimiento probatorio y observaciones al mismo, solicitudes probatorias durante la audiencia preparatoria y solicitud de exclusión o rechazo de pruebas; estas facultades fueron otorgadas por vía jurisprudencial a través de las sentencias de la Corte Constitucional C-209 de 2007 y C-454 de 2006.

No obstante, en la práctica ha tomado vigencia la posición de la Corte Suprema emitida mediante auto del 7 de diciembre de 2011, identificada con radicado 37596, siendo ésta interpretada por jueces y fiscales incluso con un alcance que no es el que corresponde a la sentencia pues la misma ratifica la sentencia C-209 de 2007, impidiendo que la víctima de manera directa intervenga e instalándola a actuar a través de la fiscalía, cuando no se trata de la práctica de las pruebas en el juicio sino previamente a ello .

Muchas veces, durante la realización de las audiencias, la fiscalía omite u olvida incluir pruebas, realizar objeciones o sustentar debidamente sus solicitudes, esto bien porque el volumen de procesos a cargo le impide dedicación exclusiva para cada caso, o no conoce con profundidad los hechos y en fin porque la alta rotación de fiscales en los casos, como ocurre en el sistema colombiano les impide conocer con trayectoria y propiedad el proceso.

Así, si bien las facultades de las víctimas poseen reconocimiento legal, ello no ocurre en el día al día del litigio, siendo las afectadas directamente con los errores que se comenten en el procedimiento.

Si la víctima actúa como acusador privado, estaría litigando con el legítimo interés de la defensa de sus derechos y sólo tendría que responder por los propios errores cometidos y no por los terceros, que como ya vimos, demuestra la realidad no tienen incentivos económicos o reputacionales para llevar con éxito sus casos.

- c. Mayor cumplimiento de los efectos de prevención especial y general del derecho. Una de las formas principales de disuadir el delito es haciendo costosa la comisión del delito, al delito se le pueden agregar estos costos mediante la prohibición de conductas como la tenencia de armas (STORDEUR, 2011) la restricción en la compra de ciertas sustancias, como se pretende para los casos de lesiones personales con ácido como forma de atacar este aterrador fenómeno, o incluso la certeza de una sentencia condenatoria vista ésta desde la eficacia de la pena. Ello ocurriría para ciertos delitos en lo que pueda existir certeza de que la víctima va adelantar la acción penal, con lo cual el autor individual podría desistir de la comisión de ciertos delitos cumpliendo así el derecho penal con su función de prevención especial (ROXIN, 1997). El caso típico de esto podría ocurrir para el caso de fraudes bancarios, corporativos, o bursátiles en los que el delincuente podría valorar *ex ante* que seguramente va a ser judicializado por las mismas áreas de la compañía y tema que en el proceso se va a allegar suficiente material probatorio que compromete su responsabilidad, descontándose así en su contra los errores judiciales que muchas veces impiden que se logre una sentencia condenatoria.

La eficacia de la pena podría permitir mandar un mensaje a la sociedad sobre la forma exitosa en que las víctimas llevan a cargo la acción penal cumpliéndose con el aspecto positivo de la prevención general, el cual “comúnmente se busca en la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico” (ROXIN, 1997: 91).

## V. CONCLUSIONES AL TRABAJO DE TESIS

De acuerdo con la investigación realizada, concluimos que el derecho penal moderno puede adoptar la lógica y racionalidad del derecho de daños cuando se trata de delitos de connotación privada que afectan bienes jurídicos cuya titularidad recae en cabeza de la víctima, lo que hace que la víctima sea realmente identificable<sup>80</sup> y un daño cierto. Este daño es consecuencia directa de la comisión de la conducta que tipifica la ley penal, es decir, del delito.

Además de verificarse la existencia del daño y la realidad de una víctima, el derecho penal de hoy requiere de la existencia de los tres elementos de la responsabilidad en los que se fundamenta el derecho de daños. Estos elementos hoy adquieren mayor importancia en el derecho penal que se centra en el protagonismo de la víctima, titular de los derechos de verdad, justicia y reparación quien hoy goza de un papel importante en la forma procesal como se estructura el sistema penal acusatorio.

No obstante lo anterior, la víctima cuando ejerza la acción penal en materia de delitos de naturaleza individual, hoy por hoy valora más el derecho a la reparación que los otros dos derechos: verdad y justicia. Esta reparación se determina en la estimación de la indemnización que puede perseguir a través del proceso penal. Cuando la víctima se centra en esta estimación, realiza el análisis de costo – beneficio, y determinará si le es conveniente acudir o no al proceso penal o intentar en éste una negociación anticipada. Es por esto que al tener la víctima un papel importante en la forma procesal como está establecido el sistema penal acusatorio, donde goza de facultades que le permiten participar de manera activa, actúa incluso arrogándose facultades de *prosecutor* como atrás se indicó: oposición a solicitud de preclusión y aplicación del principio de oportunidad, solicitud de medidas de aseguramiento y libertad; solicitud de pruebas y, facultades de impugnación de las decisiones que le son desfavorables.

El amplio margen de actuación que posee la víctima, insistimos, resulta así porque este sistema acusatorio como está concebido el sistema procesal colombiano posee una naturaleza estrictamente económica dada su característica negocial y económica y este enfoque incide en la teoría de la disponibilidad de los delitos. Gran parte de los delitos resultan hoy

---

<sup>80</sup> A diferencia de los delitos de peligro abstracto que comprometen bienes colectivos que amerita la intervención del Estado como titular del *Ius Puniendi* con el fin de que se cumplan los principios de bien público del Derecho Penal.

disponibles y la víctima puede estar interesada en un arreglo anticipado que se ajuste a su función de costo – beneficio.

Defender que la acción penal puede estar en cabeza de la víctima, dada la naturaleza de algunos delitos que comportan un daño privado y no esencialmente social puede ser un argumento válido pero consideramos aún así, que éste no es estable. La disponibilidad o querellabilidad de algunos delitos resultan un capricho conyuntural del legislador que puede obedecer a otros intereses: movimientos feministas<sup>81</sup>, movimientos ecologistas, grupos de interés y lobby y, oportunidades electorales. Como se revisó el tema, el artículo que consagra los delitos querellables en la legislación colombiana actual, constantemente se ve sometido a modificaciones de tipo legislativo, y delitos que nunca se pensaron podían tener dicha naturaleza hoy están allí, ejemplo: los delitos contra la libertad de asociación y la prestación ilegal del servicio de telecomunicaciones.

Ahora bien, visto el derecho de daños como un sistema de reglas de asignación de responsabilidad que permite establecer patrones de conducta apropiada para evitar precisamente la causación de daños, desde esta perspectiva, un derecho penal donde la víctima pueda ostentar la acción penal en delitos puede igualmente inhibir la comisión de ciertas conductas delictivas, al menos en material de algunos delitos en específico que se cometen con mayor probabilidad en algunos sectores.

Un ejemplo que nos permite apreciar esta tesis es la comisión de delitos al interior de organizaciones corporativas o financieras, la eficiencia con la que la víctima (ente corporativo o bancario) puede actuar judicializando a los responsables puede generar una baja considerable en el porcentaje del fraude interno, cosa que no sucede cuando la acción es ejercida por el Estado y se ve sometida a escasez del recurso humano y económico. La forma como en este tipo de casos funciona el derecho de penal, con lo cual se cumplen los fines de prevención general y especial, se asimila a la misma finalidad que posee el derecho de daños.

---

<sup>81</sup> El movimiento feminista ha influenciado fuertemente en que delitos como la violencia intrafamiliar y la inasistencia alimentaria sean considerados conductas investigables de oficio y no querellables. Sin embargo, estos delitos han continuamente aparecido y desaparecido del listado de delitos querellables por razones de conveniencia política o electoral, pero no por cumplimiento de una seria política criminal de Estado.

## BIBLIOGRAFÍA

- BENSON, Bruce L. To Serve and Protect: Privatization and Community in Criminal Justice, New York: New York University Press, 1998;
- BENSON, Bruce L. The Enterprise of Law: Justice Without the State, San Francisco: Pacific Research Institute for Public Policy, 1990.
- BECKER, Gary S., The Economic Approach to Human Behavior, The University of Chicago Press, Chicago, 1976. — “Crime and Punishment: An Economic Approach”, Journal of Political Economy, vol. 76, nro. 2, 1968.
- BERGSTRON, Theodore - BLUME, Laurence - VARIAN, Hal, “On the Private Provision of Public Goods”, Journal of Public Economics, vol. 29, 1986.
- COASE, Ronald, El Problema del Costo Social, The Journal of Law and Economics, octubre, 1960.
- COOTER, Robert. ULEN, Thomas. Derecho y Economía, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- EIDE, Erling - RUBIN, Paul - SHEPHERD, Joanna, “The Economics of Crime,” en KIP VISCUSI (ed.), Foundations and Trends in Microeconomics, vol. 2, nro. 2, Now, Boston, 2006.
- FRIEDMAN, D. (1979) *Private Creation and Enforcement of Law: A Historical Case*, Journal of Legal Studies 8 (march): 399 – 415.
- FREEMAN, Richard D., “The Economics of Crime”, en WILSON, J. Q. (ed.), Crime and Public Policy, San Francisco, 1983.
- MAIER, Julio B. Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina PAYLE, David J., Cutting the Costs of Crime. The economics of Crime and CriminalJustice, Institute for Economics Affairs, London, 1995.
- POSNER, Richard. Análisis Económico del Derecho, México, Fondo de Cultura Económica, 2013.
- ROEMER, Andrés, Economía del crimen, Limusa, México, 2001.
- (comp.), Derecho y economía: una revisión de la literatura, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- ROJAS, Ricardo Manuel. Las Contradicciones del Derecho Penal, Buenos Aires, AdHoc, 1990.
- SOLA, Juan Vicente. Constitución y Economía, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004
- STORDEUR, Eduardo (h). Análisis Económico del Derecho. Una Introducción.- Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.
- SUNSTEIN, CASS R. Behavioral Law and Economics, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.
- ROXIN, C. (2008). *Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid: Civitas.
- REYNOLDS, m. (1994). *Using The Private Sector To Deter Crime*, Dallas: National Center for Policy Analysis.