

**LA INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL SISTEMA PENAL
ACUSATORIO (SPA) COLOMBIANO: UN ESTUDIO DESDE
LA ÓPTICA CONSTITUCIONAL, LEGAL,
JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL**

EZEQUIEL DANIEL CABARCAS OROZCO

MELISSA ANDREA OLAVE GUZMÁN

AUTORES

ANTONIO LAITANO LEAL

ASESOR

MONOGRAFÍA DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ABOGADO

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARTAGENA DE INDIAS, D, T Y C.

SEPTIEMBRE 22 DE 2017

AGRADECIMIENTOS

Antes de agradecer a todas las personas que hicieron parte de este proceso de una u otra manera, agradezco a Dios, el único verdadero artífice de todo lo grande que tengo en mi vida y quien me permitió culminar finalmente esta importante etapa de mi vida.

Agradezco a mi madre por su paciencia y por ser mi ejemplo de una mujer incansable, a mi padre por sentirse siempre orgulloso de mí, a mis tías que han sido parte importante de mi vida siempre. Agradezco a todas las maravillosas personas que me topé en el camino en estos cinco años, a los que se convirtieron en mis amigos; porque los momentos difíciles de este tiempo se pasaron mejor en su compañía.

A la Universidad de Cartagena, a aquel docente que vio algo especial en mí, a mi asesor de tesis por su tiempo y apoyo, y sobre todo a mi tutora de semillero, por adentrarme al interesante universo de la investigación y brindarme su cariño y estima.

A todas aquellas personas que conocí en los últimos años y que me han demostrado su admiración y respeto, por ser motor en mi vida para cada día ser mejor.

Y por último, a aquel amigo que me motivó en todo momento a culminar este y todos mis proyectos, que cree en mí y que me brinda una compañía incondicional y constante.

A todos ellos gracias, seguimos adelante.

Melissa Andrea Olave Guzmán

Por el gran esfuerzo que representó la materialización del presente trabajo de investigación, expreso mi más profunda gratitud a todas aquellas personas que de una u otra manera estuvieron presentes a lo largo de este proceso desde el primer día. Primeramente a Dios, a ese ser supremo que me ha colmado de muchas bendiciones y que sin duda me permitió

conocer y rodearme de maravillosas personas que me demostraron por qué no me

equivoque al elegir esta carrera. Al alma máter la Universidad de Cartagena y a toda su planta docente y administrativa, por recibirme como en casa en los últimos cinco años y ser parte integral de mi proyecto de vida y de mi crecimiento personal y profesional.

A mi asesor, el Doctor Antonio Laitano Leal, quien siempre estuvo dispuesto a guiarnos académica y profesionalmente, brindándonos todo su apoyo a lo largo de la realización de ésta investigación.

Por último agradezco a mis familiares y amigos, especialmente a mis padres y a mi abuela materna, mi soporte y quienes me han amado toda la vida; quienes con su ayuda, comprensión y paciencia fueron parte fundamental durante todo este recorrido de crecimiento personal y profesional.

Ezequiel Daniel Cabarcas Orozco

Resumen

Este trabajo se centra en el análisis de la intervención de las víctimas de delitos, dentro del contexto del proceso penal acusatorio, introducido en el ordenamiento jurídico colombiano a partir del A.L 03 de 2002 y la ley 906 de 2004. Este estudio se hace bajo la óptica de la constitución (incluyendo el bloque constitucionalidad), la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Todo ello con el propósito de determinar con mayor claridad cómo realmente interviene la víctima en el proceso penal actual, y si eventualmente esta intervención es influenciada por la función acusadora ejercida por la Fiscalía a la luz de un sistema eminentemente acusatorio. Posterior al recuento de las facultades con que cuentan para intervenir en el proceso, se presentan una serie de dificultades que en materia probatoria sobrevienen a estos sujetos, a razón de lo que jurisprudencialmente se ha considerado, esto es, que su participación es imitada en la fase del juicio oral en aras de conservar el principio adversarial del sistema. Finalmente se presentan una serie de reflexiones acerca de la viabilidad de darle más relevancia a la víctima en esta fase del proceso, desde el punto de vista constitucional y de derecho internacional de los DDHH.

Palabras claves: víctima, sistema penal acusatorio, principio adversarial, interviniente especial, igualdad de armas, tutela judicial efectiva.

Abstract

This paper focuses on the analysis of the participation of crime victims, within the context of the accusatorial system of justice, introduced to the Constitution and to the national legislation through “Acto Legislativo 03 of 2002” and Law 906 of 2004. This study is done under the optics of the constitution (including the constitutional block), law, jurisprudence and doctrine. All this in order to determine more clearly how the victim actually participates in the current criminal process, and if this intervention is eventually influenced by the prosecution function exercised by the Office of the Prosecutor in the light of an eminently accusatory system. Subsequent to the enumeration of the powers they have to intervene in the process, a series of difficulties arise that, in terms of evidentiary matters, arise from these subjects, due to the jurisprudence that has been considered, that is, their participation is imitated in the stage of the trial in order to preserve the adversarial principle of the system. Finally, a series of reflections on the feasibility of giving more relevance to the victim in this phase of the process, from the constitutional point of view and of international human rights law.

Key words: victim, accusatory criminal system, adversarial principle, social intervener, equality of arms, effective judicial protection.

Introducción

El paso de un sistema mixto con tendencia inquisitiva a un sistema de tendencia acusatoria representa una transformación sustancial en muchas de las figuras procesales que han existido en Colombia en materia procesal penal. La Constitución moderna, vista desde una perspectiva de análisis de naturaleza universal, configura en sí misma los lineamientos dogmáticos en los que descansan una multiplicidad de valores, principios y derechos, los cuales han de servir como criterios de orientación necesarios para la conformación de cualquier Estado democrático moderno (Salgado, 2017)¹ Frente al rol de la víctima el nuevo sistema procesal penal, introduce un cambio de paradigma sobre el particular, en donde la víctima adquiere una posición privilegiada en el curso de todo el proceso y se hace acreedora de una serie de derechos que activan su participación en el mismo; esto como respuesta a la tendencia internacional de garantizarle a las víctimas, derechos que vayan más allá de lo meramente patrimonial. Sin embargo, es insuficiente considerar lo establecido en ley 906 de 2004 -marco legal el nuevo sistema- para dimensionar estas novedades, por lo que se hace necesario analizar las consideraciones del máximo tribunal Constitucional, que sin lugar a dudas ha ampliado considerablemente el espectro de los derechos de las víctimas en este contexto, sin dejar de lado las apreciaciones de estudiosos del Derecho que han sentado su posición al respecto.

Muchos doctrinantes interesados en el tema, consideran que la dinámica de la Corte Constitucional en la modulación sobre las normas que contienen derechos de las víctimas es de gran importancia en procura de reconocerla como un sujeto fundamental en el proceso penal acusatorio traído por el acto legislativo 03 de 2002. Sin embargo, hay quienes por su parte consideran que los avances de la Corte son insuficientes e incluso contradictorios y que en últimas, la participación de la víctima se halla encadenada a una serie de restricciones que paradójicamente trajo la ley 906, y que se ve ensombrecida por la labor del ente acusador: La Fiscalía General de la Nación. Para poder dirimir este conflicto de posiciones, es menester hacer un estudio global de la participación de las víctimas en el actual proceso penal acusatorio colombiano, desde el punto de vista constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinario. En consecuencia, esta investigación se propone aproximarse a responder el siguiente problema jurídico: ¿De qué manera interviene la víctima en el

¹ Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo. Cartagena (Colombia) Vol. IX. N° 18: 21-30, julio-diciembre 2017

proceso penal acusatorio colombiano, y qué incidencia tiene la Fiscalía General de la Nación en el ejercicio de dicha participación?

La razón de ser este trabajo se base en el interés por dilucidar con más amplitud lo concerniente a los derechos de las víctimas, que a pesar del desarrollo que ha tenido a nivel

internacional, sigue siendo escabroso en Colombia, toda vez que el Código de Procedimiento Penal, establece un sistema procesal de carácter acusatorio adversarial, donde, en principio, solo tienen cabida la Fiscalía General de la Nación, por ostentar la titularidad de la acción penal, y el imputado o acusado; creándose así una tensión en la doctrina y en la jurisprudencia nacional, sobre cómo incorporar a las víctimas en un debate judicial en donde en principio y por naturaleza no tiene cabida

Este trabajo se dividió en cuatro fases. En un primer momento se realizó un estudio y verificación de los antecedentes; en segundo lugar se hizo una revisión y estudio de conceptos generales sobre el tema. En tercer lugar, se evaluó e identificó las condiciones legales, ventajas y desventajas en torno al problema. Y finalmente en la cuarta fase se realizó la redacción de texto final.

Todo eso con el objetivo de identificar la manera en la que interviene la víctima en el proceso penal acusatorio colombiano, y la incidencia que tiene la Fiscalía General de la Nación en el ejercicio de dicha participación.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La historia de Colombia ha sido escrita con la sangre de víctimas y victimarios, protagonistas principales de diferentes conflictos y etapas de conflictos desde los inicios de la vida republicana del país (De la Cruz, Ariza, 2017)²

Desde mediados del siglo pasado, surge el interés por darle relevancia a la víctima dentro del proceso penal. La bandera de esta causa la llevó la victimología, considerada por muchos como una rama de la criminología y por otros como una disciplina autónoma, con objeto, método y fin propio y según Abdel Ezzat Fatta designa el conjunto de conocimientos biológicos, sociológicos, psicológicos y criminológicos concernientes a la víctima.

Según Núñez de Arco (2008) la víctima no ha sido tomada en cuenta por el derecho, porque no encontraba en algunos casos su factor punitivo, y en otros la falta de argumentación en torno a los delitos sin víctima, le obligó a ignorarla para no perder su validación doctrinal.

² Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo. Cartagena (Colombia) Vol. IX. N° 18: 31-40

De ahí que la Criminología ha sido clara en establecer que el conflicto le es expropiado por el Estado al ofendido, en donde su interés a nivel sustantivo se ve reemplazado por el abstracto bien jurídico tutelado y su derecho a la acusación se ve subrogado por la persecución estatal (Núñez, 2008).

Solo hasta noviembre de 1985 la comunidad internacional asumió el compromiso de redescubrir a la víctima, cuando la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (Resolución 40/34) (Sampedro, 2013).

Más allá de lo que jurídicamente se establezca en torno a la necesidad de que la víctima participe en el proceso, desde un punto de vista psicológico, como lo sostiene Sampedro, en el contexto de un Estado democrático el proceso penal es un escenario en el que se desarrolla un encuentro interhumano, afectante y conflictivo, orientado a la re-creación de nuevas formas de convivencia futura (Sampedro, 2013). Es un espacio donde las víctimas pueden tener un papel predominante, que propicie la reconstrucción de la armonía social perdida con ocasión del delito, en busca de la justicia y la restauración del daño causado a estas.

II. CONCEPTOS BÁSICOS

Para efectos de comprender más ampliamente la dimensión actual del concepto de víctima, es menester precisar ciertas nociones preliminares que históricamente han sido aceptadas por la doctrina como las propias de los sistemas procesales y en particular del sistema procesal penal. Para ello seguiremos los planteamientos de diversos autores recogidos por Vicente Gaviria en su obra Víctimas, Acción Civil y Sistema Acusatorio (2008).

1. Sujeto procesal:

Se conoce como sujeto procesal, a todo aquel individuo que en defensa de un interés propio o en ejercicio de una profesión interviene en un proceso. En el caso de los procesos penales serán sujetos procesales los que cumplen con aquellas características dentro de un proceso penal y que permiten la realización de la actividad jurisdiccional; estos sujetos se clasifican a su vez, en dos tipos, los que integran el órgano jurisdiccional y los que se denominan partes procesales, según la posición que ocupan y la finalidad de su actuación **Fuente especificada no válida.**

Frente a los sujetos procesales, autores como Devis Echandía, citado por Gaviria, sostienen que es menester que se distingan entre sujetos de la relación jurídica sustancial (la que se

discute en el proceso) y sujetos de la relación jurídica procesal. Frente a los primeros, son los titulares activos y pasivos de la situación jurídica sustancial que debe estudiarse en el proceso. En cuanto a los segundos, se refiere a quienes intervienen en el proceso, ya sea como funcionarios encargados de dirimir u orientar el proceso –jueces- o como parte, -demandante, demandado, sindicado-.

En el caso de los procesos penales serán, el juez, el sindicado o imputado, ministerio público y el afectado por el delito. En el procedimiento penal contenido en el código del año 2000 los sujetos procesales eran: la Fiscalía, el Ministerio Público, el sindicado, el defensor, la parte civil, el tercero civilmente responsable y el tercero incidental; excluyendo así al juez. En el código de 2004 se contemplan como principales sujetos procesales en sentido amplio, a la fiscalía, el imputado y su defensa, el ministerio público y la víctima. Cabe destacar que este código no emplea el término sujetos procesales, como se verá en líneas posteriores.

2. Partes Procesales

Se entiende como partes procesales aquellos sujetos que intervienen en el proceso penal para lograr la tutela de sus intereses y que actúan de manera parcial para lograr que el órgano jurisdiccional, acepte sus pretensiones o deniegue las de la parte contraria (Gaviria, 2008). En ese sentido, entre las partes del proceso existe una relación jurídica procesal, que nada tiene que ver con dirimir el proceso, porque como ya se ha dicho esto corresponde a los funcionarios jurisdiccionales designados, de manera que la relación jurídica procesal vienen dada por el ánimo de que se tutelen interés contrapuestos.

3. Interviniente

Se conoce como interviniente, aquel que participa o interviene en el proceso. Es importante diferenciarlo de la figura del “interviniente” que consagra el Código Penal del 2000 como forma de participación (paralela a la complicidad), porque además de ser una figura propia del derecho penal y no del derecho procesal penal, se refiere a aquel que no teniendo las calidades especiales exigidas por el tipo penal, concurre en su realización (art.30). Lo cierto es que la Ley 906 de 2004 no discrimina entre estos y las partes, al incluirlos en un mismo título. Dentro de estos, se encuentran verbigracia, los órganos auxiliares de los sujetos

procesales -aquellos que coadyuvan a los sujetos procesales-, tales como los secretarios, la policía judicial y los representantes de la defensa, etc. (Romero & Avellaneda , 2012) .

4. Apreciaciones

De las anteriores nociones básicas, es dable concluir, que si bien, doctrinalmente se ha perpetuado la paridad de términos, esto es sujetos procesales y partes, estos conceptos no son esencialmente disimiles entre sí. En resumidas cuentas, las partes procesales son aquellos sujetos procesales, que como se describió en líneas anteriores intervienen en el proceso penal para lograr la tutela de sus intereses. Lo cierto es que hoy por hoy, los conceptos de sujetos procesales y partes incluso se asumen como sinónimos. En tanto que interviniente, por la misma vaguedad del término, incluye dentro de su ámbito conceptual, a todo aquel que participe en el proceso, sea cual sea su calidad y la razón que lo mueva a intervenir en este.

Es fundamental recalcar que la ley 906, utiliza los términos “partes e intervinientes” excluyendo el de sujetos procesales. Los sistemas eminentemente adversariales, se basan en un enfrentamiento directo entre dos partes esencialmente, que para el caso colombiano, las constituyen la fiscalía y el imputado –en conjunto con su defensa técnica-. Por lo que el resto de sujetos, estos son, Ministerio Público, juez, miembros de la Policía Judicial, testigos, peritos etc. serán categorizados como simples intervinientes. Para el caso de la víctima, su naturaleza no ha sido de pacífica determinación, como más adelante se verá. Por lo pronto es menester aclarar que en sentido estricto, no se denomina parte en este sistema. Sin embargo, desde cierto punto de vista, como sostienen ROMERO & AVELLANEDA (2012) bien se podría decir que la víctima a quien le han sido conculcados sus derechos cuenta con la titularidad de una relación jurídica: el resarcimiento de su daño así como los derechos a la justicia y a la verdad; y adicionalmente cuenta con mecanismos para hacer valer esos derechos lo que permite asevera de manera no tan descabellada que la víctima es parte.

III. LA NATURALEZA DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO (SPA) COLOMBIANO

El acto legislativo 03 de 2002, se ha considerado que introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano, un sistema penal de tendencia acusatoria. El hecho de que el nuevo sistema se

haya introducido como norma constitucional y no desde una ley ordinaria, se sirve de la tendencia contemporánea de constitucionalización del Derecho, y responde a las características propias de un Estado Social de Derecho que concibe a la constitución política como la norma de normas. El sistema acusatorio se aprecia comúnmente en Estados democráticos y su condición esencial es el hecho de que la acusación es función marcadamente diferenciada de la de juzgamiento, y que la defensa tiene reales posibilidades de hacer efectivas sus aspiraciones (Avella, 2007). El sistema norteamericano y continental europeo, sirven de base a los sistemas de tendencia acusatoria.

Históricamente se ha considerado que la contracara de los sistemas acusatorios son los sistemas inquisitivos. Usualmente el sistema inquisitivo se adoptaba en Estados en condiciones antidemocráticas, dictatoriales o despóticas, cuyo sistema penal era utilizado como herramienta para la perpetuación del poder, de ahí que el mismo ente acusador era el que juzgaba las conductas (Avella, 2007). La escrituralidad, el secreto, la permanencia de la prueba, la confesión y los medios violentos de obtenerla, eran características típicas de ese sistema.

En contraste, desde su surgimiento en las antiguas Grecia y Roma, el sistema acusatorio se aprecia en Estados democráticos, y su condición esencial es el hecho de que la acusación es función diferenciada de la de juzgamiento, y que la defensa tiene reales posibilidades de hacer efectivas sus aspiraciones (Avella, 2007). La separación de esas funciones, la oralidad, la publicidad, la realización de la prueba en juicio y la imparcialidad del juez, son las características más notables de este sistema.

En Colombia han existido sistemas de corte inquisitorial, pero que fueron cediendo espacio, a razón del progresivo reconocimiento de derechos fundamentales establecidos en las constituciones, hasta llegar a lo que se conoce como la constitucionalización del proceso penal. Con la constitución de 1991 se estructuraron sistemas procesales con alguna tendencia acusatoria, pero no fue sino hasta el Acto Legislativo 03 de 2002 que se logró una modificación sustancial, desarrollado por la Ley 906 de 2004 que contiene el nuevo código de procedimiento penal, estructurándose así un sistema eminentemente acusatorio.

Como se dejó anotado en líneas anteriores, los sistemas anglosajón y continental contienen

las instituciones fundamentales que inspiran los sistemas acusatorios. Por ello se señalará superficialmente las características más importantes de uno y de otro sistema con base en el documento Estructura del Proceso Penal Acusatorio de autoría de Pedro Avella Franco, para la FGN (Avella, 2007) que acude a las consideraciones de la Corte Constitucional en sentencia C-591 de 2005:

En cuanto al sistema continental, se destacan como características fundamentales: I) *En algunos países, la Fiscalía hace parte de la rama judicial. En otros, como Alemania, es una autoridad independiente. De allí que su actividad, al igual que la del juez, no puede estar orientada a las exigencias de la administración* (Avella, 2007). II) *El fiscal no es técnicamente una “parte procesal”. Puesto que debe reunir material de cargo contra el imputado, pero también investigar las circunstancias que sirvan de descargo.* III) *Existe una clara distinción de las funciones de acusación y juzgamiento en órganos distintos. Así, el sistema se estructura sobre el debate entre dos partes, acusador y acusado, resuelta por un funcionario judicial independiente e imparcial.* IV) *La “igualdad de armas” es un principio fundante, encaminado a asegurar que acusador y acusado gocen de los mismos medios de ataque y de defensa para hacer valer sus intereses.* V) *El juicio está regido por los principios de oralidad, publicidad y celeridad.* VI) *En materia probatoria, en algunos países como Italia, las pruebas obtenidas irregularmente son sometidas a un régimen de nulidades procesales; en tanto que en Alemania, no existe una regla de exclusión general y el juez debe realizar un juicio de proporcionalidad al momento de analizar la validez de la prueba* (Avella, 2007).

En cuanto al sistema anglosajón, se tienen como características principales:

I) *Los fiscales federales son funcionarios del poder ejecutivo que dependen directamente del Fiscal General de los Estados Unidos, quien fija las pautas básicas que van a orientar a sus subalternos en la persecución de delito y responde políticamente por las actuaciones del órgano de investigación.* II) *En la etapa procesal, es decir, el juicio oral y público, el acusado disfrutará del derecho a un juicio rápido y público por un jurado imparcial del Estado y Distrito donde se haya cometido el delito”. Este derecho solo aplica a la etapa del juicio oral y no a las audiencias preliminares.* IV) *En el juicio se les presenta al juez y a los miembros del jurado, el respectivo caso. Posteriormente, cada una de las partes aportará sus*

pruebas, tendrá derecho a conainterrogar y además el acusado disfrutará del derecho a carearse con los testigos. En juicios con jurado, es este (no el juez) el que determina la culpabilidad o la absolución. V) Se trata de un proceso adversarial entre dos partes procesales en igualdad de condiciones; por un lado, un acusador y por el otro, un acusado. VI) En materia probatoria, la iniciativa queda en manos de las partes VII) En lo que concierne al principio de oportunidad, en el sistema americano el fiscal goza de una cierta discrecionalidad para sustraerse de la acusación.

A pesar de que el sistema colombiano adopta algunas de esas características, como el enfrentamiento entre partes como base del sistema, la aplicación del principio de legalidad paralela a la posibilidad de acudir al principio de oportunidad, los principios de oralidad y publicidad como orientadores del juicio; la misma Corte Constitucional, ha destacado que se debe comprender que la estructura del mismo, adoptada mediante el Acto Legislativo 03 no corresponde exactamente a ningún modelo puro. Los otros sistemas procesales penales extranjeros podrán ser tenidos en cuenta solo como referente. Aunque lo cierto es que en la exposición de motivos del acto legislativo, se quiso que sí fuera puro, de manera que el punto clave del proceso fuera el juicio oral y público, que posibilitara un debate probatorio y argumentativo entre dos partes con igualdad de armas. De hecho el proyecto presentado a la Comisión Permanente Constitucional, base de trabajo para la expedición de la Ley 906 de 2004, se sirvió del Código de Procedimiento Penal de Puerto Rico cuya tendencia es anglosajona (Avella, 2007). Con el paso de los debates, se reconoció la transcendencia de adoptar un sistema que modulara el principio adversarial, atendiendo a las particularidades del país. A pesar de lo anterior, la base del sistema sigue siendo adversarial.

El sistema acusatorio colombiano, de una parte tiene por objeto la protección de bienes jurídicos de alta consideración en procura de obtener un orden social justo y de otra, se instituye en la protección y la garantía de los derechos fundamentales del procesado y de la víctima (Avella, 2007).

Posee características especiales como la función de control de garantías, en cabeza de los jueces municipales, la participación del Ministerio Público, y por supuesto el papel protagónico de la víctima, en virtud del cual se le atribuyen una serie de derechos que la

hace un interviniente muy relevante a lo largo de todo el proceso.

IV. CONCEPTO DE VICTIMA

Para llegar al concepto de víctima, sea lo primero decir que, en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se define a la víctima como aquella:

1. Persona o animal sacrificado o destina al sacrificio.
2. Persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra.
3. Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita.
4. Persona que muere por culpa ajena o por accidente fortuito.
5. Persona que padece las consecuencias dañosas de un delito (RAE, 2015).

Mientras que por su parte, el jurista Manuel Osorio, en Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, hace alusión al referido concepto, señalando que la víctima, como sujeto pasivo del delito. Posición que como se anotará más adelante, no tiene asidero actual en la doctrina universal, siendo dos conceptos bien diferenciados.

En cuanto a las normas de nuestro ordenamiento jurídico, se observa que en la Constitución Política de 1991 no se precisa un concepto de víctimas. Sin embargo, en el artículo 250 numeral 6, se establece como deber de la Fiscalía General de la Nación (F.G.N.), solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral *a los afectados con el delito*. Ampliando esto último, los sujetos que deben ser considerados como víctimas de un delito.

Mientras tanto, el artículo 132 de la ley 906, define como víctimas para los efectos de ese código “las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto” (Ley 906, 2004). La expresión subrayada fue declarada inexecutable por la H. Corte Constitucional, mediante la sentencia C 516 de 2007, en los términos que más adelante se explicarán.

Por su parte, la Resolución No. 40/34 de 1985, proferida por la Asamblea General de la Naciones Unidas, sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de

Delitos y del Abuso del Poder, adoptada como ley nacional el 29 de noviembre de 1995, ofrece un concepto más amplio de víctimas, estipulando que son las personas que, “individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros ...” y que:

En la expresión víctima se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización (Asamblea General ONU, 1985)

La conceptualización inicial contenida en el artículo 132 de la ley 906, reducía los sujetos que podrían tener la categoría de víctimas, limitándola solo a quienes sufrieran un daño directo. Ahora, con las nuevas consideraciones traídas a escena por la Corte Constitucional, el concepto concuerda con lo que en el ámbito internacional se ha considerado como víctima. En sentencia C-516 (2007) que declara la inexecutable de la expresión “directo”, la Corte recoge el criterio que en jurisprudencia anteriores¹ había sostenido respecto a que: “Son titulares de los derechos a la justicia, la verdad y la reparación las víctimas y perjudicados con el delito que hubiesen sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera que sea la naturaleza de éste” (pág. 57) También se recuerda, que bajo la vigencia del código del 2000, la Corte se pronunció sobre el tema reafirmando que “la víctima es la persona respecto de la cual se materializa la conducta típica mientras que la categoría “perjudicado” tiene un alcance mayor en la medida en que comprende a todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial, como consecuencia directa de la comisión del delito. Obviamente, la víctima sufre también un daño, en ese sentido, es igualmente un perjudicado” (C 516, 2007). Con base a las consideraciones anteriores, aclara la H. Corte Constitucional (2007), precisando acerca del concepto de víctima; que en materia penal la idea de víctima “directa” se suele identificar con el sujeto pasivo de la conducta delictiva, o con la persona titular del bien jurídico que la norma tutela y es claro que un hecho delictivo trasciende esa esfera de afectación ocasionando perjuicios

¹ Sentencias C- 228 de 2002, C-370 de 2006, C-578 de 2002

individuales o colectivos ciertos, reales y concretos a otros sujetos de derechos.

En conclusión, por vía jurisprudencial se ha entendido que el concepto de víctima que se debe considerar el nuevo estatuto procesal penal, es amplio, de manera que abarca también a los llamados perjudicados, trascendiendo las fronteras del sujeto pasivo como víctima única de una conducta delictiva.

V. NATURALEZA DE LA VÍCTIMA

El art. 250 CN, posterior a la modificación hecha por el acto legislativo 03 (2002), dispuso que:

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación deberá: (...) 6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito. 7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa (Acto Legislativo 03, 2002).

Como se puede observar, la norma constitucional no precisó la naturaleza en que la víctima participaría en el proceso penal. Dejó la posibilidad de que la ley fijara los términos en los que podía intervenir y lo interesante de la redacción, es que no se precisa un momento específico en el cual podría hacerlo, por el contrario lo amplía al “proceso penal” en general. La ley 906, conceptualiza lo que se entenderá por víctima, sin calificar o categorizar la posición de la misma. Sin embargo, el art. 132 se ubica bajo el Título IV “Partes e Intervinientes”, entendiéndose que las bases del sistema acusatorio, mal podría comprenderse que la víctima tenga carácter de parte en el proceso. Ahora bien, es la jurisprudencia constitucional la que ha dado luces al respecto, y en sentencia C-209 de 2007, manifestó que tienen carácter de “interviniente especial” a razón de su participación transversal a lo largo de todo el proceso, no supeditada al fiscal, sino en los términos que autónomamente fije el legislador. La Corte se fundamenta en el numeral 7 del art. 250 para asignarle tal calidad a la víctima, a pesar de que en realidad, la constitución no utiliza dicho concepto, como se había indicado.

Queda claro entonces, que la víctima tiene un papel especialísimo dentro del desarrollo del proceso, que en los términos propuestos por la Corte dependerá: (i) del papel asignado a otros participantes, en particular al Fiscal; (ii) del rol que le reconoce la propia Constitución; (iii) del lugar donde ha previsto su participación; (iv) de las características de cada una de las etapas del proceso penal; y (v) del impacto que esa participación tenga tanto para los derechos de la misma como para la estructura y formas propias del sistema penal acusatorio. (Corte Constitucional, 2007).

Otra discusión común en este contexto, es acerca de los requisitos o condiciones que debe cumplir un sujeto para ser considerado víctima y cuándo se entiende que adquiere esa calidad. Del tenor de la norma contenida en el art. 132 se infiere que para acreditar la condición de víctima se requiere que haya un daño, que según las consideraciones del Tribunal Constitucional debe tener las características de real, concreto, y específico, el cual ha de ser apreciado por las autoridades judiciales en cada caso (C 516, 2007). El segundo inciso del artículo, preceptúa: “La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con este”. Lo anterior conserva la postura dispuesta en la resolución 40/34 de 1985. De manera que en principio, es claro que aun cuando no se haya procesado al sujeto activo de la conducta punible que generó el daño, la víctima ya tendría dicha calidad. Sin embargo, en términos procesales, la calidad de víctima se determinará según el art. 340 de la ley 906, en la audiencia de formulación de acusación.

VI. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

1. Derecho a la verdad, justicia y reparación

Frente a los derechos de las víctimas, en especial a los de la verdad, justicia y reparación, la Corte Constitucional de Colombia, ha creado una sólida y uniforme jurisprudencia sobre el alcance que, con rango constitucional, debe atribuírsele a los derechos de las víctimas de delitos.

En ese sentido, es importante resaltar, el hecho que uno de los principales fundamentos que ha tenido la Corte Constitucional para pronunciarse sobre derechos de las víctimas, ha sido la doctrina y la jurisprudencia internacional en derechos humanos; lo cual es totalmente

viable y pertinente en aplicación del artículo 93 de la Constitución Política; permitiendo esa aplicación de normas en materia de Derechos Humanos, que los derechos de las víctimas sean analizados conforme a estándares internacionales, haciendo aplicables al ordenamiento jurídico interno los principios y concepciones básicas sobre el particular.

Como soporte de lo anteriormente señalado, nos encontramos con lo resaltado por esa alta Corporación mediante sentencia C- 228 de 2002 en la que indicó que:

Las víctimas de los delitos tienen un derecho a la verdad y a la justicia, que desborda el campo de la simple reparación, tal y como lo ha señalado con claridad la doctrina internacional en materia de derechos humanos, que es relevante para interpretar el alcance de los derechos constitucionales (CP art. 93). Por ello, los derechos de las víctimas trascienden el campo puramente patrimonial (C - 228, 2002, pág. 20).

Mientras tanto, en la sentencia C-454 de 2006, la Corte manifestó que dicha reconceptualización de los derechos de las víctimas de delitos, tenía su base en diferentes principios constitucionales, tales como que, en primer lugar, el artículo 93 de la Carta Magna, establece que los derechos y deberes de los ciudadanos deben ser interpretados y estudiados conforme lo establecido en tratados internacionales de derechos humanos que hayan sido ratificados por Colombia; en segundo lugar, el hecho de que el Constituyente le hubiese otorgado un rango constitucional a los derechos de las víctimas, conforme lo establecido en los numerales sexto y séptimo del artículo 250 de la Constitución; en tercer lugar, lo señalado en el artículo segundo de la Constitución, por cuanto este impone como deber de las autoridades, y específicamente de las autoridades judiciales, de propender por el goce efectivo de los derechos de todos los habitantes del territorio nacional y la protección de los bienes jurídicos (C - 454, 2006).

Igualmente, y no menos importantes, hay que resaltar el hecho que en esa Providencia, la Corte igualmente manifestó que esa reconceptualización se basaba en los principios de dignidad humana, de participación y de manera primordial, el de acceso a la administración de justicia, estando estos tres concatenados, por cuanto si entendemos el derecho al acceso a la administración de justicia como la garantía de contar con procesos idóneos y efectivos para la resolución de conflictos en un tiempo razonable, con la adopción de decisiones con el lleno de los requisitos legales, estaríamos hablando de la materialización igualmente del

derecho a la participación que propende un Estado Social de Derecho, al permitir que los interesados defiendan sus intereses, haciendo parte de los proceso judiciales y que los mismos sean decididos por los jueces; al igual que se efectiviza el principio de dignidad humana, puesto que la célere resolución de la controversia judicial la permite saber a los perjudicados, las circunstancias en que se dieron los hechos y las razones por las cuales se efectuó el delito.

a. El derecho a la verdad

El derecho a la verdad, fue definido por la Corte Constitucional, como la posibilidad de conocer lo que sucedió y buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real (C - 228, 2002).

No obstante, se observa que a nivel internacional, organismos multilaterales de protección de derechos humanos como la ONU han ido mucho más allá en la interpretación de dicho derecho, ya que, de acuerdo con el Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, el derecho a la verdad comprende 1) El derecho inalienable a la verdad, 2) El deber de recordar y 3) El derecho de las víctimas a saber (ONU, 1997).

El primero de ellos es el derecho de cada pueblo a conocer la verdad acerca de los acontecimientos y las circunstancias que dieron lugar a la ocurrencia de la conducta delictiva (ONU, 1997). El segundo es concebido como: “El conocimiento por un pueblo, de la historia de su opresión como parte de su patrimonio” (ONU, 1997, pág. 12). Mientras que el tercero es entendido como la posibilidad de las víctimas, así como sus familiares o allegados tengan una garantía permanente de conocer la verdad, en particular de las circunstancias en que acaecieron los crímenes, e incluso ante delitos como homicidio o desaparición o desplazamiento forzado, el derecho a saber en qué circunstancia se encuentra el sujeto pasivo o sus restos mortales (ONU, 1997).

Finalmente, señala la Corte Constitucional que el derecho a la verdad, implica que las personas tienen derecho a saber lo que realmente aconteció en su caso, en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, y que si se priva a las víctimas de ese derecho, se atentaría contra su dignidad humana (C-293 , 1995).

b. El derecho a la justicia

Este derecho implica que se haga justicia en el caso concreto y, consecuentemente, que el crimen no quede impune. En ese sentido, la CC ha manifestado que este derecho incorpora tanto garantías para las víctimas, como deberes para las autoridades, los cuales son: 1) Deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; 2) Deber de respetar el debido proceso en las diferentes actuaciones judiciales y de investigación y 3) Derecho a contar con un recurso judicial efectivo; incluso manifiesta la Corte, que este derecho involucra el derecho a participar en el proceso penal, participación que conlleva el derecho de las víctimas de ser informados de las audiencias que se celebren, así como de obtener toda la información pertinente a la investigación (C - 454, 2006).

c. El derecho a la reparación integral

Conforme al derecho internacional contemporáneo, el derecho a obtener una reparación integral, comprende una dimensión individual y otra colectiva; desde la óptica individual, este derecho consiste en la adopción de medidas individuales tendientes a la materialización de los derechos de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición. Mientras que la dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general, es decir, aquellas encaminadas a restaurar o indemnizar los derechos de las comunidades afectadas por los crímenes cometidos (ONU, 1997).

La Corte Constitucional ha señalado que la reparación es integral, cuando esta comprende la adopción de todas las medidas necesarias para que desaparezcan los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación (C - 454, 2006).

El trípode de derechos hasta aquí analizados, conforme al derecho internacional contemporáneo y a la jurisprudencia constitucional integran el complejo de derechos de que son titulares las víctimas de los delitos, los cuales son conexos e interdependientes; así lo ha reconocido la CC:

Los principios adoptados por la comunidad internacional propenden por el respeto hacia los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, que se reconocen a las víctimas de los delitos graves según el derecho internacional. En este sentido, la verdad, la justicia y la

reparación se erigen como bienes cardinales de toda sociedad que se funde en un orden justo y de pacífica convivencia, entre los cuales median relaciones de conexidad e interdependencia, de manera tal que: No es posible lograr la justicia sin la verdad. No es posible llegar a la reparación sin la justicia (C-775, 2003, pág. 17).

2. Derechos de las víctimas contenidos en el artículo 11 de ley 906 de 2004

En este aparte se estudiarán los derechos que la ley 904 otorgó a las víctimas, en el art. 11, armonizado con las otras normas del código que constituyen un desarrollo de los mismos, a lo que se le agregan algunas consideraciones hechas por la doctrina y la ampliación de estos por parte de la Corte constitucional. Se ahondará en los más importantes y discutidos.

Es importante tener en cuenta que los derechos de las víctimas se hallan invocados desde el título preliminar del Código de Procedimiento Penal (art. 11), por lo tanto están consagrados como principios rectores, cuyas normas deben ser utilizadas como fundamentos de interpretación del resto del articulado. Dichos derechos no solo son obligatorios sino que prevalecen sobre cualquier otra disposición del código.

a. Literal A: A recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno;

Además del artículo 11 literal A, el artículo 1 de esta ley, contempla que los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana.

La garantía de la que gozan las víctimas para intervenir en el proceso penal, halla también su fundamento constitucional en la conexidad con el derecho a la dignidad humana (Mejia, 2014). La Corte Constitucional ha dicho que las víctimas de un injusto penal pueden exigir de los demás un trato acorde con su condición humana, situación que impide que las víctimas sean consideradas como una “ración” indemnizable del proceso penal, puesto que el principio de dignidad humana proscribire que el ser humano, los derechos y bienes jurídicos que se tutelan por el derecho penal para lograr una pacífica convivencia, sean reducidos a una tasación económica en su valor (Mejia, 2014). Por otro lado, la dignidad humana de una persona se ve afectada si se le priva de información que es vital para ella (Zuluaga & Vélez, 2013), de ahí que el acceso a la verdad está entrañablemente relacionado con el respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima

(Zuluaga & Vélez, 2013). Lo cierto es que de alguna manera, fue justamente el respeto por la dignidad de las víctimas el que hizo que se replantearan los fines del proceso penal, de forma que se considerara también como objetivos el reconocer el sufrimiento, repararle el daño inferido y restaurar la dignidad de las víctimas, en el contexto de una justicia restaurativa (C-979, 2005). En efecto a partir de la sentencia C-228 de 2002, empieza una nueva etapa en cuanto a los derechos de las víctimas en Colombia y se abandona el antiguo precedente (el interés de la víctima como de naturaleza exclusivamente económica) , aquí es precisamente el reconocimiento de la dignidad humana de las víctimas, que marca un nuevo despertar en la humanización del derecho penal, concordante con el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, implementado con la constitución de 1991; así se le conceden todas las facultades propias a las víctimas dentro del proceso penal, con el fin de que pudiesen materializar sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación (Mejía, 2014).

El respeto por la dignidad humana de las víctimas de delitos, reviste una atención especial en el curso del proceso penal, puesto que cabe la posibilidad de que su participación en el mismo, represente el riesgo de revictimizarla, en tanto este contexto implica una evocación natural de lo vivido por la víctima durante la comisión del delito. Al sustraerse el conflicto de manos de esta para ser resuelto por el Estado en cabeza del ente acusador, se corre el riesgo de objetivarla, convirtiéndola en una fuente de información valiosa simplemente, obviando la necesidad de protegerla en su condición humana, y garantizar que su participación sea en pos de lograr sus intereses y no el ser simplemente un elemento importante para la realización del cometido final del Estado en cabeza del ente acusador, que es el de judicializar y condenar al procesado. En ese sentido, se consagran reglas precisas que protegen a la víctima ante cualquier posible atentado a su dignidad durante el juicio, como por ejemplo el artículo 137 que contempla que “el interrogatorio de las víctimas debe realizarse con respeto de su situación personal, derechos y dignidad”; o aquellas que tienden a garantizar sus derechos a la intimidad o a la seguridad, estrechamente ligados con el aquí precisado.

b.
A la

Literal B:
protección de

su

**intimidad, a la
garantía de su**

seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor.

A lo estipulado en este literal se le agregan los artículos 133, 134 y el numeral 1 del art. 137 que versa de la siguiente manera:

ATENCIÓN Y PROTECCIÓN INMEDIATA A LAS VÍCTIMAS. La Fiscalía General de la Nación adoptará las medidas necesarias para la atención de las víctimas, la garantía de su seguridad personal y familiar, y la protección frente a toda publicidad que implique un ataque indebido a su vida privada o dignidad.

Las medidas de atención y protección a las víctimas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del imputado o de un juicio justo e imparcial, ni serán incompatibles con estos.

ARTÍCULO 134. MEDIDAS DE ATENCIÓN Y PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS. Las víctimas, en garantía de su seguridad y el respeto a su intimidad, podrán por conducto del fiscal solicitar al juez de control de garantías las medidas indispensables para su atención y protección.

ARTÍCULO 137. INTERVENCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA ACTUACIÓN PENAL. Las víctimas del injusto, en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, tienen el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal, de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Las víctimas podrán solicitar al fiscal en cualquier momento de la actuación medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en su contra o de sus familiares (Ley 906, 2004).

Igual solicitud podrán formular las víctimas, por sí mismas o por medio de su abogado, durante el juicio oral y el incidente de reparación integral.

De los anteriores artículos se deduce que en cabeza de la fiscalía existe un claro deber de proteger a las víctimas y garantizar que no haya ataques indebidos a su vida privada y dignidad en el curso del proceso. Pero la protección a las víctimas no se reduce a ser solamente un deber de la fiscalía, sino que se le posibilita que estas puedan solicitar por sí misma, las medidas necesarias para esa atención y protección ante el juez de control de garantías.

c. Literal C: A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código.

En un momento trascendental para el desarrollo de las garantías de las víctimas de delitos en el curso de un proceso penal, la Corte Constitucional planteó que las víctimas en aras de hacer efectivo su derecho a acceder a la administración de justicia, pueden exigir diferentes factores reparacionales, como lo es conocer la verdad, la sanción de los responsables y la reparación material por los daños sufridos del injusto. Esta misma corporación, ha manifestado que la reducción de los derechos de las víctimas a una reparación integral económica, no tiene sustento en otras normas constitucionales en las cuales se establecen principios y deberes fundamentales, que están relacionados exclusivamente con el restablecimiento de las garantías y derechos de las víctimas. Por lo que ha expresado que desde una perspectiva constitucional de los derechos de las víctimas, la reparación, es más amplia que el solo afán de la reparación pecuniaria, ya que comprende exigir de las autoridades para que se puedan garantizar el goce efectivo de los derechos, que también se orienten a un restablecimiento integral y ello solo puede ser logrado si se garantiza mínimamente a las víctimas del injusto, el derecho a la verdad, a la justicia además del derecho a la reparación.

Dejando claro lo anterior, en este aparte se enfocará el estudio a la reparación integral económica. Históricamente se ha considerado que la víctima de un daño producido por un delito, merece ser reparada económicamente. Lo que sí ha variado es la dimensión de esa reparación, hasta al punto que actualmente se habla de reparación integral, con el propósito de enmarcar dentro de ella diversidad de aspectos, como lo sostiene Álvaro Márquez acudiendo a la jurisprudencia Constitucional (2010):

El derecho a la reparación integral del daño, es el derecho de reparación, conforme al derecho internacional contemporáneo y también presenta una dimensión individual y otra colectiva. Desde su dimensión individual abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas individuales relativas al derecho a la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la garantía de no repetición. En su dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general como la

adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas (pág. 13).

En la sentencia C- 370 (2006), acudiendo a una Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 15 de junio de 2005 la CC se refirió al derecho a la reparación de las víctimas en los mecanismos de la justicia transnacional, señaló que esta obligación conllevaba:

(i) En primer lugar, si ello es posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), “la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación”¹³; (ii) de no ser posible lo anterior, pueden implicar otra serie de medidas que además de garantizar el respecto a los derechos conculcados, tomadas en conjunto reparen la consecuencias de la infracción; entre ellas cabe la indemnización compensatoria (pág. 268).

Un punto importante que trae consigo esta norma, es la inclusión de “los terceros llamados a responder”, lo que implica que, como lo expresa el art. 11 literal C y el art. 107 de la ley 906 podrán ser llamados a reparar (además del autor del delito), las personas que según la ley civil deban responder por el daño causado por la conducta del condenado. Esta norma agrega adicionalmente, que el tercero civilmente responsable podrá ser citado o acudir al incidente de reparación a solicitud de la víctima del condenado o su defensor. Además de los antes citados y el art. 108², el tercero civilmente responsable, tal y como lo resalta Vicente Gaviria (2008), no se menciona en ninguna otra norma. Siguiendo al mismo autor, esto podría representar un retroceso en materia de garantía de la reparación debida a la víctima, puesto que el código de procedimiento anterior lo incluía incluso como sujeto procesal, mientras que el nuevo estatuto, no estructura los términos en los que intervendrá en el proceso (Gaviria, 2008). Tampoco se menciona en el capítulo relacionado a las partes e intervinientes del proceso. A pesar de que el art. 11 literal D, es claro en manifestar que la víctima también tiene derecho a recibir la reparación del daño a cargo del tercero responsable, el art. 107 habla de “posibilidad” de llamar al incidente de reparación al tercero responsable, lo que en suma, no se constituye como una obligación o exigencia a seguirse en el proceso.

² Se faculta al tercero civilmente responsable para pedir la citación del asegurador de la responsabilidad civil amparada en virtud del contrato de seguro válidamente celebrado

- **Incidente de reparación integral**

El IRP es el instrumento más importante con que cuentan las víctimas para que culminado el proceso penal, puedan acceder a la reparación integral de los perjuicios causados por el delito. La redacción inicial del artículo 102 prescribía que emitido el sentido del fallo que declaraba la responsabilidad penal del acusado y previa solicitud de la víctima, fiscal o ministerio público, el juez abriría de inmediato el IRP y convocaría a audiencia dentro de los 8 días siguientes.

En el inciso 2 decía que cuando la pretensión sea exclusivamente económica, solo podrá ser formulada por la víctima directa, sus herederos, sucesores o causahabientes. En sentencia C-516 de 2007 la CC declaró la inexequibilidad de la palabra directa, en razón a que, en un entendimiento constitucional del concepto de víctima debe tener un espectro mayor en relación con el que restringidamente se desprende de esa expresión, puesto que cobija únicamente a la persona titular del bien jurídicamente tutelado o respecto de la que recayó la conducta.

Con la modificación del artículo 86 de la Ley 1395 de 2010, se exige que la sentencia condenatoria ya esté en firme y que previa solicitud de los intervinientes ya señalados en el artículo, el juez iniciará el IRP en audiencia pública convocada dentro de los ocho días siguientes.

Ahora, cabría plantearse el siguiente interrogante, ¿qué pasa si el condenado no dispone de los recursos para indemnizar a la(s) víctimas(s)? En el curso de los debates en la comisión redactora del código, se propuso la existencia de una responsabilidad subsidiaria del Estado, la cual operaría en los casos en los que no existiera actor conocido o cuando éste no contara con los recursos para resarcir a las víctimas (CEJ, 2015). Finalmente esta propuesta no se acogió. Sin dudas, una norma que recogiera esta propuesta, hubiera significado una garantía mayor para las víctimas, de que efectivamente el daño causado se le repararía, pero al no existir tal norma queda en un panorama de incertidumbre el resarcimiento de dichos

daños³.

d. Literal D: A ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas

El derecho a “ser oído” generalmente se predica de quien está en la posición de acusado o procesado, pero por las especialísimas características del sistema colombiano, ésta es también una garantía que expresamente se le concede a quienes detentan la calidad de víctimas.

El numeral 11 del art. 136 contempla el deber de la Fiscalía y la Policía Judicial de informar a la víctima acerca de “la posibilidad de dar aplicación al principio de oportunidad *y a ser escuchada*, tanto por la Fiscalía como por el juez de control de garantías, cuando haya lugar a ello” (negrillas fuera del texto).

Este derecho, también ha sido discutido y modulado por la Corte Constitucional, en especial en las sentencias C- 454 de 2006, C-209 y C-516 a las dos últimas de 2007. Está íntimamente ligado al derecho de aportar pruebas, puesto que es precisamente a través del ejercicio de sus facultades probatorias, que en efecto su posición e intereses son fundamentados y tenidos en cuenta en el curso del proceso.

Es importante recordar, que la persecución penal adquiere dimensiones especiales en el caso de las víctimas. Puesto que para ellas el proceso es una oportunidad no solamente para judicializar al infractor (principal objetivo del ente acusador) sino también un espacio para evocar el trastorno al curso normal de su vida que produjo el delito, al tiempo que es el contexto para pretender que se “resarza” el daño provocado.

i. Desarrollo jurisprudencial

1. C-454/2006

El art. 357 del código hace referencia a las solicitudes probatorias, y dispone que los facultados para presentarlas con la Fiscalía y la defensa siempre que se refieran a los hechos de la acusación que requieran pruebas. Excepcionalmente, faculta al Ministerio

³ *Quienes gozan de una mayor seguridad en ese sentido, son las víctimas de delitos cometidos en el contexto del conflicto armado, a quienes cobija la ley 1448 de 2011, la cual prevé un sistema de condenas subsidiarias contra el Estado en ciertos casos específicos (art. 10).*

Público, el cual si tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por las partes que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, puede solicitar su práctica.

El cargo dirigido contra el artículo 357, se reduce a una omisión legislativa específica, consistente en la exclusión de los representantes de las víctimas de la posibilidad de solicitar pruebas en la audiencia preparatoria. Esto genera un trato diferenciado, frente a la fiscalía, la defensa e incluso el ministerio público, de realizar solicitudes probatorias en el señalado acto procesal.

La corte asevera que los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas, se encuentran en una relación directa con el derecho a probar. El derecho a aportar y solicitar pruebas se constituye en un presupuesto inexcusable del derecho de las víctimas a acceder efectivamente a la justicia. Agrega además, que en vano se contempla la posibilidad, de que las víctimas tengan asistencia de sus representantes en la audiencia preparatoria (Art. 355 CPP), y en contraste a ello, se le excluya la posibilidad de realizar solicitudes probatorias.

Por otro lado, esta corporación aclara que,

La naturaleza bilateral del derecho a la tutela judicial efectiva, impone que se reconozcan a la víctima garantías de acceso a la justicia similares a las que se reconocen al imputado o acusado. No pretende desconocer la Corte las especificidades del nuevo sistema en el que se asignan a la Fiscalía unas competencias que propugnan por el restablecimiento del derecho y la reparación integral de la víctima (Art. 250.6 CP), sin embargo ellas no tienen la virtualidad de desplazar a la víctima, cuando en un ejercicio soberano de su derecho de acceso a la justicia, opta por agenciar por su cuenta (a través de su representante) sus intereses dentro del proceso penal (C-454, 2006).

En este orden de ideas, esta omisión era injustificada y ponía a las víctimas en situación de desventaja. Por estas consideraciones la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 357, en el entendido que los representantes de las víctimas, pueden hacer solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía.

2. C-209/2007

En esta oportunidad, el demandante señalaba que el inciso 2 del artículo 284⁴, las expresiones “la fiscalía” y “la defensa”, empleadas en el inciso segundo del artículo 344⁵, las expresiones “la fiscalía” y “la defensa y “las partes” previstas en el artículo 356⁶, la expresión “a solicitud de las partes” usada en el artículo 358⁷, la expresión “las partes y el Ministerio público” contenida en el inciso primero del artículo 359⁸, la expresión “las partes” empleada en el artículo 378⁹, el artículo 391¹⁰, y la expresión “la parte que no está

⁴ ARTÍCULO 284. PRUEBA ANTICIPADA. Durante la investigación y hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral se podrá practicar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente, con el cumplimiento de los siguientes requisitos:

(...)

2. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> Que sea solicitada por el Fiscal General o el fiscal delegado, por la defensa o por el Ministerio Público en los casos previstos en el artículo 112.

⁵ ARTÍCULO 344. INICIO DEL DESCUBRIMIENTO. (...) La Fiscalía, a su vez, podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio. Así mismo cuando la defensa piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes entregará a la Fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado.

⁶ DESARROLLO DE LA AUDIENCIA PREPARATORIA. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> En desarrollo de la audiencia el juez dispondrá:

1. Que las partes manifiesten sus observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios, en especial, si el efectuado fuera de la sede de la audiencia de formulación de acusación ha quedado completo. Si no lo estuviere, el juez lo rechazará.

2. Que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física.

3. Que la Fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público.

4. Que las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias. En este caso decretará un receso por el término de una (1) hora, al cabo de la cual se reanudará la audiencia para que la Fiscalía y la defensa se manifiesten al respecto.

⁷ ARTÍCULO 358. EXHIBICIÓN DE LOS ELEMENTOS MATERIALES DE PRUEBA. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> A solicitud de las partes, los elementos materiales probatorios y evidencia física podrán ser exhibidos durante la audiencia con el único fin de ser conocidos y estudiados.

⁸ ARTÍCULO 359. EXCLUSIÓN, RECHAZO E INADMISIBILIDAD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba.

interrogando o el Ministerio Público” utilizada en el artículo 395¹¹ de la Ley 906 de 2004, al omitir la referencia expresa a las víctimas, les impiden a éstas solicitar y controvertir pruebas, con lo cual se restringe inconstitucionalmente su derecho a la verdad. El cargo aquí propuesto es también por omisión legislativa en todos los apartes citados a razón de la exclusión de las víctimas.

Con relación al numeral 2 del artículo 284 expresó que

No se observa una razón objetiva que justifique la exclusión de la víctima de esta facultad, como quiera que su participación en esta etapa previa al juicio no conlleva una modificación de los rasgos estructurales del sistema penal introducido por el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, no altera la igualdad de armas, ni modifica la calidad de la víctima como interviniente especialmente protegido (C- 209, 2007, pág. 90).

En cuanto a las expresiones “la Fiscalía” y la “defensa” empleadas en el inciso segundo del artículo 344, extiende el juicio sobre todo el artículo y concluye entre otras cosas que:

⁹ ARTÍCULO 378. CONTRADICCIÓN. Las partes tienen la facultad de controvertir, tanto los medios de prueba como los elementos materiales probatorios y evidencia física presentados en el juicio, o aquellos que se practiquen por fuera de la audiencia pública.

¹⁰ ARTÍCULO 391. INTERROGATORIO CRUZADO DEL TESTIGO. Todo declarante, luego de las formalidades indicadas en el artículo anterior, en primer término será interrogado por la parte que hubiere ofrecido su testimonio como prueba. Este interrogatorio, denominado directo, se limitará a los aspectos principales de la controversia, se referirá a los hechos objeto del juicio o relativos a la credibilidad de otro declarante. No se podrán formular preguntas sugestivas ni se insinuará el sentido de las respuestas.

En segundo lugar, si lo desea, la parte distinta a quien solicitó el testimonio, podrá formular preguntas al declarante en forma de conainterrogatorio que se limitará a los temas abordados en el interrogatorio directo.

Quien hubiere intervenido en el interrogatorio directo podrá agotar un turno de preguntas dirigidas a la aclaración de los puntos debatidos en el conainterrogatorio, el cual se denomina redirecto. En estos eventos deberán seguirse las mismas reglas del directo.

Finalmente, el declarante podrá ser nuevamente preguntado por la otra parte, si considera necesario hacer claridad sobre las respuestas dadas en el redirecto y sujeto a las pautas del conainterrogatorio.

¹¹ARTÍCULO 395. OPOSICIONES DURANTE EL INTERROGATORIO. La parte que no está interrogando o el Ministerio Público, podrán oponerse a la pregunta del interrogador cuando viole alguna de las reglas anteriores o incurra en alguna de las prohibiciones. El juez decidirá inmediatamente si la oposición es fundada o infundada

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 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 (C- 209, 2007, pág. 90).

En relación con las expresiones “la fiscalía” y “la defensa y “las partes” contenidas en el artículo 356 también se extiende el juicio sobre todo el artículo 356 y se concluye:

No se observa una razón objetiva que justifique la exclusión de la víctima de esta facultad, como quiera que su participación en esta etapa previa al juicio oral, sólo tiene como finalidad el descubrimiento de elementos probatorios, pero no su contradicción o su práctica, por lo cual no conlleva una modificación de los rasgos estructurales del sistema penal, no altera la igualdad de armas, ni modifica la calidad de la víctima como interviniente especialmente protegido (C- 209, 2007, pág. 91).

En relación con la expresión “*a solicitud de las partes*” usada en el artículo 358 igualmente extiende el juicio a todo el artículo y afirma que

No se observa una razón objetiva que justifique la exclusión de la víctima de esta facultad, como quiera que su participación en esta etapa tiene como finalidad conocer y estudiar los distintos elementos materiales probatorios y la evidencia física que se hará valer en la etapa del juicio oral, por lo cual no conlleva una modificación de los rasgos estructurales del sistema penal acusatorio desarrollado por la Ley 906 de 2004, y por el contrario busca garantizar la igualdad de armas (C- 209, 2007, pág. 91).

Frente a la expresión “*las partes y el Ministerio público*” contenida en el inciso primero del artículo 359, juicio que también recae sobre todo el inciso, la corte sostiene que

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 (C- 209, 2007, pág. 92).

En relación con la expresión “las partes”, empleada en el artículo 378, el artículo 391 y la expresión “la parte que no está interrogando o el Ministerio Público”, utilizada en el artículo 395, la Corte observa que:

(...)

Dado que la posibilidad de ejercer estas facultades ocurre en la etapa del juicio oral, sí existe una razón objetiva que justifica la limitación de los derechos de la víctima, como quiera que su participación directa en el juicio oral implica una modificación de los rasgos estructurales del sistema penal acusatorio que comporta una alteración sustancial de la igualdad de armas y convierte a la víctima en un segundo acusador o contradictor en desmedro de la dimensión adversarial de dicho proceso;

(...)

Tampoco supone un incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal, como quiera que la posibilidad de que la víctima (o su apoderado) intervenga para controvertir los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física presentados en la etapa del juicio oral, así como interrogar al testigo y oponerse a las preguntas que se planteen en el juicio oral, se ejercerá a través del fiscal con base en la actividad propia y en la de las víctimas en las etapas previas del proceso, según los derechos que le han sido reconocidos en esta sentencia y en la ley. En efecto, a lo largo del proceso penal, en las etapas previas, la víctima ha podido participar como interviniente especial en la construcción del caso para defender sus derechos, de tal forma que en el juicio mismo éstos se proyectarán mediante la actividad fiscal.

No obstante, la víctima, a través de su abogado, podrá ejercer sus derechos en la etapa del juicio sin convertirse en una parte que pueda presentar y defender su propio caso al margen del Fiscal. El conducto para culminar en esta etapa final del proceso el ejercicio de sus derechos es el fiscal, quien debe oír al abogado de la víctima. Así, por ejemplo, éste podrá aportar a la Fiscalía observaciones para facilitar la contradicción de los elementos probatorios, antes y durante el juicio oral, pero solo el fiscal tendrá voz en la audiencia en

aquellos aspectos regulados por las normas acusadas. En el evento de que la víctima y su abogado estén en desacuerdo con la sentencia podrán ejercer el derecho de impugnarla, de conformidad con el artículo 177.

Cabe agregar que en el sistema colombiano el Ministerio Público es un interviniente sui generis que también puede abogar por los derechos de todos, incluidas las víctimas en dicha etapa, sin sustituir ni al Fiscal ni a la defensa (C- 209, 2007, págs. 94-95).

Lo anterior se resume en que las víctimas, en virtud de las consideraciones expresadas por la Corte, tienen una serie de facultades probatorias que hallan su limitante en la etapa del juicio oral, puesto que ese momento procesal es donde se manifiesta con mayor plenitud, la tendencia acusatoria de nuestro sistema y facultarla para participar activamente en esta fase, implica una modificación de los rasgos estructurales del sistema penal acusatorio puesto que comporta una alteración sustancial de la igualdad de armas y convierte a la víctima en un segundo acusador o contradictor en desmedro de la dimensión adversarial de dicho proceso.

3. C- 516/2007

En esta oportunidad la Corte analizó la constitucionalidad del literal D del artículo 1112 y el artículo 136 numeral 11¹³, que a la vista de los demandantes son inconstitucionales en cuanto configuran formas incompletas del derecho de acceso pleno a un mecanismo judicial efectivo, al no contemplar la posibilidad de controvertir la prueba, de determinar libremente los testimonios que quieren llevar al proceso, y de acceder al expediente.

La Corte aclara que la censura hecha por los actores deriva de una visión insular de los preceptos impugnados, a los que se les atribuye sin razón alguna, la misión de regular aspectos esenciales del proceso como las facultades de intervención de las víctimas en materia probatoria y las posibilidades de acceso a la actuación (C-516, 2007). Agrega que,

¹² *El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código. En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:*

(...)

d) A ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas;

¹³ *La posibilidad de dar aplicación al principio de oportunidad y a ser escuchada tanto por la Fiscalía como por el juez de control de garantías, cuando haya lugar a ello.*

el ordinal “d” del artículo 11, se trata de una norma con poder de irradiación sobre la regulación de las facultades de acceso efectivo de las víctimas al proceso, y que ni de esta norma ni de la contenida en el numeral 11 del art. 136 se puede deducir el modelo de intervención probatoria de las víctimas.

En este punto y de acuerdo a lo anterior, la Corte realiza un recuento de las consideraciones hechas en sentencias anteriores a razón de construir el esquema de intervención de las víctimas en materia probatoria basado en la ley 906:

- (i) Sentencia C- 454 de 2006: Los representantes de las víctimas en el proceso penal, pueden realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía.
- (ii) Sentencia C- 209 de 2007: La víctima también puede solicitar la práctica de pruebas anticipadas ante el juez de control de garantías.
- (iii) Sentencia C- 209 de 2007: La víctima también puede solicitar el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica
- (iv) Sentencia C- 209 de 2007: La víctima también puede hacer observaciones sobre el descubrimiento de elementos probatorios y de la totalidad de las pruebas que se harán valer en la audiencia del juicio oral.
- (v) Sentencia C- 209 de 2007: La víctima también puede solicitar la exhibición de los elementos materiales probatorios y evidencia física, con el fin de conocerlos y estudiarlos.
- (vi) Sentencia C- 209 de 2007: La víctima también puede solicitar la exclusión, el rechazo, o la inadmisibilidad de los medios de prueba.
- (vii) Sentencia C- 209 de 2007: Consideró la Corte que existe una razón objetiva que justifica la limitación de los derechos probatorios de la víctima en el juicio oral, como quiera que su participación directa implicaría una modificación de los rasgos estructurales del sistema acusatorio, convirtiendo a la víctima en un segundo acusador en desmedro de la dimensión adversarial del proceso. El conducto para

culminar en esta etapa final del proceso el ejercicio de los derechos de la víctima es el fiscal, quien debe oír al abogado de ésta.

- e. Literal E: A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este código, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas:**

Dentro del género del derecho a la información, existen unos subgéneros tales como el derecho a que se le informe la forma y términos en que puede proteger sus intereses, a que se le permita conocer la verdad en relación con los hechos que conforman las circunstancias del injusto y el derecho a que se le informe sobre la decisión definitiva dentro del proceso penal. El art. 135 por su parte parecería limitar la información a dos aspectos: (I) comunicación de los derechos de la víctima por parte del fiscal (II) información sobre derechos que puede ejercer por los perjuicios causados; es por vía jurisprudencial, que se ha ampliado el margen de este derecho, como ha sucedido con otros.

Respecto al momento en el que se considera debe activarse ese derecho de información a la víctima, la doctrina ha considerado que no se puede limitar al momento en que ésta “intervenga” en la actuación penal (Márquez, 2010), que se infiere que será oficialmente desde la audiencia de formulación de la acusación. De manera que en honor a la protección del trípole de derechos esenciales de las víctimas, (derechos a la verdad, a la justicia, y a la reparación) es necesario que “la garantía de comunicación se satisfaga desde el primer momento en que las víctimas entran en contacto con los órganos de investigación” (Márquez, 2010, pág. 18).

1.Desarrollo jurisprudencial

En la sentencia C-1154 de 2005, la Corte manifestó que es obligatoria la comunicación de decisiones de archivo de las diligencias que puedan tener incidencia sobre los derechos de las víctimas y que esto responde a la garantía de los derechos de justicia y verdad de las víctimas.

La Corte agregó que

Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Comisión de Derechos Humanos se han pronunciado en varias ocasiones sobre los derechos de las víctimas. En sus pronunciamientos se han consolidado las formas de reparación de las víctimas que constituyen la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición que incluyen entre otras la garantía de la verificación de los hechos y la revelación completa y pública de la verdad (C-1154, 2005, págs. 101-102).

Igualmente, la decisión de archivo de una diligencia debe ser motivada para que las víctimas puedan expresar su inconformidad a partir de fundamentos objetivos.

Por otro lado, esta corporación agrega que las víctimas tienen la facultad de solicitar la reanudación de la investigación y de aportar nuevos elementos probatorios para reabrir la investigación. En aquellas ocasiones en las que la posición de la Fiscalía y la de la víctima difieran y la solicitud de reapertura de la investigación por parte de esta última sea denegada, el juez de control de garantías necesariamente ha de intervenir (C-1154, 2005).

f. Literal F: A que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto:

El principio de oportunidad es la suspensión, interrupción o renuncia al ejercicio de la acción penal. Sobre la injerencia de este instrumento en los derechos de las víctimas, como forma de abandonar la persecución penal, se ha pronunciado la Corte en el siguiente sentido; determinó pues, que el principio de oportunidad no puede entenderse como un detrimento a los intereses de las víctimas. Consideró entre otras cosas que, el hecho de que la aplicación del principio de oportunidad se resuelve “de plano” no significa que no exista debate probatorio, en el cual podrá participar la víctima contravirtiendo las pruebas aducidas. Frente a la imposibilidad de impugnar la decisión de aplicar el principio de oportunidad sostuvo que:

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 (C- 209,

2007, pág. 105).

De manera que las víctimas sí podrán pronunciarse respecto a la decisión sobre la aplicación del principio de oportunidad, aun cuando lo cierto es que no se establezca expresamente algún recurso para tal efecto.

Frente a la preclusión, cuando esta decisión se decreta, tiene como efecto cesar la persecución penal contra el imputado respecto de los hechos objeto de investigación, y tiene efectos de cosa juzgada, por lo que

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 sus decisiones. Por ello, el trámite de la solicitud de preclusión debe estar rodeado de las mayores garantías (C- 209, 2007, pág. 109).

Sin embargo, esa controversia, resultaba inocua pues no se permitía la práctica de pruebas que mostraran que sí existía mérito para acusar, o que no se presentaban las circunstancias alegadas por el fiscal para su petición de preclusión. Por lo que la Corte declara exequible el artículo 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.

g. Literal G: A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar

En sentencia C- 209 de 2007 la Corte precisó entre otras cosas, que las víctimas tienen derecho a la segunda instancia y demás mecanismos que permitan impugnar las decisiones que afecten sus intereses, como también tienen la facultad de presentar pruebas para oponerse a la decisión de preclusión.

Esta garantía jurídica (doble instancia) con que cuentan las víctimas para controvertir decisiones que sean adversas a sus derechos, se discutió en la sentencia C-004 de 2003 –en análisis del art. 220 numeral 3 de la ley 600 de 2000- la Corte allí reconoció su derecho a impugnar decisiones tales como las de preclusión de la investigación, de cesación de procedimiento y la sentencia absolutoria, argumentando que

La restricción impuesta por las expresiones acusadas es desproporcionada frente a los derechos de las víctimas, cuando se trata de la impunidad de violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario. En esos eventos, los derechos de las víctimas no sólo autorizan sino que exigen una limitación al non bis in ídem, a fin de permitir la reapertura de esas investigaciones, si surge un hecho o prueba nueva no conocida al tiempo de los debates procesales. Era entonces necesario que la ley previera esa hipótesis al regular las causales de revisión, por lo que la Corte deberá condicionar el alcance de las expresiones acusadas en ese aspecto (C- 004, 2003, pág. 33).

Siguiendo esta determinación, la Corte en esta sentencia (C-209) declara 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.

h. Literal H: A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, si el interés de la justicia lo exigiere, por un abogado que podrá ser designado de oficio:

En la sentencia C-516 (2007) Se analizó la constitucionalidad de los artículos 11 ordinal h (parcial), 137 numeral 4^o¹⁴ y 340¹⁵, que a la vista de los demandantes, restringen de manera inconstitucional el derecho de intervención de las víctimas en el proceso penal, al condicionar su representación en determinadas etapas (juicio e incidente de reparación) a que así *lo exigiere el interés de la justicia*, lo que significa que su derecho de postulación queda plenamente librado al arbitrio del fiscal o del juez en esas etapas, y de otra parte le confieren al fiscal y al juez la facultad de limitar el número de representantes de las víctimas.

¹⁴ *En caso de existir pluralidad de víctimas, el fiscal, durante la investigación, solicitará que estas designen hasta dos abogados que las represente. De no llegarse a un acuerdo, el fiscal determinará lo más conveniente y efectivo.*

¹⁵ *ARTÍCULO 340. LA VÍCTIMA. (...) De existir un número plural de víctimas, el juez podrá determinar igual número de representantes al de defensores para que intervengan en el transcurso del juicio oral.*

Con relación al derecho de postulación, la Corte recordó, a partir del recorrido jurisprudencial que hace, que “la asistencia letrada o técnica constituye – tanto en el caso del acusado como de la víctima - una garantía del derecho de acceso a la administración de justicia” (pág. 48).

Frente al aparte demandado “si el interés de la justicia lo exigiere” manifiesta que es inconstitucional entre otras razones porque, la Constitución (art. 229) defirió al legislador la facultad de regular los casos en que, de manera excepcional, el derecho de acceso a la justicia podría ejercerse sin representación de abogado, al trasladar a la discrecionalidad del juez un asunto que debió regular mediante criterios claros, ciertos y objetivos, se sustrajo al referido mandato constitucional; por otro lado dicho condicionamiento es de tal ambigüedad que ni siquiera permite identificar si existe una finalidad legítima en la restricción, y cuáles serían los intereses que se encontrarían en pugna para efectuar una labor de ponderación; además, en el art. 137 de la ley 906 se prevé que a partir de la audiencia preparatoria las víctimas tendrán que contar con asistencia técnica. De manera que si el juez, decide que no es necesario que las víctimas tengan asistencia jurídica, en realidad se les estaría obstruyendo el acceso a la justicia, y su derecho a un recurso judicial efectivo, por cuanto en esta fase tampoco podrían hacerlo directamente.

Frente al numeral 4 del art. 137 y art. 340 de la ley en mención, donde se regula la fórmula para atender la pluralidad de víctimas respecto a su representación judicial y la expresión “*determinará lo más conveniente y efectivo*” (refiriéndose al fiscal) dice la Corte, constituye una clara renuncia del legislador a su deber de regulación de una materia de su competencia, dice que si bien es cierto que esta norma puede cumplir finalidades legítimas¹⁶, éstas pueden entrar en tensión con otros intereses también protegidos jurídicamente como es el derecho de la víctima a la verdad, a la justicia, a la reparación, y a un recurso judicial efectivo. Agrega que la pluralidad de representantes durante la investigación no desequilibra el modelo de la Ley 906, por cuanto el componente adversarial del sistema se presenta de manera clara en la fase del juicio oral. Por todo lo anterior, se declaró inexecutable esa expresión.

¹⁶ *tales como racionalizar los canales de acceso a la justicia; propugnar por una mayor eficacia de la administración de justicia; evitar la dilación injustificada de los procedimientos; o impedir la reacción desproporcionada contra el imputado*

- i. Literal I: A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley.**
- j. Literal J: A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos.**
- k. Otros derechos reconocidos por la jurisprudencia Constitucional**

Sentencia C-516 de 2007: La víctima también podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado.

Sentencia 209 de 2007: Las víctimas también podrán pedir medidas de aseguramiento (art. 306), orden de recluir al acusado que incumpliere las obligaciones impuestas al concederle detención domiciliaria (art. 316) y medidas de protección (art. 342) ante el juez componente. Frente al artículo 306, cabe decir que fue modificado por la ley 1453 de 2011, para efectos de incluir a las “víctimas” como lo manifestó antes la Corte.

La víctima también puede intervenir en la audiencia de formulación de acusación para efectuar observaciones al escrito de acusación o manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades.

Las víctimas pueden allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal (art. 333).

3. De las funciones de la Fiscalía en el marco del Proceso Penal Acusatorio Colombiano

De las funciones de la Fiscalía en el marco del Proceso Penal Acusatorio Colombiano

Sea lo primero decir, tal como se ha decantado en amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional, que la base del sistema acusatorio colombiano se encuentra en los principios y normas rectoras que integran su estructura, adquiriendo estos un contenido prevalente, tanto así que en ellas se pueden ver y precaver las pretensiones democráticas del Estado Social y de Derecho, especialmente las garantías de dignidad humana, libertad e igualdad, con lo que se impone una interpretación constitucional de las instituciones de orden procesal.

Acto seguido, se procederá a abordar de manera concreta las funciones de la Fiscalía General de la Nación en la Constitución Política en virtud de los actos legislativos 03 de 2002 y 06 de 2011.

Las variaciones que los mencionados Actos Legislativos introdujeron al artículo 250 Constitucional se concretan en lo siguiente:

- En un principio el acto legislativo 03 de 2002 había mantenido en la Fiscalía General de la Nación la función de adelantar el ejercicio de la acción penal y en consecuencia le corresponde investigar los hechos que tienen características de un delito, identificar sus autores y partícipes, y promover la acusación ante los jueces competentes. No obstante, el acto legislativo 06 de 2011, abrió la posibilidad de que, atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador pudiese asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación, lo cual se materializó en el año 2017, mediante la Ley 1826, por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado; manifestando que este último es aquella persona que al ser víctima de la conducta punible está facultada legalmente para ejercer la acción penal representada por su abogado.

- Tal como señala Avella, la persecución penal sigue siendo una obligación constitucional para la Fiscalía General de la Nación, no obstante se introduce la posibilidad de suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal en aplicación del principio oportunidad, cuando así lo permitan circunstancias de política criminal, de conformidad con las causales previstas en el artículo 324 del Código de procedimiento Penal, atendiendo las directrices impartidas por el Fiscal General de la Nación (art. 330 Ley 906 de 2004), previo control formal y material por parte del juez de garantías (Avella, Estructura del Proceso penal acusatorio , 2007)

- El ente acusador está facultado para ordenar, en el curso de las investigaciones, registros, allanamientos, incautación de bienes e interceptación de comunicaciones, sometiendo a control judicial posterior los motivos fundados que sirvieron de base para decretarlas, junto con la orden y los resultados, dentro de las treinta y seis horas siguientes.

- La Fiscalía General de la Nación debe asegurar los elementos materiales probatorios y evidencia física, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. De ser necesaria la imposición de medidas adicionales que afecten los derechos fundamentales, se debe obtener la autorización del juez de control de garantías.

- A solicitud de la Fiscalía General de la Nación, presentada en cualquier momento, le corresponde al juez de conocimiento precluir las investigaciones cuando no exista mérito para acusar. Durante la etapa de juzgamiento y solo por imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal o por inexistencia del hecho investigado, la defensa y ministerio público podrán hacer la misma solicitud.

- Le corresponde al juez de conocimiento ordenar, a solicitud de la Fiscalía, las medidas judiciales para asistir a las víctimas, disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con la conducta punible.

- El numeral 7° del artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, asignó a la Fiscalía General de la Nación la facultad de velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal.

Ahora bien, el numeral 6° del artículo 114 de la Ley 906 de 2004, asigna de manera concreta a la Fiscalía la atribución de velar por la protección de las víctimas, testigos y peritos que pretenda presentar.

Entre tanto la protección de los testigos y peritos de la defensa está cargo de la Defensoría del Pueblo, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la providencia C-592 de 2005.

Conforme lo señala la sentencia C-1154 de 2005, de la H. Corte Constitucional, a diferencia de lo establecido antes de la modificación, no está obligada la Fiscalía General de la Nación a investigar lo favorable al procesado. Con todo, si en el curso de la gestión investigativa encontrare elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida favorable al acusado, es deber del fiscal del caso mencionarlos en el documento anexo al escrito de acusación, tal como lo establece el artículo 337 ley 906 de

2004.

Con toda la información antes esbozada, se procede a intentar aproximarse a una respuesta al problema jurídico planteado.

Si bien es cierto, como se lee a lo largo de todo el documento, la víctima cuenta con una serie de derechos tanto de rango constitucional como legal, que suponen un imperativo respeto por los mismos. La discusión no es en torno a si existen esos derechos o no, porque como ya se ha evidenciado, los vacíos encontrados en la redacción de la ley 906 de 2004 se han ido subsanando por la jurisprudencia de la Corte, que a su vez ha ampliado el alcance de estos. Por otro lado, en virtud de esa gama de derechos, ya se ha esbozado con suficiente amplitud, la forma en la que las víctimas intervienen. El punto en discusión, es en esencia si la labor de la FGN -aun cuando constitucionalmente tienen el deber de proteger a las víctimas- de alguna manera socaba los derechos de las víctimas. En principio se tendría que decir que dado los deberes que le son asignados en procura de salvaguardar los derechos de las víctimas, no todos esos derechos se ven en riesgo. En efecto, derechos como al trato digno, o la comunicación no tendría por qué verse menoscabados, por el contrario, es responsabilidad directa de la fiscalía garantizarlos. Pero los derechos de naturaleza eminentemente probatoria, sí encuentra complicaciones prácticas. No se trata pues, de que las funciones de la fiscalía sean contrarias a los intereses de las víctimas; sucede que en virtud de esas funciones, el protagonismo que asume a lo largo del proceso el ente acusador, se incrementa en la fase del juicio oral, y se desdibuja casi por completo el papel de la víctima. De manera que el largo trayecto que en materia probatoria trasegó la víctima hasta antes del juicio oral, culmina de manera inconclusa, puesto que finalmente la construcción como tal de la prueba se da justamente en esta última etapa. En otras palabras, sí existe una incidencia de la fiscalía en el papel de la víctima en el curso del proceso penal, tanto para bien, en aras de la protección de sus derechos en las etapas previas al juicio (como ya se ha referido), y de cierta manera “para mal”, en la etapa del juicio oral, en el entendido de que la esencia de la labor del fiscal absorbe los intereses de la víctimas, asumiendo todas las consecuencias que ello podría tener, en caso de discrepancias con estas.

Ahora bien, cabría formularse los siguientes interrogantes ¿es justificado el hecho de que

los interés de la víctima sean subsumidos por la labor acusadora de la fiscalía en la etapa del juicio oral? ¿Cómo se evidencia lo perjudicial que puede ser eso para los derechos de las víctimas? ¿Existe alguna manera de que los derechos de las víctimas sean reforzados sin desnaturalizar la esencia del sistema acusatorio colombiano? Sin pretender dar una respuesta definitiva a estos y otros interrogantes, el siguiente aparte se dedicará a la revisión de una serie de reflexiones en torno a considerar que la limitación existente a la efectividad de los derechos de las víctimas, dada por la preponderante labor del ente acusador, podría contrariar los fundamentos constitucionales de protección estos sujetos y que las bases para propiciar un cambio legislativo que le permita a las víctimas tener una mayor participación, existen.

VII. REFLEXIONES SOBRE LA ACTUAL PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA ETAPA DEL JUICIO ORAL.

1. A.L. 03 de 2002: modificó la parte orgánica y no la parte dogmática de la constitución.

En Sentencia C- 591 de 2005, la CC precisó de manera clara que el Acto Legislativo 03 de 2002 en virtud del cual se introduce en el ordenamiento jurídico colombiano un sistema penal procesal de tendencia acusatoria, realizó cambios en ciertos artículos de la parte orgánica de la Constitución, mas no en la parte dogmática. Por lo que será necesario interpretar tales modificaciones a la luz de determinadas disposiciones constitucionales, en especial, los artículos 6, 15, 28, 29, 30, 31 y 32, y el art. 93 referente a tratados internacionales sobre derechos humanos que prohíben su limitación en estados de excepción (C-591, 2005).

2. Artículo 11- derechos de las víctimas como principio rector

En primer lugar, es importante recordar que los derechos de las víctimas se encuentran consagrados en el artículo 11 de la ley 906 de 2004, bajo el título preliminar. El título preliminar de un cuerpo normativo constituye el conjunto de principios orientadores que coordinan y sirven de base para la interpretación de todo el resto normas de contenidas en este. En este orden ideas, es dable inferir que los derechos de las víctimas son principios

rectores de interpretación del resto normas de la ley 906, lo que significa que además de obligatorios, en caso de que exista una norma que los contradiga, estos prevalecerán. Del tenor de la ley 906, previo a los múltiples pronunciamientos de la CC, bien podría decirse que el legislador pasó por alto este postulado básico del Derecho, puesto que las normas subsiguientes sobre varias etapas del proceso se encargaron de omitir a la víctima en su redacción. Sin embargo, a pesar de esta condición, que podría ser producto de simplemente un error técnico, los operadores judiciales, que entiende la relevancia y función de los principios contenidos en el título preliminar, deberían aplicar las normas de acuerdo a la interpretación que se extrae del catálogo de derechos de las víctimas. En ese sentido, si existen normas, como las que se refieren a la etapa del juicio oral que excluyen a la víctima de tener una participación concreta en desmedro de sus derechos, la interpretación acorde con los principios rectores del título preliminar del código de procedimiento penal, sería la que más favorezca la protección de los derechos contenidos en el art. 11.

3. El interés de la víctima la puede hacer parte en el proceso

Un primer estudio o análisis de la participación y del carácter que debería tener la víctima al interior del proceso penal, independientemente de si este tiene características de acusatorio, mixto o inquisitorio, se puede hacer con base en lo referente al interés de la víctima en la resolución del respectivo caso de marras. Ello si se tiene en cuenta que los sujetos procesales de un proceso penal, como relación jurídico formal que es, son aquellos entre quienes se desenvuelve y existe esa relación jurídica, como se precisó en la parte inicial de este texto.

Señalan Romero y Avellaneda (2012), que dentro de la categoría “sujetos procesales”, están igualmente las partes, pero esa es una institución que la doctrina penal ha dimensionado y concebido de una manera distinta a la civil, ya que para la rama civil son partes “aquel o aquellos sujetos que pretenden una tutela jurisdiccional y aquel o aquellos sujetos frente a los cuales se solicita dicha tutela” (Armento, 2007), concepción que dejaría por fuera a la Fiscalía; en virtud de ello, lo que proponen las citadas autoras, basadas en los estudios del maestro Eugenio Florián (2001), es crear, para el ámbito penal, una categoría de “parte”, a partir de 2 elementos:

- 1) La calidad de una de las relaciones jurídicas de derecho sustantivo, deducidas en el proceso; según ello sería parte aquel que inicia o contra el que se inicia en el proceso una relación de derecho sustantivo, y

- 2) La atribución al sujeto de que se trata, de las facultades procesales necesarias para hacer valer la relación sustancial, siendo este un elemento formal (págs. 24-25).

Bajo esa línea argumentativa, las autoras manifiestan que la víctima de una conducta punible, ostenta la titularidad de una relación jurídica: el resarcimiento de su daño, así como los derechos a la justicia y a la verdad; adicionalmente, cuenta dentro del procedimiento penal acusatorio con mecanismos para hacer valer sus derechos directamente (elemento formal), lo que puede llevar a una primera conclusión, que la víctima ostenta la calidad de parte.

4. Participación de las víctimas en otros esquemas procesales de tendencia acusatoria

Como primer punto, y siendo uno de los principales referentes en cuanto a esquema procesal acusatorio se trata, hay que mencionar el papel de las víctimas en el proceso estadounidense; de este se dice que ha tenido distintos cambios, que en un primer estadio aquellas fueron totalmente excluidas del proceso, pero que con el creciente movimiento de la Victimología, se abrió el debate sobre los derechos que estas tienen en el proceso penal y es así como a lo largo de la década de los 70, el movimiento popular se ve materializado en la legislación tanto federal como estatal cuyo epicentro son las víctimas de los delitos y sus necesidades. Así gran parte de la legislación inicial intentó restablecer el derecho y el acceso de las víctimas a la indemnización o restitución por las pérdidas sufridas producto del delito. Sin embargo, fueron identificados también otros medios de participación de las víctimas en el proceso penal (Sampedro, 2013).

Así en el año de 2004, se promulgó la “Crime Victims’ Rights Act” (CVRA) la cual consagra una serie de derechos de las víctimas en el proceso penal, como por ejemplo ser notificadas y tomadas en cuenta en las decisiones de libertad bajo fianza (regla 46), a elegir a un abogado de su confianza y a que aquel pueda participar en el juicio (artículo 44.1 y artículo 1), entre otros. Lo anterior permite concluir que incluso en el sistema penal acusatorio “puro” las víctimas han venido conquistando espacios en la intervención de los procesos de enjuiciamiento criminal, toda vez que han ganado su reconocimiento como protagonistas de la acción penal (Cassell, 2008).

Sobre otras legislaciones, es rescatable, tal como lo mencionan Romero y Avellaneda (2012), que la figura del Fiscal acusador ha sido superada, dado que en principio fue implementada por los Tribunales Especiales para Rwanda y la antigua Yugoslavia, pero posteriormente, con la creación de la Corte Penal Internacional esa figura fue dejada atrás, y se permitió la participación directa e independiente del acusador a las víctimas, así por ejemplo, pueden elegir a su apoderado, tiene el derecho a presentar pruebas, así como el derecho a presentar (de acuerdo a lo previsto en la Norma 24 del Reglamento de la Corte) solicitudes, respuestas y réplicas por escrito sobre todas aquellas cuestiones en las que su intervención no haya sido expresamente excluida por el Estatuto de Roma y las Reglas de Procedimiento y Prueba.

5. El interés de la FGN es diferente al de la víctima

Como lo sostiene Sampedro (2013) se podría decir que el proceso penal de la víctima es diferente del proceso penal de la Fiscalía General de la Nación. Para FGN, el delito es un comportamiento que, por reunir las exigencias contenidas en el artículo 9° del Código Penal, debe ser sancionado.

Lo que significa que para ella el proceso penal constituye el medio para acreditar que una conducta es un delito y, si es así, intentar conseguir la imposición de la pena. Por otro lado para la víctima, el delito constituye una alteración de su proyecto vital, sin importar si jurídicamente se presenta como delito. Las víctimas asumen el proceso penal como un escenario para evocar el sufrimiento acaecido en razón de la conducta, conseguir que los autores sean sancionados y lograr el resarcimiento.

En efecto, como recuerda el citado autor, el inciso 2° del artículo 132 de la ley 906 de 2004 consagra que “la condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto...”; de manera que el interés de la FGN y el de las víctimas parecen ir en caminos paralelos aunque puedan coincidir en algunos puntos; a pesar de que el numeral 7° del artículo 250 de la Constitución le asigna a la FGN el deber de “Velar por la protección de las víctimas”. Así pues, mal se haría en razonar que la víctima puede ejercer sus facultades probatorias a través de la Fiscalía General de la Nación.

Esto también se explica en lo que en un contexto práctico podría suceder, y que jurídicamente se ha analizado. La Corte Suprema de Justicia, sala penal en auto de diciembre de 2011 señaló que

Piénsese, de modo simplemente ejemplificativo, en la eventualidad de que se habilite la posibilidad de que la víctima, con independencia de la Fiscalía, postulase y lograra el decreto de pruebas que, en sentir del ente acusador, niegan su teoría del caso. En este supuesto de **probable ocurrencia**, dado que la víctima no puede intervenir en la formación de la prueba se llegaría al absurdo de imponer a la Fiscalía, quien tiene la carga de demostrar su acusación, **la obligación de practicar una prueba que iría en contra de sus pretensiones**” (negritas fuera de texto) (2011).

De esta manera, aunque la tesis defendida en esta sentencia es de la tendencia a rechazar la posibilidad de que las víctimas intervengan en la formación de la prueba (postura que no ha sido uniforme en el seno de esta corporación), resalta algo que soporta de alguna manera el argumento en cuestión. La Corte destaca que siendo la Fiscalía quien tiene la carga de demostrar la acusación no puede “imponérsele” la obligación de practicar una prueba que va en contra de sus pretensiones. Lo que quiere decir que es muy probable que llegasen a existir pretensiones de las víctimas que no armonicen con las de la fiscalía. Y esto obedece a lo que anteriormente se afirmaba, el interés de un sujeto y otro son aunque coincidentes en algunos puntos, diferentes. Y si a fin de cuentas en el punto cúlmine de formación de las pruebas es su práctica en el marco del juicio oral, las víctimas deben subyugar sus intereses a la labor del fiscal, y la disposición de las pruebas que con poco o mucho esmero la víctima y su representante hayan pretendido formar a lo largo de las etapas previas, queda a merced del fiscal, quien si decide que no conviene a su teoría del caso, las ignorará, habiendo aun cumplido el requisito de “escuchar” a las víctimas, pero en últimas haciendo prevalecer sus pretensiones como ente acusador habilitado por la ley y su interpretación a la luz del tribunal constitucional. Esta situación también fue prevista por la CPI de ahí que como se dijo en líneas anteriores, se le permita una participación a las víctimas independiente del fiscal, con base en que no siempre los intereses de la Fiscalía resultan acordes a los de las víctimas como ya se ha dicho antes y más aún cuando no hay un mecanismo por el cual aquellas hagan un control a las actuaciones de los Fiscales, tal como sucede en el ordenamiento jurídico colombiano.

6. Compromisos internacionales-control convencionalidad

Colombia ha suscrito una serie de instrumentos internacionales que lo comprometen con la protección y salvaguarda de los derechos de las víctimas, entre los que cabe resaltar:

- ***Declaración americana de derechos y deberes del hombre***

Artículo 25. Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

- ***Pacto internacional de derechos civiles y políticos***

Artículo 2 (...) 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial.

- ***Convención Americana sobre Derechos Humanos***

Artículo 8. (...) 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. (...) 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente

Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. (...)

Todas estas normas apuntan a la estructuración de procesos o mecanismos idóneos –como el proceso penal- para el restablecimiento de los derechos de las víctimas vulnerados sea por una conducta punible o por otro tipo de daños (Romero & Avellaneda , 2012). Estos procesos deben estar estructurados de manera que se les permita a las víctimas que hagan valer sus derechos a lo largo de los mismos. Por lo que al impedir la eficaz participación de las víctimas en el juicio oral, Colombia podría estar faltando a esos compromisos internacionales.

Frente a órganos internacionales que se han pronunciado sobre el particular, se encuentran por un lado, la Corte Penal Internacional (CPI). En Colombia se han suscitado problemas con la normatividad contenida en el estatuto de Roma, instrumento que creó este órgano, respecto a por ejemplo el tema de los procesos de paz, y esto se debe a que en palabras de autores como Kai Ambos (2010) que concluyó luego de analizar la situación colombiana, la participación de las víctimas en los procesos penales no puede seguir siendo limitada, ni ser supeditada al esquema procesal, sea cual sea por el que se rija el país. Para la CPI, es fundamental esclarecer los hechos que rodearon el acto delictivo, por ello es tan importante las víctimas en el proceso (Romero & Avellaneda , 2012). Esa participación de la víctima como sostiene Ambos, debe estar por encima del exceso de regulación de sus derechos o facultades. De hecho la Corte Penal Internacional, les permite a las víctimas la participación en los interrogatorios de los testigos según lo establece la Regla 91 numeral 4 de las Reglas de procedimiento y Prueba, incluso pueden presentar, mediante apoderado, observaciones y opiniones en la audiencia de juicio oral (Decision on Victim's Participation, 2008).

7. Pronunciamientos de la CC, la Contradicción entre las sentencias C-454 de 2006 y la C-209 de 2007.

En este aparte se analizará como la corte constitucional, a pesar de ampliar las garantías de las víctimas, estableció la exequibilidad de muchos artículos del Código de Procedimiento Penal Acusatorio que establecieron retrocesos frente a jurisprudencia precedente de esa

misma Corporación.

La Corte comenzó el cambio de interpretación de los derechos a la víctima en el 2002, como ya se dijo. Pero respecto a la ley 906, y en atención a lo ya desarrollado con anterioridad con relación a la anterior código de procedimiento, se pronunció en el 2005, y se consolidó en el 2006, al respecto se puede destacar la sentencia C-591 de 2005 en la que se manifiesta que, si bien el Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo cambios constitucionales, aquellos no alteraron drásticamente la Constitución –y por añadidura la interpretación de aquellos tratados incluidos mediante el bloque de constitucionalidad– toda vez que se orientaron a la parte orgánica y no dogmática, como antes se estudió. Señalándose en esa oportunidad, que debía entenderse que el Estado aun protege los derechos consagrados en su parte dogmática, pero mediante unas nuevas reglas, a las cuales aquellos se deben subsumir.

Posteriormente, la Corte, mediante la sentencia C-454 de 2006, haciendo uso de la teoría de la preservación de la norma, declaró la exequibilidad de los artículos 135 y 357 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que la garantía de comunicación a las víctimas y perjudicados con el delito opera desde el momento en que éstos entran en contacto con las autoridades, y, adicionalmente, se refiere a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación y, que los representantes de las víctimas en el proceso penal, pueden realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía.

Esto significaría un avance, puesto que en ese fallo se dejó marcada una fórmula que sería usada con mayor precisión en sentencias posteriores, estableciendo que la víctima ocupa un papel protagónico en el proceso, independientemente de si le endilga el calificativo de parte o de interviniente, ya que el modelo acusatorio cuenta con sus propias especificidades, los cuales en todo caso, deben interpretar los derechos de los sujetos interesados con el resultado del proceso conforme los preceptos de la Constitución, los tratados ratificados por Colombia y la jurisprudencia constitucional (C- 454, 2006).

En el 2007, aparece en escena la sentencia C-209, mediante la cual la CC, por un lado estableció que las víctimas tienen plenas facultades y están en igualdad de condiciones que la Fiscalía, el defensor o el imputado, para actuar dentro de las etapas de la indagación y de

la investigación, así como en las audiencias de acusación y preparatoria, por cuanto puede recaudar evidencia y ofrecerla, participar activamente en cualquier actuación procesal e interponer los recursos de ley frente a decisiones que le sean adversas. Sin embargo, en el mismo fallo, se estableció un veto a su participación, incluso mediante abogado, en la etapa de juicio oral, quedando a merced de la diligencia del Fiscal del caso.

Para llegar a esta decisión, la Corte tomó como fundamento otras jurisprudencias constitucionales, precisamente, la sentencia C-591 de 2005 y 454 de 2006; de la primera extrajo que si bien el Acto legislativo 003 de 2002 había modificado la Constitución, esto era en su parte orgánica, no en la dogmática, por lo que los derechos de las víctimas se mantenía incólumes, y de la segunda, analizó que esos derechos debían someterse al nuevo esquema procesal. Igualmente apoyó su decisión en la teoría de la igualdad de armas, para determinar que la participación de la víctima en un sistema acusatorio, rompería con el principio adversarial. En conclusión, mediante dicha sentencia, la participación de la víctima queda sujeta a lo siguiente: a) Del papel asignado a los otros intervinientes, especialmente el del Fiscal, b) Del rol que le reconoce la propia Constitución, c) Del lugar donde se ha previsto su participación, d) De las características de cada una de las etapas procesales y e) Del impacto que esa participación tenga tanto para los derechos de las víctimas como para la estructura y formas propias del Sistema penal acusatorio.

De manera que la forma en la que esta última sentencia acude a la C-454 de 2006 es de hecho contradictoria de su esencia. Antes se dijo que no importaba la calidad de la víctima, ahora se le asigna una categoría (interviniente especial) y se eleva una talanquera a su papel en la más trascendental de las etapas del proceso.

8. El principio de bilateralidad de la tutela judicial efectiva víctima-acusado

Comprender la relevancia del papel de la víctima en el proceso penal, es acudir a todo un marco constitucional y de derecho internacional dispuesto para que a estos sujetos se les brinde una consideración especial en el marco del conflicto penal, partiendo de las bases mismas del derecho penal propio de un Estado Social de Derecho. Para determinar la posición que ellas ocupan en el proceso penal, es menester acudir a esos paradigmas, como

lo ha precisado la misma Corte Constitucional y se erige con base en el principio de la tutela judicial efectiva, de amplia envergadura internacional, y con acogida constitucional a través de los artículos 229, 29 y 93 de la constitución (C- 454, 2006). Este derecho ha sido definido por la CC en los siguientes términos:

El derecho a la administración de justicia también llamado derecho a la tutela judicial efectiva se ha definido como la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. Este derecho constituye un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y un derecho fundamental de aplicación inmediata, que forma parte del núcleo esencial del debido proceso (C-279, 2013, pág. 20).

La característica esencial de este principio es que establece un sistema de garantías de naturaleza bilateral. Lo que implica que:

Garantías como el acceso a la justicia (Art.229); la igualdad ante los tribunales (Art.13); la defensa en el proceso (Art.29); la imparcialidad e independencia de los tribunales; la efectividad de los derechos (Arts. 2º y 228); sean predicables tanto del acusado como de la víctima (C-279, 2013).

La misma CC ha señalado que el complejo del debido proceso, que involucra principio de legalidad, debido proceso en sentido estricto, derecho de defensa y sus garantías, y el juez natural, se predicen tanto respecto de los acusados como de los perjudicados.

Ahora bien, respecto a las características propias de un sistema de tendencia acusatoria, que bien podrían alterar la posición procesal de la víctima y por ende tocar aspectos básicos del derecho a la tutela judicial efectiva, la Corte Constitucional ya se ha pronunciado, concluyendo así que:

1. El sistema introducido por el A. L. N° 03 de 2002 no es un sistema acusatorio puro
2. Este sistema posee características fundamentales especiales y propias que no hacen posible que se asimile *prima facie* con otros sistemas acusatorios

3. Este sistema no es un modelo típicamente adversarial donde, el juez funge como árbitro entre dos partes que se enfrentan en igualdad de condiciones. El juez cumple un papel activo de garante de los derechos del imputado o acusado y de las víctimas.
4. Este sistema procesal pone el acento en la garantía de los derechos fundamentales de quienes intervienen en el proceso (inculcado o víctima), con prescindencia de su designación de parte o sujeto procesal.

Así las cosas, la misma CC sentó las bases para que en honor al principio de la tutela efectiva que implica la bilateralidad de garantías tanto para acusado como para víctimas, la tendencia adversarial no fuera una excusa para el menoscabar los derechos de las víctimas, ampliamente cobijados por este principio y en general, por una amalgama de fundamentos tanto de carácter constitucional como internacional.

9. Particularidades del SPA colombiano

Como ha quedado anotado con anterioridad, el SPA colombiano, no es de ninguna manera un sistema puro, afirmación soportada incluso por la misma Corte Constitucional, en tanto se encuentra revestido de una serie de particulares que se instituyeron para adaptar el sistema a las condiciones propias del país. De ahí que existan figuras como el juez de control de garantías o la intervención del ministerio público. El papel de las víctimas es también una de las particularidades de este sistema. Ahora bien, en cuanto al ministerio público, su intervención a lo largo del proceso está fundamentada, entre otras cosas, en la garantía de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, y puede en virtud de ello intervenir en las audiencias cuando lo considere necesario. También actúa como representante de la sociedad, en razón de lo cual podrá solicitar condena o absolución de los acusados e intervenir en la audiencia de control judicial de la preclusión; procurar la indemnización de perjuicios, el restablecimiento y la restauración del derecho en los eventos de agravio a los intereses colectivos, solicitar las pruebas que a ello conduzcan y las medidas cautelares que procedan; velar porque se respeten los derechos de las víctimas, testigos, jurados y demás intervinientes en el proceso, entre otras cosas.

En cuanto a las facultades probatorias, se encuentra legitimado para solicitar pruebas anticipadas en asuntos en los cuales haya ejercido o ejerza funciones de policía judicial. Durante la etapa de juicio oral, excepcionalmente, podrá solicitar pruebas que puedan tener

esencial influencia sobre los resultados del juicio, siempre y cuando no hayan sido solicitadas por las partes. Consideran algunos que esta última facultad es de gran importancia en la garantía del debido proceso y del derecho de defensa frente a la imposibilidad de que el juez de conocimiento decrete pruebas de oficio. Hay quienes por su parte, han considerado que las funciones de esta institución son demasiado amplias y puede prescindirse de ellas en el marco de un sistema de partes así como la Corporación Excelencia en la Justicia, para quien esta intervención puede generar actuaciones contradictorias en un mismo proceso, pues tiene la potestad de defender al mismo tiempo los derechos del imputado, de las víctimas, y de la sociedad. La razón por la cual se trae a colación esta reflexión respecto al papel del ministerio, se explica en el hecho de que en efecto, los intereses que defiende no están concretamente determinados. Sin embargo, sus facultades son incluso mayores a las de las víctimas en el marco de la etapa del juicio oral. Si ya ha quedado claro, que no es un sistema puro, que tiene particularidades especiales, que existe otros sujetos que ocupan igualmente un lugar preponderante y si se resaltan con tanto énfasis sus derechos, desde el título preliminar, ¿Por qué limitar la participación de la víctima de forma tan contundente en la etapa del juicio oral, utilizando como argumento que se trata de un sistema de tendencia acusatoria? ¿El principio adversarial cede ante la figura del ministerio público a pesar de los difuso que son los intereses que defiende, pero ante el concreto interés de las víctimas no puede ceder? La razón de cuestionar la intervención del ministerio público en este escrito no radica en la conveniencia o la utilidad de esta, sino mas bien en invitar a la reflexión acerca de lo curioso que resulta que el principio adversarial no sea obstáculo para dicha intervención como si lo es en el caso de la víctima.

10. La esencia del derecho a probar y su relación con los derechos fundamentales

Para Sampedro Arrubla (2013), es en la proposición, la admisión y la ejecución de la prueba donde se concreta la interacción de los convocados a un escenario judicial; y que las víctimas, como convocadas principales que son, adquieren la titularidad del derecho fundamental a la prueba, el cual les permite, entre otras cosas, contar su versión de los hechos (2013), y aportar la evidencia que respalda dicha versión igualmente.

Principalmente, si se tiene en cuenta que, tal como lo señala Joan Picó (1996), el derecho a la prueba es aquel que posee el litigante para llevar al órgano jurisdiccional a la convicción sobre lo debatido en el proceso, mediante la libre utilización de los medios probatorios. En ese sentido, si se pretende dar una aplicación adecuada al derecho a la prueba debe garantizarse 1) La posibilidad que las partes formulen solicitudes probatorias, 2) La admisión de las solicitudes presentadas en debida forma y que cumpla con los requisitos intrínsecos y extrínsecos, 3) Que quien solicite la prueba pueda participar en su práctica y 4) Que los demos interesados con el resultado del proceso también estén facultados para intervenir en la práctica del medio probatorio y poder utilizarlo en sus alegaciones (Picó, 1996). Tanto es así, que muchos sectores de la doctrina procesal, consideran que la vulneración de alguno de dichos postulados, conlleva a la lesión de los derechos al debido proceso y a la defensa.

En cuanto al ámbito europeo, se observa que frente a las facultades probatorias de las víctimas, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, por media de la cual se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, establece que no se puede hacer justicia si no se permite a las víctimas explicar las circunstancias del delito y aportar pruebas de forma comprensible para las autoridades competentes; y, en consecuencia, establece que los Estados miembros garantizarán a la víctima la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba.

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar la garantía contenida en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (relativo a la “Protección Judicial”), ha señalado que el Estado debe asegurar que los familiares de las víctimas tengan pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones y procesos, de manera que puedan hacer planteamientos, recibir informaciones, aportar pruebas, formular alegaciones y, en síntesis, hacer valer sus intereses.

Al respecto, mediante la sentencia C-454 de 2006, la Corte Constitucional advirtió la relación inquebrantable entre el derecho a probar y los derechos de verdad, justicia y reparación integral, al manifestar que la efectividad del derecho a acceder a la justicia, en el

que se inscriben los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas, se encuentra en una relación directa con el derecho a probar. Resaltó igualmente la alta Corporación en dicho fallo que, el derecho a conocer la verdad sobre los hechos que entrañan el agravio a la víctima, está íntimamente vinculado con la posibilidad de probar; que el derecho a la justicia resulta inconcebible al margen de una posibilidad real de incidir probatoriamente en el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades; concluyendo que el derecho a la reparación, se consolida a partir de la determinación de la responsabilidad por el hecho punible (C- 454, 2006).

11. Posibilidad de adelantar sus propias pesquisas

Conforme a lo que se ha venido planteando, es factible advertir que la víctima se encuentra en capacidad de adelantar su propia investigación como consecuencia de la inescindible relación entre el derecho a probar y las garantías fundamentales anteriormente relacionadas. Incluso, existen dos providencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que han reconocido la posibilidad de que la víctima obtenga sus propias evidencias. Así pues, mediante providencia del 22 de noviembre de 2007, proferida dentro del proceso T-33999, la Sala de Decisión de Tutelas Número 2 de dicha Corporación definió que:

La Sala no evidencia que con la autorización de permitir a las víctimas acceder, mediante la obtención de copia, a los registros de las actuaciones adelantadas durante la fase de indagación o investigación preliminar se resquebraje la estructura del sistema penal acusatorio. Antes bien, ello posibilita el goce pleno de los derechos de dicho interviniente, al conocer de primera mano los elementos probatorios recaudados por la fiscalía, con lo cual podrá contribuir al aporte de otros que solidifiquen la eventual formulación de la imputación y de la acusación (T-33999, 2007, pág. 12).

En igual sentido, mediante auto del 7 de diciembre de 2011, dictado al interior del proceso 37596, la Sala señaló que “Si constitucionalmente se habilita a la víctima para su participación activa en la fase de indagación, nada obsta para que adelante su propia investigación y recaude elementos materiales probatorios, evidencia física e información” (Auto , 2011, pág. 5). Para el efecto, denotó que si el artículo 79 de la ley 906 de 2004 y la sentencia C-1154 de 2006 autorizaban a la víctima para aportar elementos de convicción a la Fiscalía, con miras a conseguir el desarchivo de las diligencias, nada obsta para que igual

lo haga en situaciones diversas “Con el objeto de coadyuvar en la tarea del ente acusador, máxime que, por su condición, tuvo contacto directo con el delito y de primera mano e inmediatamente puede recopilar elementos que con el paso del tiempo tienden a perderse” (Auto , 2011, pág. 6).

No obstante lo anterior, a pesar de ser providencias favorable en cuanto al reconocimiento de derechos y en especial de la facultad de la víctima de emprender sus propias actividades de investigación, en estricto sentido, las decisiones en comento tienen efectos inter partes y no tuvieron como propósito unificar un criterio jurisprudencial. Igualmente, dichas determinaciones de la Sala de Casación Penal no definen si la víctima se encuentra en posibilidad de adelantar actuaciones con un grado considerable de afectación a los derechos fundamentales de los asociados, tales como registros, allanamientos e interceptaciones.

Para el jurista Sampietro Arrubla (2013), en todo caso el reconocimiento de la posibilidad de que la víctima adelante sus propias pesquisas, no debe conllevar a que la Fiscalía General de la Nación evada su obligación constitucional de reunir los elementos materiales probatorios necesarios para esclarecer los hechos delictivos; y así, imponga a la víctima la carga de reunir cierta y determinada evidencia, so pena de adoptar determinaciones contrarias a sus intereses, tales como el archivo de las diligencias o la solicitud de preclusión.

12. Lo que puede hacer la víctima en materia probatoria

Ya en un aparte antecedente, se esbozó al detalle las facultades probatorias que poseen las víctimas en el curso del proceso penal. En este punto, se precisarán algunas reflexiones adicionales al respecto.

En síntesis, se encuentra que en tratándose de la práctica de pruebas, las facultades de las víctimas tiene una restricción a en otras etapas del proceso penal y no solo en la etapa del juicio oral, puesto que, según el numeral 4to del artículo 284 de la Ley 906 de 2004, las pruebas anticipadas deben ser practicadas en audiencia pública y haciendo uso de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio oral; de lo que se colige que la víctima puede solicitar su práctica, pero está imposibilitada de intervenir en ella, toda vez que la Corte Constitucional, por medio de la sentencia C-209 de 2007, citada ya en múltiples

ocasiones, estableció que en el juicio oral, la víctima solo podría ejercer la controversia probatoria por intermedio del Fiscal, eso sí, teniendo la obligación este de escuchar sus observaciones.

En atención a lo esbozado, juristas como Sampredo Arrubla, se han cuestionado, si por el hecho de ser pruebas practicadas hasta antes de instalada la audiencia del juicio oral, no desaparecerían las razones que condujeron a la Corte a indicar que la víctima no podía participar en el debate de manera directa (Sampredo, 2013).

Para intentar llegar a una respuesta respecto de tal consideración, lo primero que se debe analizar, es que mediante la sentencia C-209 de 2007, la corte advirtió la constitucionalidad de la precitada norma, en virtud que cuando el constituyente señaló que la etapa del juicio oral tendría un carácter adversarial, matizó las especificidades de esa confrontación entre dos partes, a saber el acusador y el acusado, derivándose así la imposibilidad de confrontación de múltiples acusadores en contra del acusado. Igualmente señaló la Corte en dicha providencia, que el constituyente no fijó las características de las otras etapas procesales, delegándose así en el legislador la facultad de configurar dichas etapas; concluyendo que el elemento definitorio, que determinará el nivel de participación de la víctima en las diferentes etapas del proceso, será precisamente la etapa en la cual se encuentre, por lo que la posibilidad de intervención directa será mayor en las etapas previas y posteriores al juicio y menor en este.

En ese sentido, toda vez que la prueba anticipada es practicada por fuera del juicio oral, señala Sampredo que no existe previsión constitucional alguna que prohíba la participación de la víctima en su práctica. En todo caso, manifiesta el jurista, que de no ser recibido dicho razonamiento, en virtud del principio de lealtad procesal, cuando la víctima esté en desacuerdo sobre la práctica de algún medio de prueba con el Fiscal, lo que se debería hacer es que este se lo manifieste al juez de control de garantías, para que este último sea el funcionario llamado a decidir sobre su práctica (Sampredo, 2013).

Por último, es evidente que la Ley 906 de 2004, al no contemplar la posibilidad de que la víctima adelantara su propia investigación, no reguló una oportunidad procesal para que esta descubriera los elementos materiales probatorios o evidencia física que obren en su

poder, por lo que ni en la doctrina ni en la práctica judicial existía un criterio unificado al respecto, y fue sólo hasta 2011 que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante un auto del 7 de diciembre, indicó una posible solución, al expresar que los materiales probatorios obtenidos por la víctima, debían ser descubiertos en la audiencia de formulación de la acusación; pero más importante aún, la alta Corporación señaló que dicho descubrimiento no sería adelantado directamente por la víctima, sino a través de la Fiscalía, puesto que, en su entender, la víctima debe hacer causa común con aquella, por ser la titular de la acción penal, tener la potestad de presentar la formulación de la acusación y la única llamada a introducir pruebas (Auto , 2011).

En ese sentido, la providencia justificó su posición basada en los inconvenientes prácticos de permitir que la víctima adelantara su descubrimiento de manera autónoma:

El juicio se desdibujaría si, por citar ejemplos, se permitiera que terceros ajenos a los dos adversarios postularan teorías del caso y, de manera independiente, descubrieran, enunciaran, solicitaran y participaran en la práctica, en la formación de las pruebas, pues desde tal perspectiva la igualdad de los dos contrarios no existiría y no habría lugar a aplicar las reglas de un proceso como es debido, atinentes al interrogatorio y contrainterrogatorio, previstas exclusivamente para las dos partes opuestas (Auto , 2011).

En todo caso, con relación a este auto, es relevante resaltar el hecho de que sus efectos son solo inter partes, y no tuvo como propósito unificar un criterio jurisprudencial al respecto, por lo que no es una providencia de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales, aunque sin duda, se resalta, marca un precedente ante el vacío legal.

Frente a la restricción que se le impone en la etapa del juicio oral, a razón de la precitada sentencia C-209, es, cuanto menos desventajoso, pues ese es, precisamente, el espacio donde se da la práctica la prueba y se trata mediante diversas estrategias, de llevar al funcionario judicial al convencimiento de una teoría u otra, que en el caso de la víctima, sería la de la ocurrencia del delito y de la responsabilidad del acusado, presupuestos indispensables para que se pueda dar trámite al incidente de reparación integral, y se materialice la reparación a la víctima.

13. La labor del juez y las medidas de equilibrio (número de defensores)

En la Sentencia C- 591 (2005) la misma CC se encargó de precisar que:

El nuevo diseño no corresponde a un típico proceso adversarial entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia. En desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, **va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral**, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad (pág. 20).

En ese sentido, es claro que el juez no es de ninguna forma un convidado de piedra en el proceso penal, y que debe velar por el respeto de las garantías tanto del acusado como de la víctima. De manera que, como algunos autores han resaltado, si el riesgo de permitirle a la víctima una participación más activa en el marco del juicio oral, es que se convierta en un segundo acusador que desequilibre la igualdad de armas entre las partes en disputa, ¿No podría el juez en virtud de esa atribución especial de velar por los derechos del acusado, tomar las medidas necesarias para evitar el supuesto desequilibrio, sin que ello implique que se excluya a la víctima de la más trascendental de las etapas del proceso?

La intención esencial de este texto es invitar a la reflexión acerca de este tan importante tema de derecho procesal penal, con miras a determinar si existe o no una coherencia en la ley y la jurisprudencia, respecto a los postulados constitucionales y de derecho internacional sobre la protección de las víctimas.

VIII. REFLEXIONES SOBRE LA LEY 1826 DEL 2017, POR MEDIO DE LA CUAL SE ESTABLECE UN PROCEDIMIENTO PENAL ESPECIAL ABREVIADO Y SE REGULA LA FIGURA DEL ACUSADOR PRIVADO

Como aspecto final de la presente monografía, se pasará a abordar de manera somera, algunos

aspectos que regula la citada norma, recientemente expedida y con unos pocos meses de entrada en vigencia.

Sea lo primero señalar que esta norma consagra como acusador privado, a “Aquella persona que al ser víctima de la conducta punible está facultada legalmente para ejercer la acción penal representada por su abogado” (Ley 1826, 2017), pero que en todo caso, la misma debe reunir las calidades del querellante legítimo. La Ley manifiesta que, en todo caso, los estudiantes de consultorios jurídicos de las universidades pueden actuar en representación del acusador privado. Igualmente se establece que el acusador privado hará las veces de fiscal, y que el desarrollo de la acción penal implica el ejercicio de una función pública transitoria, por lo que este se entiende sometido al mismo régimen disciplinario y de responsabilidad penal que se aplica para los fiscales.

No obstante, es pertinente aclarar que la conversión de la acción penal pública a privada solo es aplicable a los delitos susceptibles del procedimiento penal abreviado, esto es para delitos querellables y para delitos tales como lesiones personales, perturbación funcional, actos de racismo o de discriminación, inasistencia alimentaria, hurto, estafa, abuso de confianza, violación a los derechos morales y patrimoniales de autor, y algunos delitos contra el orden económico y social.

En todo caso, para que el Fiscal de conocimiento pueda darle trámite a la solicitud de conversión, la víctima deberá presentar la misma en forma escrita y acreditar sumariamente la condición de víctima de la conducta punible, esto antes de que se dé el traslado del escrito de acusación. Mientras que el Fiscal dispondrá del plazo máximo de un mes para adoptar una decisión, la cual puede sustentarse en razones de seguridad o que no se encuentre plenamente identificado el sujeto investigado, entre otras.

Para abogados como Luis Alberto Arango Vanegas, la conversión de la acción penal a manos de un acusador privado, adquirente de una función pública transitoria, con la responsabilidad disciplinaria y penal correspondiente, pudiendo ser cualquier abogado sin requerimiento de algún tipo de cualificación preferente, como especialista en materia penal por ejemplo o incluso un estudiante de Consultorio Jurídico, pueden terminar llevando a pagar un alto costo en términos de celeridad, eficiencia y descongestión judicial (Arango, 2017).

IX. CONCLUSIONES

Al terminar el presente escrito se pueden extraer como conclusiones finales las siguientes:

El A.L. 03 de 2002 y la ley 906 de 2004 implementaron un sistema procesal penal de tendencia acusatoria. Sin embargo, la Corte Constitucional ha explicado ampliamente que no se trata de un sistema acusatorio puro y que posee particularidades especiales para adaptarse al país.

En el actual sistema penal acusatorio, desde la óptica de la ley 906 de 2004 la víctima no tiene calidad de parte sino de simple interviniente.

A la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la víctima es un interviniente especial, que dadas sus características y la importancia que la reviste tanto a nivel internacional como constitucional puede intervenir a lo largo de todo el proceso.

Desde el año 2002, a partir de una sentencia de la Corte Constitucional, a las víctimas se le reconocen derechos que no tienen contenido eminentemente económicos, para constituirse así el trípode de derechos que permean todo su papel en el contexto del conflicto penal: derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación.

Los derechos de las víctimas consagrados en la ley 906 tuvieron inicialmente una reducción práctica en razón de que artículos posteriores de la ley omitían a la víctima de muchas facultades que en atención a esos derechos debían atribuírseles. Esos inconvenientes han sido resueltos en gran parte por la jurisprudencia del tribunal constitucional.

Se garantiza a intervención de la víctima a lo largo del proceso penal. Sin embargo, en la etapa del juicio oral y público, halla una talanquera, puesto que sus derechos en materia probatoria quedan subsumidos en la labor del fiscal, quien puede o no tener en cuenta los elementos materiales recogidos por ella o las solicitudes probatorias presentadas.

La jurisprudencia de la CC en el particular no ha sido pacífica, e incluso existen sentencias que se contradicen en sus planteamientos.

Existen razones suficientes para creer que el papel de las víctimas en el proceso penal debe ser más activo en la etapa de juicio oral, que finalmente es el momento en el que se concreta la prueba; y que al relegar su intervención y la fiscalía asumir todo el protagonismo en aras del principio adversarial, podrían verse socavados sus intereses.

Quedan en este escenario quedan muchos interrogantes en torno a si actualmente el sistema acusatorio colombiano respeta o no todo el avance que en materia de protección a las víctimas se ha

hecho en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos e incluso en la misma jurisprudencia constitucional.

X. BIBLIOGRAFÍA

C- 004, D-4041 (Corte Constitucional 20 de enero de 2003).

C 516 (Corte Constitucional 11 de julio de 2007).

C-1154, D-5705 y D-5712 (Corte Constitucional 15 de noviembre de 2005).

C-516 (Corte Constitucional 11 de julio de 2007).

37596 (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal 7 de diciembre de 2011).

Acosta, J. (s.f.). Bloque de constitucionalidad. En J. Acosta, *Las Víctimas En El Sistema Penal Acusatorio* (págs. 1-60). Bogotá: Universidad Católica.

Acto Legislativo 03. (09 de Diciembre de 2002). Por el cual se reforma la Constitución Nacional. Bogotá, Colombia: Congreso de la República.

Aguilar, W. (1 de diciembre de 2016). Universidad Militar de Nueva Granada. Obtenido de <http://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/15247>

Ambos, K. (2010). *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de “justicia y paz” en Colombia*. Bogotá: Temis .

Armento, T. (2007). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales.

De la Cruz, A. Ariza M. (2017) “Restitución de Tierras, paso clave para el posconflicto: estudio de fallos” *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo. Cartagena (Colombia) Vol. IX. N° 18: 31-40*

Salgado A. (15 de marzo de 2017) “Constitución y Derechos Humanos” *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo. Cartagena (Colombia) Vol. IX. N° 18: 21-30*

Asamblea General ONU. (29 de noviembre de 1985). Resolución 40/34. *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*.

Auto , 37596 (Corte Suprema de Justicia 7 de Diciembre de 2011).

Avella, P. (2007). *Estructura del Proceso penal acusatorio* . Bogotá : Fiscalía General de la Nación.

Bustamante , M., Taruffo, M., Agudelo, D., Strong, S., Ruiz, P., Raad, M., . . . Quintero, G. (2011). *La jurisdicción y la protección internacional de los derechos*. Universidad de Medellín .

C - 228 (Corte Constitucional 3 de Abril de 2002).

C - 454 (Corte Constitucional 7 de Junio de 2006).

C- 209, D-6396 (Corte Constitucional 21 de marzo de 2007).

C- 454 (Corte Constitucional 7 de Junio de 2006).

C-279, D - 9324 (Corte Constitucional 15 de mayo de 2013).

C-293 (Corte Constitucional 6 de Julio de 1995).

C-370, D-6032 (Corte Constitucional 2006 de mayo de 2006).

C-454, D-5978 (Corte Constitucional 7 de junio de 2006).

C-591, Expediente D-5415. (Corte Constitucional 9 de junio de 2005).

C-775 (Corte Constitucional 9 de Septiembre de 2003).

C-979, expediente D-5590 (Corte Constitucional 26 de septiembre de 2005).

Cassell, P. (2008). *Treating Crime Victims Fairly: Integrating Victims into the Federal Rules of Criminal Procedure*. Utah: Utah Law Review.

Cerón, L. (2008). *La víctima en el proceso penal colombiano. Un análisis constitucional de la Ley 906 de 2004 desde la perspectiva victimológica*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Contreras, M. (2011). *Las tensiones en la jurisdicción penal por la expansión de los derechos de las víctimas* . En M. Bustamante, *La jurisdicción y la protección internacional de los derechos* . Cartagena.

CEJ. (2015). *Balance diez años de funcionamiento del sistema penal acusatorio (2004-2014)*. Bogotá: USAID.

Corte Constitucional, Sentencia 209 (21 de marzo de 2007).

Delgado, C. J. (2015). Derechos y facultades de las victimas en el proceso penal colombiano a partir de la puesta en marcha de la Ley 906 de 2004 . Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

Decision on Victim's Participation, ICC- 01/04-01/06-1119 (Corte Penal Internacional 18

de Enero de 2008).

Florián, E. (2001). *Elementos de derecho procesal penal*. Mexico: Jurídica Universitaria.

Gaviria, V. (2008). *Víctimas, Acción Civil y Sistema Acusatorio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Gonzales, A. (2007). *La víctima en el sistema penal*. Bogotá: Leyer.

Ley 906. (1 de septiembre de 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Bogotá D.C, Colombia.

Márquez, A. (2010). Actuaciones de las Víctimas como Sujetos Procesales en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio. *Prolegómenos - Derechos y Valores*, 11-28.

Matyas, E. (2012). Los derechos de las víctimas en el proceso penal colombiano. *Revista Republicana* Número 12, 17-42.

Mejía, M. (2014). La participación de las víctimas en el sistema penal acusatorio colombiano, una perspectiva desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Bogotá D. C., Colombia: Universidad Católica de Colombia.

Núñez, J. (2008). Victimología. En J. Núñez, *El Informe pericial en Psiquiatría Forense*. La Paz: TEMIS.

Olásolo, H., & Galain, P. (2010). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Montevideo: KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG.

ONU. (1997). *La impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos*. Nueva York.

Picó, J. (1996). *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: José María Bosch editor S.A.

RAE. (2015). *Diccionario de la lengua española*. Madrid.

Romero, L., & Avellaneda, L. (2012). *La víctima en el proceso penal colombiano*.

Sampedro, J. (25 de Septiembre de 2013). Las facultades probatorias de las víctimas en el proceso penal colombiano. Bogotá, Colombia : Universidad Javeriana.

Zuluaga, C., & Vélez, E. (2013). Las víctimas y el reconocimiento de su participación en el proceso penal acusatorio. Medellín: Universidad Católica del Norte y Universidad de Medellín.