

LAS VÍCTIMAS EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO

CRISTINA VÁSQUEZ SÁNCHEZ

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2010**

LAS VÍCTIMAS EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO

CRISTINA VÁSQUEZ SÁNCHEZ

Trabajo presentado como requisito para optar al título de abogada

Asesor

JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA

Profesor de Derecho Penal

Docente de tiempo completo en la Universidad EAFIT

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN**

2010

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	4
1. LA INCIDENCIA DE LA VÍCTIMA EN EL SISTEMA PENAL ACTUAL	6
2. LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO: ANÁLISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL	18
3. LA VÍCTIMA MÁS ALLÁ DEL PROCESO PENAL, UNA ALTERNATIVA AL ENDURECIMIENTO PUNITIVO	41
BIBLIOGRAFÍA	46

INTRODUCCIÓN

A través de la historia el papel de la víctima dentro del sistema penal había sido relegado del proceso. Sin embargo, con el fenómeno de la modernización del derecho penal, en la actualidad esta misma figura ha ganado un alto grado de protagonismo, haciendo necesario un estudio que ahonde en las facultades que se les ha otorgado dentro del desarrollo de la vía judicial. Es necesario en este sentido determinar si este renovado interés por la víctima se encuentra verdaderamente dirigido a la protección de la misma o si por el contrario es una máscara que esconde una nueva manera de ejercer poder punitivo.

En el caso colombiano en particular, dada la lúgubre realidad social imperante, compuesta por un enfrentamiento armado de larga duración, que ha dejado como consecuencia un número indeterminado de víctimas, se hace necesario tener en cuenta el estudio de las mismas y su incursión en el proceso penal, así como las alternativas que para ellas se han formulado, como es el caso de la “Ley de Justicia y Paz”, en el que se hace un intento por buscar alternativas a la vía judicial tradicional para lograr el resarcimiento de los daños sufridos, una especie de justicia restaurativa. Sin embargo se pregunta, ¿qué otras vías pueden existir?, ¿funciona el mecanismo impuesto por la Ley 975 de 2005?, ¿funciona el sistema penal como mecanismo de protección integral?

En este sentido se ha pronunciado en múltiples oportunidades la Corte Constitucional, que en varias ocasiones ha destacado la necesidad de que la víctima forme parte del proceso penal. Dado el alto grado de interés que ha despertado el papel de la víctima en la actualidad, es necesario entonces ahondar en su estudio, esto es, en las bases de dicho interés, su tratamiento efectivo, en el “deber ser” del mismo tendiente a garantizar sus derechos y finalmente en la búsqueda de alternativas al proceso penal que limiten el desgaste del sistema.

Este estudio es importante para mí como ciudadana perteneciente a una sociedad marcada por la violencia, donde desbordan las necesidades y escasean las soluciones; es importante para mí, para ofrecer alternativas que le ayuden a las víctimas a alcanzar un verdadero resarcimiento de los daños que se les ocasiona; alternativas para el Estado, que le permitan disminuir costos dentro del ámbito patrimonial y contribuir a la eficiencia del sistema; y finalmente a la doctrina¹ que desde ya ha tomado el estudio de las víctimas como un ámbito de estudio independiente y no como una rama más de la criminología.

¹ Ejemplo de esta tendencia doctrinaria se encuentra trazada por JOSEP MARIA TAMARIT SUMILLA, catedrático en Derecho Penal, profesor en la Universidad de Lleida, en España, autor en Colombia del Libro Victimología, Justicia Penal y Justicia Reparadora, de la editorial de la Universidad Santo Tomás, publicado en el años 2006.

1. LA INCIDENCIA DE LA VÍCTIMA EN EL SISTEMA PENAL ACTUAL

Dirigir un escrito acerca del papel de la víctima dentro del proceso penal, parecería, hace unos cuantos años, un desperdicio total de creatividad y tinta, por cuenta del ánimo represivo que sobre sus acciones se ejercía bajo la idea de una víctima con exclusivos ímpetus de venganza.

En este punto, la víctima era considerada casi una antagonista del proceso, un sujeto que debía ser neutralizado y cuyo papel debía ser ocupado por el Estado quien en su representación, se encargaría de dar castigo, de manera justa y objetiva, a los responsables del actuar delictivo. De esta manera se evitaba que el proceso resultara permeado de subjetivismos puestos por la víctima.

Un ejemplo de esta corriente se encuentra trazado en la obra de Hassemer, para quien la víctima debe ser desterrada del proceso, dado que el permitirle actuar dentro del mismo sería un retraso a los avances dados por el Estado en términos de control social. En este sentido afirma:

Tanto la venganza fúida en la historia del Derecho, como las reacciones sociales de miedo a la delincuencia que llegan hasta el linchamiento y hacerse justicia por sí mismo, muestran que la víctima es una doble amenaza a los intereses humanos, corriendo el peligro de convertirse ella misma en delincuente, respondiendo a la violencia con violencia, al delito con delito; y a su vez, el hecho de que se socialice el interés de la víctima crea el peligro de que grupos sociales, ligados directamente a la víctima, o que al menos lo sienten así, pongan manos a la obra de la venganza a la "prevención" frente a los delincuentes o frente a quienes tienen por tales².

Sin embargo, gracias a fenómenos sociales como la Segunda Guerra Mundial, donde la victimización se expandió alrededor del mundo, el panorama acerca del papel del sujeto pasivo del hecho delictivo, cambió por completo de perspectiva, esto es por cuenta de las nuevas preocupaciones sociales nacidas en este

² HASSEMER, Winfried. Fundamentos del derecho penal. Barcelona: Bosch, 1984. p. 94

periodo, tales como el temor a convertirse en víctimas del actuar ilícito, así como un creciente sentimiento de solidaridad hacia la figura de la víctima, hicieron que se generaran demandas punitivas hacia el Estado, dando lugar al recrudecimiento de la intervención penal, posicionando a la víctima en un punto protagónico del sistema penal.

Esta nueva ola de consideración social y exigencias de castigo, fueron descritas por el sociólogo norteamericano, Garland, para quien esta actitud social frente al fenómeno criminal es tan sólo uno de los pasos dentro de un proceso de transformación social, que ha llevado a una modernización del sistema penal, otorgando una concepción más punitiva del Derecho Penal, más proteccionista de bienes jurídicos y menos garantista de los derechos de los procesados³.

Este fenómeno cultural ha llevado a lo que el autor norteamericano ha denominado “Cultura del control”, que se da como consecuencia del impacto causado por la Segunda Guerra Mundial, que, aunado a otros fenómenos como la crisis del *Welfare State o Estado Social*, dio un giro a la forma como la sociedad percibía su realidad, lo que, en cuanto a la aplicación de la ciencia penal, se evidenció en la forma como se toma al sujeto activo de la acción delictiva, al cual se le miraba, desde ese momento, como trasgresor de normas jurídicas y quebrantador de la paz, ya no se toma al delincuente como un desviado al que hay que ayudarle a entrar en la sociedad, sino como un sujeto que, a través del uso de su libertad, ha decidido incurrir en una conducta típica, antijurídica y culpable. A partir de esta nueva forma de ver al criminal, la sociedad comienza a sentir temor frente al delito, razón por lo cual comienza a reclamar más castigos y endurecimiento de los existentes⁴.

³ GARLAND, David. La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea, traducción Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 462

⁴ Ibid., p. 463.

¿Dónde queda la víctima en este proceso de transformación social?. A la víctima, dado el cambio de imagen del delincuente, se le comienza a ubicar en el centro del proceso penal, donde ésta entraba exigiendo mayor consideración a sus derechos, sin importarle las garantías otorgadas a su agresor y bajo la idea de que la misma estará siempre dispuesta a exigir castigos más severos. Así mismo, dado el creciente temor hacia el delito, al Estado se le atribuye una nueva función, la de apaciguar el sentimiento de inseguridad imperante; ya no basta con efectivamente atacar el delito sino que es necesario disminuir el riesgo de victimización, para lo cual se tipifican otras conductas que se consideraron como potencialmente generadoras de perjuicios y se les otorgaron castigos.

Con base en esta nueva perspectiva del delito, del delincuente y de la víctima, nacen nuevas posturas académicas, como la planteada por Díez Ripollés, quien reconoce que la creación de fórmulas tendientes a la prevención del delito, se da como consecuencia de una sensación de inseguridad imperante en la sociedad actual que debe ser apaciguada por el Estado a través del uso de vías represivas, aunque para el tratadista, el parámetro de creación normativa no debería simplemente dar respuesta a la demanda de la sociedad y sus grupos de presión, pues es necesario pensar en las verdaderas necesidades que posee el colectivo. Es por esto que de manera precedente a la expedición de cualquier norma debe darse un estudio de carácter científico que analice la pertinencia de la medida, para posteriormente ser puesta a consideración de los diferentes grupos sociales, quienes a través de un debate abierto podrán llegar a consensos con el Estado que lleven posteriormente a la efectiva aplicación de la normativa⁵.

Para el autor, de continuar con la idea de usar el clamor popular como parámetro para la creación de la legislación penal, se estaría incurriendo en lo que Díez Ripollés ha denominado como “Política populista” o como ha sido denominada

⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La víctima del delito en la política criminal y el derecho penal. En: Revista Jueces para la Democracia, información y debate. Madrid. No. 57, (2006); p. 33.

también, “Populismo punitivo”, donde el legislador usa como parámetro de creación normativa sus propios intereses partidistas guiados por el sentimiento del pueblo, sin llevar a cabo análisis científico alguno⁶. En este punto cabe destacar que la sociedad en su demanda punitiva, por lo general, no acierta en las verdaderas necesidades que sufre y por lo tanto las normas creadas con base en sus requerimientos, terminan perjudicando a otros sectores sociales más vulnerables, como por ejemplo, aquel compuesto por las víctimas de las acciones delictivas, a quienes se les toma como sujetos frágiles, que requieren ser protegidos y al mismo tiempo reclaman castigo; a las cuales, se les limitan sus derechos y la posibilidad de intervención dentro de los procesos judiciales que enfrentan sus victimarios, con el fin de garantizar penas ejemplares, lo que, a modo de algunos evidencia la sed de venganza de social.

Esta postura martiriza a la víctima y ha llevado a que se considere nuevamente su expulsión del proceso penal, alejándola de la defensa de sus intereses, todo esto, con base en la extrema protección que ésta requiere como sujeto pasivo de la acción, así como el supuesto ánimo punitivo que sufre⁷. Lo que traducen en los siguientes postulados⁸:

- El Estado debe ponerle énfasis al interés social, a través del análisis de la conducta ilícita y su impacto en la sociedad.
- Generar un equilibrio entre la víctima y el procesado y de esta manera evitar la justicia por propia mano.
- Así mismo, a través de esta expropiación, se pretende eliminar del mismo cualquier carga emocional que pueda bloquear la objetividad en la imposición del castigo.

⁶ Ibid., p. 33.

⁷ Ibid., p. 33-35.

Estos postulados son los que le dan contenido al principio conocido como “neutralización de la víctima”, que ha justificado tradicionalmente la expulsión de la víctima del escenario judicial.

Sin embargo, con el “boom” que producido por los fenómenos sociales e históricos destacados por Garland, han proliferado, además de las corrientes que explican el porqué de la punición, otras de corte abolicionista que propenden por la disminución o completa eliminación de la intervención penal. Abanderado de esta corriente, desde su tendencia más extrema se encuentra Hulsman, quien ha propuesto como única alternativa para la solución de conflictos entre los sujetos, una vía diferente a la penal, tal como podría ser la civil, a través de la cual, la solución de los conflictos que se generan de manera espontánea y natural entre los hombres, puede darse a través del pago de una indemnización de perjuicios a la víctima. Una alternativa que debería generalizarse a todas las conductas que produzcan daños, sin limitarlas por su gravedad. Al respecto expresa:

Si se piensa en las diferentes claves de aproximación posibles a una situación conflictiva, se puede ver que el enfoque civiles siempre capaz –dentro de los límites que fija el nivel institucional- de ser una clave adecuada, cualquiera que sea el conflicto. Cualquier tribunal “civil” está en condiciones, o debería estarlo –con algunas modificaciones que habría que considerar-, de intervenir de manera más útil para los interesados que como lo hace el actual sistema penal⁹.

Y en otro aparte afirma:

La gravedad del hecho, que constituye el eje del sistema penal, debe dejar de determinar la reacción a este acto. Cuando se evita el quedar bloqueado en esta noción de gravedad, se hace posible poner en acción otros modelos, muchos más satisfactorios, de reacción social¹⁰.

⁹ DE CELIS, J. Bernant y HULSMAN, Louk. Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa. Barcelona: Ariel, 1984. p. 91

¹⁰ Ibid., p. 121.

Sin embargo, sin importar la tendencia académica, en general se coincide en reconocer a la víctima como titular de derechos, los cuales se traducen en tres postulados fundamentales: verdad, justicia y reparación.

El primero de ellos, “Verdad”, que supone la idea de reconstruir con cierto grado de certeza, la realidad de la acción delictiva, la forma como esta fue llevada a cabo. Sin embargo, esto para muchos es tan sólo una ilusión pues resulta poco probable poder reconstruir los hechos tal cual ocurrieron, esto por cuenta de la imposibilidad fáctica retrotraerse en el tiempo, así como de las diferentes formalidades procesales que pueden poner obstáculos en la recolección de materiales de prueba; por ende la víctima estará destinada a conformarse con la denominada “verdad procesal”, es decir aquella configurada a través del proceso penal y sus medios probatorios¹¹.

Por su lado, normalmente al concepto de “Justicia¹²” se le ha otorgado un contenido sancionatorio, es decir, el derecho a la justicia se traduce en términos de que sea efectivamente llevado a juicio el agresor y en caso de resultar culpable, se le otorgue la debida sanción por su conducta, esta idea se encuentra atada al tradicionalismo jurídico sentado por Kant bajo el postulado de una justicia de corte retribucionista, basada en la función, que de este tipo, cumple la pena en el derecho penal.

Sin embargo, si se toma en cuenta la imposibilidad de construir la verdad material de los hechos *a posteriori*, de la cual depende la declaratoria de responsabilidad, un concepto de justicia de este tipo podría resultar, por el contrario, “injusto” con el procesado.

¹¹ QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. 3. ed. Bogotá: Temis, 2000.

¹² GÓNZÁLEZ ZAPATA, Julio. Verdad, justicia, paz y reparación en la mitología pena. A propósito de la Ley 975 de 2005. En: Revista Estudios Políticos. Medellín. No. 27, (Jul-Dic. 2005); p. 47-63.

En este punto, para Carlos Santiago Nino¹³, el término “Justicia” debería ser analizado desde la moral, sin embargo, su contenido sería difícil de determinar pues puede cambiar fácilmente, razón por la cual, para dicho autor, este concepto debe ir atado a una legitimidad política, que supondría tener una base democrática lo cual trae consigo la idea de la existencia de consenso respecto del contenido de este derecho.

Finalmente, se encuentra el derecho a la reparación, que responde a postulados relacionados con la justicia restaurativa, la cual es una concepción más pura implica verdadera la reparación patrimonial a la víctima por el daño sufrido, así como la asunción del daño por parte del autor del daño, el arrepentimiento del victimario, el pedir perdón, y finalmente, supone por parte del mismo el desempeño de labores a favor de la víctima o la comunidad.

Ahora, analizada la posición de la víctima dentro del panorama social y doctrinario mundial, ¿cómo se concreta el papel de ésta en Colombia?. Colombia, es un Estado fallido¹⁴, esto como consecuencia de varias décadas de conflicto armado, interno y constante, generado entre los grupos insurgentes al margen de la Ley y el Estado, que ha impedido su consolidación como institución soberana, a lo que se debe sumar otras situaciones fácticas de la realidad colombiana como son la corrupción y el mal ejercicio del poder, que destacan, aún más, su imposibilidad de considerarse Estado.

Conociendo esta situación y en búsqueda de una fuerza estatal estable y duradera, los gobernantes colombianos han trazado grandes esfuerzos por legitimarse, pero lo han hecho a través de la guerra, utilizando el sistema penal como arma contra sus enemigos, bajo la máscara de la defensa de la ciudadanía.

¹³ NINO, Carlos Santiago. Justicia. En: El derecho y la Justicia. Madrid: Trota, 1988. p. 478.

¹⁴ FREDDY PÉREZ, William. Guerra y Derecho Penal en Colombia. Medellín. Universidad de EAFIT, Especialización en Derecho Penal, 2009. (Notas de clase).

Sin embargo, estos intentos han sido en vano, pues cada vez se vislumbra más una desconfianza por parte del colectivo, frente al poder de solución de conflictos que ostenta el Estado¹⁵, lo cual evidencia que, definitivamente, el sistema penal, no es el instrumento a través del cual se dará la consolidación del Estado.

Esta situación trae una consecuencia adicional, pues la desconfianza en el sistema hace que el ciudadano común no acuda al Estado en búsqueda de justicia, lo que haría que el mismo no pueda manejar estadísticas confiables acerca de la criminalidad que se desarrolla dentro de su territorio; lo cual, sumado a la falta de conocimiento de la sociedad en cuanto a las conductas que se encuentran clasificadas como punibles por el sistema - lo que es entendible dentro del violento contexto colombiano, donde la violencia se vive como parte de la cotidianidad – hacen de Colombia un Estado sin conciencia en cuanto a su criminalidad.

Dada esta situación, para conocer la realidad delictiva colombiana se hace necesario echar mano de otro tipo de estudios especializados realizados por organismos no estatales, a partir de los cuales, se han dado a conocer cifras de criminalidad equivalentes a las de un Estado en guerra, donde incluso, ya no es posible distinguir la violencia propia de los delitos políticos –tal como el terrorismo- , del resto de acciones punitivas, lo que se debe, entre otras cosas, al ingreso de los grupos ilegales en el tráfico de drogas, volviéndolos lo que hoy se denomina “narco-terroristas”.

¹⁵ Tal como lo expresa Juan Oberto Sotomayor, en su ensayo “Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa”, acerca de la última encuesta de victimización a la fecha, llevada a cabo por Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE- en 2003: “En Bogotá se abstiene de denunciar el 72.52% de los ciudadanos afectados por alguna acción delictiva; en Medellín el 71.92% y en Cali el 84.65%; en Bogotá, el 43.05% de las víctimas que no denunciarlo explicaron que no lo hicieron porque “las autoridades no hacen nada”, razón que alegó el 41.10% en Cali y el 23% en Medellín”.

Parece paradójico, pero, a pesar del bajo nivel de demanda de intervención del Estado por parte del colectivo social, el sistema penal colombiano permanece en colapso constantemente, como consecuencia de las numerosas investigaciones que se inician diariamente dentro de un sistema pequeño, respecto al margen de criminalidad y completamente inexperto, en términos de técnica investigativa, lo que hace que sólo aquellos procesos con carga probatoria irrisoria puedan terminar en sentencia.

Sin embargo, más allá de la impericia, la debilidad del sistema penal colombiano es provocada a su vez por el cuerpo normativo que lo rige, pues, con el fin de descongestionar el sistema, y hacerlo más eficiente se han creado normas que alivianan las cargas probatorias para algunos casos; ejemplo de esto son los mecanismos de negociación de la pena que parten de una aceptación de cargos por parte del procesado, e incluso, las cada vez más frecuentes declaratorias de estados de excepción durante los cuales el Gobierno expide normativas especiales para el campo penal¹⁶, las cuales, con posterioridad terminan volviéndose legislación ordinaria. Esta situación es tan sólo la punta del iceberg, pues, aunado a la normativa que favorece la falta de técnica investigativa, en el territorio colombiano, impera un constante ánimo reformista, lo que es claramente visible si se toma en cuenta que en los últimos veinte años se han expedido, tres códigos de procedimiento penal, dos códigos penales, dos Códigos de menores, así como una numerosa serie de decretos, reglamentos, etc¹⁷. Todo esto se genera como consecuencia del errado pensamiento de los titulares de turno del poder estatal, quienes intentan legitimar sus periodos de mandato a través de la expedición de normas, que no tienden a responder a necesidades o fluctuaciones sociales, sino que se rigen por tratos políticos con finalidades electorales.

¹⁶ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa. En: La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo. Madrid: Edisofer, 2008. p. 88.

¹⁷ *Ibid.*, p. 88.

Esta situación corresponde a lo que Sotomayor Acosta denomina “Populismo legislativo”, fenómeno que sólo en parte corresponde con el mencionado “Populismo punitivo”, de Díez Ripollés dado que en este, las normas penales son creadas como respuesta a una demanda social específica, sin mirar ningún otro factor que el clamor social. En Colombia esta situación no se presenta, esto como consecuencia de la falta de confianza en el sistema por parte de los ciudadanos, así como en el hecho según el cual, el parámetro que determina el contenido de las iniciativas legislativas, no se encuentra en las necesidades sociales sino en los intereses particulares de los que ostentan el poder.

Junto al “Populismo punitivo”, según Sotomayor Acosta¹⁸, y bajo la bandera de la lucha contra el enemigo se ha dado adicionalmente dos variantes que parecen un tanto contradictorias entre sí: por un lado, se ha generado un endurecimiento de las penas existentes, sin importar que con estas se afecten los derechos de los procesados; pero esto no ha llevado a un posicionamiento de la víctima en el proceso, pues con esta misma bandera, guiada por la finalidad de recobrar la paz en el territorio, se han decretado normas tal como la denominada “Ley de Justicia y paz” (Ley 975 de 2005), que han generado impunidad y abandono de las víctimas y sus intereses.

La “Ley de Justicia y Paz” (Ley 975 de 2005), la cual fue creada con la finalidad de ofrecer a los miembros de grupos paramilitares una alternativa de reinserción a la vida civil, a través de un pacto generado entre el insurgente y el Estado en el cual, el primero se compromete a entregar todos los bienes adquiridos y a relatar todos los delitos en los que incurrió, siendo parte del grupo al margen de la Ley, en audiencia pública a la cual serían convocadas las víctimas y/o sus familiares; a cambio de esto el Estado se compromete a no impartir penas superiores a 8 años de prisión, sin importar la gravedad del delito.

¹⁸ Ibid., p. 88.

Por su parte, frente a las víctimas se pretendía la materialización de los derechos a la “verdad”, “justicia” y “reparación”, atribuidos tradicionalmente a ella, así como la creación de un sistema de solución de conflictos paralelo al sistema penal, un sistema de justicia restaurativa, cuya estructura resulta insatisfactoria pues los valores pretendidos nunca podrán ser alcanzados.

En este sentido, la verdad que se obtiene a través del sistema creado por la Ley 975 es una verdad construida, que se encuentra condicionada a las formas procesales establecida y atestada de formalidades rimbombantes, que además dista, por mucho, de la verdad material.

En este punto, el Estado, a través de agencias sociales con patrimonio público se encarga de otorgarles a las víctimas bajo la modalidad de subsidio, ciertas prestaciones con base en su condición, formando un sistema de reparación, que a pesar de ser irrisorio, es una forma de indemnizar el daño causado por un tercero diferente al Estado, quien paga. Por otro lado, a través de la Ley, se pretende que los insurgente reinsertados, entreguen al Estado, de manera voluntaria, todos los bienes que hayan adquirido como consecuencia de su actividad delictiva, bienes que con posterioridad serían repartidos entre las miles de personas que han soportado las consecuencias de la violencia, siendo casi una certeza que no van a ser suficientes para indemnizar el dolor sufrido.

En general, la Ley 975, a pesar de propender, al menos en apariencia, por la instauración de un sistema restaurativo, lo cierto es que la definición otorgada al término “reparación”, trae consigo el reflejo de la teoría tradicional retribucionista de corte kantiano que justamente se pretende combatir, volviendo nuevamente a caer en la trampa de adoptar normativas permeadas de políticas retrógradas a través de las cuales se piensa que la finalidad del derecho penal es “retribuir” el mal causado con el hecho ilícito. Sin embargo fenomenológicamente hay que entender que esta pretensión jamás podrá ser satisfecha, nunca se podrá volver a

la víctima al estado pre-delictual, no se podrá devolver la vida al sujeto que murió, ni podrán borrarse las secuelas físicas de aquel al que lesionaron, este tipo de pretensiones jamás podrán satisfacerse a través de una sanción penal como la prisión.

Como ejemplo de esta perspectiva, a pesar de la creación de una jurisdicción especial para el desarrollo y aplicación de la normativa, esta jurisdicción adolece de los mismos males de la ordinaria, pues ha sido rodeada de formalismos innecesarios que obstaculizan los procesos de obtención de las reparaciones patrimoniales a las que tienen derecho las víctimas; así mismo, su participación dentro de las audiencias de versión libre son ínfimas, y lo peor, dado el gran número de desmovilizados y la escasez de oferta que posee mercado laboral colombiano, se han formado nuevas bandas sicariales que atemorizan ciudades enteras, que son conformadas por estos sujetos, quienes han roto, de manera unilateral, su compromiso con la paz.

Esta Ley se constituía como una alternativa para dejar atrás los tradicionalismos e innovar, por el bien de las víctimas, por el bien del pueblo que se desangra con la guerra y del desfalcado Estado colombiano, empero, la falta de planificación y de técnica, ha llevado a que esta ley carezca de eficacia y se convierta en un verdadero ejemplo de irracionalidad legislativa.

Esta norma ha dado lugar a la constitución de una jurisdicción especial y alternativa a la ordinaria, pero que no implica que sea eficaz y que funcione mejor que ésta, situación que se verá a continuación en un análisis del sistema ordinario.

2. LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO: ANÁLISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Una vez establecida la forma cómo la víctima llega a ser punto focal del sistema penal y posterior al análisis de ciertas posturas doctrinales al respecto, se vuelve determinante examinar cómo estas tendencias doctrinarias han permeado el sistema penal ordinario colombiano. Al respecto, se ha señalado el ánimo reformista que impera en el campo legislativo; se ha determinado cómo la lucha contra el enemigo ha sido determinante móvil dentro de la iniciativa legislativa, aunque no exclusivo, pues a través del análisis de los sistemas penales especiales, se han mostrado cómo puede aplicarse la racionalidad a la creación normativa colombiana.

En este sentido, se puede iniciar el análisis con el Código Penal de 1980, expedido a través del Decreto 100 de dicha anualidad, cuya finalidad principal era terminar con la línea de corte peligrosista que había marcado la normativa anterior (Código Penal de 1936), e iniciar la aplicación de teorías donde la base de la responsabilidad penal descansaba en la culpabilidad, teorías que habían sido introducidas en el escenario nacional a través de políticas dictadas bajo Estados de Sitio, bajo la bandera de la “Seguridad Nacional” lo que llevó a que fuesen adoptados delitos tales como el terrorismo y el denominado “asociación para delinquir”. Con la finalidad de dar aplicación a estos preceptos normativos, fue expedido el Decreto 050 de 1987, Código de Procedimiento Penal, al cual se le incluyeron preceptos procesales tan importantes como el principio de oportunidad.

Sin embargo, la estructura que se pretendió formar con esta norma no pudo mantenerse por mucho tiempo, pues, dada la posterior guerra entre carteles del narcotráfico sumada a otras situaciones de orden público, llevó a la creación de nuevas normativas (en forma de estatutos que eran anexos a la norma ordinaria,

uno de los más representativos, el de lucha contra el terrorismo) y estructuras judiciales alternas (tales como el uso de jueces sin rostro), así como la integración de nuevas gabelas que disminuían la carga investigativa del Estado, provenientes del sistema penal norteamericano, que implicaba además la disminución de garantías para los procesados .

Casi en su mayoría estas nuevas normativas fueron expedidas por el Gobierno bajo las facultades excepcionales que otorga la declaratoria de “Estado de Sitio”, convirtiéndose con posterioridad en normativa de aplicación regular; resultado fue la creación de múltiples sistemas paralelos al ordinario, razón por la cual, con el fin de unificar la legislación vigente y su forma de aplicación, se vuelve necesaria la expedición de un nuevo Código Penal, cuya finalidad principal estuviere trazada por el ánimo compilatorio¹⁹.

Por esta época y con posterioridad a la derogatoria del Decreto 050 de 1987, en términos procesales, se expide el Decreto 2700 de 1991, Código de Procedimiento Penal, en el cual la víctima participaba en el proceso a través de su constitución dentro del mismo como “Parte Civil”, esta figura suponía la interposición de una especie de demanda civil dentro del proceso penal a través de la cual la víctima realizaba una estimación de los perjuicios sufridos por ella con la acción delictiva, esta demanda podía ser instaurada en cualquier momento desde la apertura de instrucción hasta antes de la sentencia de primera o de única instancia y una vez era admitida la demanda el sujeto pasivo de la acción típica quedaba facultado para solicitar pruebas en procura de acreditar la naturaleza y cuantía del daño, así como de la identidad de los autores o partícipes y la responsabilidad del procesado e incluso se encontraba facultado para denunciar bienes del procesado con miras a ser utilizados para mostrar su capacidad para reparar el daño; igualmente podían solicitarse acciones preventivas de embargo y secuestro de los bienes del sindicado, e incluso, se encontraba en la posibilidad de interponer

¹⁹ Ibid., p. 89.

recursos frente a las actuaciones procesales que estuvieran relacionadas con los temas referentes con su pretensión indemnizatoria. Así mismo, en caso de querer acceder al expediente, debían hacerlo a través del ejercicio del derecho de petición.²⁰

Durante la vigencia de esta normativa se da la expedición de la Constitución Nacional de 1991, Carta Magna y parámetro último de validez del resto de normas jurídicas, dentro de la cual se realiza una referencia expresa dirigida a las víctimas consagrada en el artículo 250, a través del cual se determinan las funciones correspondientes a la Fiscalía General de la Nación y se le otorga a ésta la función de velar por la protección y el restablecimiento de los derechos de las víctimas; de esta manera y con base en este designio, nace el actual Código Penal, dictado a través de la Ley 599 de 2000, el cual no se circunscribe a una ideología o corriente doctrinaria específica, y se destaca por la ampliación del número de tipos penales establecidos, dentro de los que se encuentran algunos que habían sido catalogados como contravenciones en la legislación anterior, incluso, se aumentan y endurecen las sanciones, las cuales se han visto aún más prolongadas, a través de la introducción de reformas posteriores. Junto con el nuevo Código Penal se expide un nuevo Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, el cual tuvo una leve vigencia de 4 años, cuya finalidad era igualmente recopilar todas las normas dictadas en vigencia del código de 1980.

Para la Ley 600 del 2000, las actuaciones de las víctimas en el proceso, continuaban dándose a través de la figura de la “Parte Civil”, bajo los mismos parámetros, circunstancias y facultades trazadas por el Decreto 2700 de 1991. Sin embargo, en vigencia de este cuadro normativo, con base en una demanda de inconstitucionalidad impetrada por un ciudadano, se expide la sentencia C-228 de 2002, a través de la cual, la Corte Constitucional genera un punto de quiebre en el tratamiento que había sido dado a las víctima hasta ese momento.

²⁰ Decreto 2700 de 1991, artículos 45 a 55.

En este pronunciamiento, a través de un análisis de derecho comparado, de derecho internacional y con base en las disposiciones de la Constitución, la Corporación pone de manifiesto la existencia de tres derechos en cabeza de las víctimas, el derecho a la verdad, la justicia y la reparación. Los cuales no están circunscritos de manera exclusiva a la valoración de la reparación económica y tiene base en otros derechos de carácter constitucional, en términos de la Corte:

“... los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia—no restringida exclusivamente a una reparación económica—fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos.

De tal manera que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso:

1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos.
2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.
3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito”²¹.

Esta es la primera vez que de manera clara se habla en el país de estos tres derechos en cabeza de la víctima, los cuales para la Corporación podrían darse dentro del proceso sin estar acompañados de reparación económica alguna. Para la Corte sería posible pensar en la existencia de una víctima cuyo interés se centre en la búsqueda de la verdad y de la justicia:

²¹ BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá, 2002.

Aun cuando tradicionalmente la garantía de estos tres derechos le interesan a la parte civil, es posible que en ciertos casos, ésta sólo esté interesada en el establecimiento de la verdad o el logro de la justicia, y deje de lado la obtención de una indemnización. Ello puede ocurrir, por citar tan sólo un ejemplo, cuando se trata de delitos que atentan contra la moralidad pública, el patrimonio público, o los derechos colectivos o donde el daño material causado sea ínfimo –porque, por ejemplo, el daño es difuso o ya se ha restituido el patrimonio público– pero no se ha establecido la verdad de los hechos ni se ha determinado quién es responsable, caso en el cual las víctimas tienen un interés real, concreto y directo en que se garanticen sus derechos a la verdad y a la justicia a través del proceso penal.²²

Este pronunciamiento de la Corte Constitucional marca un hito dentro de la jurisprudencia nacional, pues en ésta, además de determinar los derechos en cabeza de las víctimas, también se elimina el pensamiento según el cual, el único interés de la misma en el proceso es obtener una reparación económica por el daño sufrido. Con base en este pensamiento, la Corporación abre la puerta para que la víctima pueda intervenir más allá de su pretensión pecuniaria y constituirse en parte civil en cualquier estadio del proceso, teniendo acceso al mismo de manera directa, sin necesidad de interponer petición formal alguna:

En consecuencia, y con el fin de proteger los derechos de la parte civil, la Corte declarará la inexecutable de la expresión “a partir de la resolución de apertura de instrucción” contenida en el artículo 47 de la Ley 600 de 2000, como quiera que los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica dependen de que durante esta etapa se le permita a la parte civil intervenir activamente aportando pruebas y cooperando con las autoridades judiciales y conociendo y controvirtiendo las decisiones que se adopten durante esta etapa, en especial la providencia mediante la cual se decide no abrir formalmente la investigación²³.

Igualmente, condicionó la constitucionalidad del artículo 30 de la Ley 600 de 2000 sobre acceso al expediente en ejercicio del derecho de petición, en el sentido de que una vez que se haya constituido la parte civil, ésta podrá acceder directamente al expediente desde el inicio de la investigación previa, pero si aún no se ha constituido en parte civil, la víctima o perjudicado deberá acceder al expediente en la forma prevista en el artículo 30, es decir, a través del ejercicio del derecho de petición.

²² Ibid.

²³ Ibid.

Sin embargo, éste no fue el único pronunciamiento, pues a través de otras providencias la Corte Constitucional, mostró, durante la vigencia del sistema anterior, un especial interés en la protección de las víctimas y sus derechos; de esta manera, a través de sentencia como la T-556 de 2002²⁴, se abre el camino para que esa protección pueda ser reclamada a través de acción de tutela; igualmente en sentencia C- 805 de 2002²⁵ la Corporación recordó los postulados propuestos en la sentencia C-228, al estudiar la constitucionalidad del artículo 392 (de las medidas de custodia sobre los bienes del procesado), donde reitera su postura de dar primacía a los derechos de las víctimas, y la idea de no limitar su interés a lo meramente económico.

Empero en este punto, en aplicación de la Ley 600 de 2000, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, impuso para el goce de los derechos a la verdad y a la justicia, que la víctima acredite la existencia de un interés patrimonial en cabeza suya, que justifique su intervención dentro del proceso:

Lo anterior constituye razón suficiente para concluir que en estas materias, surge para el juez el ineludible deber de ponderar, en cada caso en particular, si frente al derecho a la verdad o a la justicia que invoca el apoderado de la parte civil para legitimar su interés, existe o no un daño concreto, real y específico, esto es, si esta en juego su derecho a conocer lo que sucedió y a precaver que la conducta quede en la impunidad, como para habilitarlo a promover un recurso o una actuación determinada.

Es bajo un tal entendimiento, que esta Sala ha señalado que cuando la intervención de la parte civil dice justificarse en la necesidad de defender la verdad o la justicia, se requiere, para concordar con el contenido y alcance de las decisiones indicadas, que el recurrente señale en forma expresa la fuente de ese interés, y cuál derecho constitucional en particular le ha podido ser vulnerado, o lo que es igual, que acredite que como consecuencia de la conducta punible objeto de investigación y juzgamiento, sus derechos sufrieron un perjuicio directo, real y específico. -Cfr. Auto del 22 de junio de 2005, radicado 22102-²⁶.

²⁴ BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-556 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá, 2002.

²⁵ BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-805 de 2002. MP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá, 2002.

²⁶ BOGOTÁ. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Proceso 22289. MP. Marina Pulido de Barón. Bogotá, 2006.

Por otro lado, en el año 2002, como parte de un reformado interés hacia la víctima, se expide del Acto Legislativo 03 de 2002, a través del cual se reforma el mencionado artículo 250 de la Constitución de 1991, en términos de sumar a la labor de la Fiscalía, el asegurar la reparación integral de los sujetos pasivos de la acción delictual.

En relación con esta reforma, la Corte Constitucional, coincidió con la idea de otorgarle a la víctima una reparación integral de los perjuicios, entendiendo por tal el respeto de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, que pueden ser extraídos desde el primer artículo de la Carta donde se establece como un principio fundamental para el Estado, basado en la dignidad humana, que supone crear en torno a las víctimas oportunidades de participación dentro de la esfera del resarcimiento de su daño²⁷.

Para la Corporación, el derecho de acceder a la justicia que se consagra en el artículo 229 de la Carta, refuerza la protección a las víctimas, pues dentro de este derecho se incluye el deber de adoptar mecanismos idóneos que respeten el debido proceso y que por ende llevarán a que se le otorgue a la víctima la satisfacción de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Así mismo, esta protección tiene como base el principio de participación, que supone que los ciudadanos deberán hacer parte de las decisiones que los afectan; al igual que los principios de participación ciudadana y de garantía de un orden justo, todos ellos consagrados en el artículo segundo constitucional²⁸.

Por otro lado, a través de éste mismo Acto Legislativo 03 de 2002, se reforman los artículos 116, 250 y 251 de la Carta, con la finalidad de instaurar un nuevo sistema penal de corte acusatorio, caracterizado por su oralidad. Esta reforma se concreta

²⁷ BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 228 de 2002, Op. Cit.

²⁸ Ibid.

en la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, que entró en vigencia de manera progresiva en el territorio colombiano. En esta normativa el legislador hace un intento por unificar los pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia de víctimas y, de esta manera nace el artículo 11 del nuevo compendio procesal, a través del cual introduce en la legislación penal procesal, un listado de derechos en cabeza de las mismas en el que se hace énfasis en el derecho de acceder a la justicia y su protección por parte del ente estatal.

A través de la Ley 906 se pretende introducir el modelo acusatorio norteamericano a una realidad un tanto ajena al contexto donde el mismo fue creado, el cual contribuyó al ánimo expansionista que se vislumbra en la Ley 599, reflejado en el endurecimiento punitivo, y la creación de nuevos tipos penales; y a través del que se pretende enfrentar el déficit investigativo, aliviando las cargas probatorias en algunos casos.

Así mismo, cambia la denominación de “parte civil” a “víctima”, y la forma de reparación económica, la cual es llevada a cabo a través de la apertura de un incidente de reparación integral, que se abre con posterioridad a la sentencia condenatoria, y se caracteriza por ser un tanto más corto que la acción civil que se llevaba anteriormente y cuya finalidad básica será la cuantificación de los perjuicios causados a la víctima.

Sin embargo, a pesar de los cambios dados por el Legislador, la realidad no era muy diferente a las vigencias normativas anteriores, a las víctimas no se les había otorgado un lugar más privilegiado dentro del proceso, esto como consecuencia de la consagración de etapas procesales en las que no se incluía participación alguna de la víctima, situación que llevó a nuevas intervenciones por parte de la Corte Constitucional que ha actuado bajo el fiel propósito de otorgarle a la víctima la calidad de verdadera parte procesal.

De esta manera entraron al ruedo jurídicos pronunciamientos como la sentencia C-454 de 2006, que, con base en las disposiciones superiores y los tratados internacionales, reiteró la importancia de la participación de la víctima dentro del proceso, y el papel protagónico que debería asumir en el mismo, para la Corporación:

La explícita consagración constitucional de la víctima como sujeto que merece especial consideración en el conflicto penal, se deriva la profundización de las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho penal del Estado social de derecho, que promueve una concepción de la política criminal respetuosa de los derechos fundamentales de todos los sujetos e intervinientes en el proceso. Los intereses de la víctima, elevados a rango constitucional se erigen así en factor determinante de los fines del proceso penal que debe apuntar hacia el restablecimiento de la paz social.

Esta consagración constitucional de la víctima como elemento constitutivo del sistema penal, es así mismo coherente con los paradigmas de procuración de justicia provenientes del derecho internacional, que han sido acogidos por la jurisprudencia de esta Corte tal como se dejó establecido en aparte anterior. La determinación de una posición procesal de la víctima en el proceso penal conforme a esos paradigmas, debe establecerse tomando como punto de partida un sistema de garantías fundado en el principio de la tutela judicial efectiva, de amplio reconocimiento internacional, y con evidente acogida constitucional a través de los artículos 229, 29 y 93 de la Carta.

Este principio que se caracteriza por establecer un sistema de garantías de naturaleza bilateral. Ello 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. Esta bilateralidad, ha sido admitido por esta Corporación al señalar 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 predicán de igual manera respecto de las víctimas y perjudicados²⁹.

En este pronunciamiento, la guardiana de la Carta reitera, para la víctima dentro del proceso, la asignación de una verdadera posición de parte, la posibilidad de participar en el proceso en las mismas condiciones del procesado:

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

²⁹ BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-454 de 2006. M.P. Jaime Cordoba Triviño. Bogotá, 2006.

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.³⁰

Con posterioridad a este pronunciamiento, la Corte reitera la importancia de la víctima en el proceso a través de la sentencia C-209 de 2007, en la que hace un análisis del proceso penal en pleno, advirtiendo que no encuentra justificación alguna que amerite una exclusión de la víctima en cualquiera de las etapas procesales, puesto que constitucionalmente se le otorga a ésta la posibilidad de “intervenir en el proceso”, sin distinguir entre sus etapas. Al respecto define la Corporación:

También resalta la Corte que el numeral 7 del artículo 250 Superior esboza los rasgos básicos del rol que cumplen las víctimas dentro del proceso penal. En primer lugar, este numeral establece el carácter de interviniente que tienen las víctimas dentro del proceso penal acusatorio colombiano al decir que “la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal.” En segundo lugar, la facultad de intervención que tienen las víctimas se ejerce de manera autónoma de las funciones del Fiscal. Si bien el Acto Legislativo 03 de 2002 radicó en cabeza del Fiscal la función de acusar, no supedita la intervención de la víctima a la actuación del Fiscal. En tercer lugar, el legislador en ejercicio del margen de configuración que le reconoce la Carta, deberá determinar la forma como las víctimas harán ejercicio de ese derecho a “intervenir” en el proceso penal. En cuarto lugar, la intervención de las víctimas difiere de la de cualquier otro interviniente, en la medida en que éstas pueden actuar, no solo en una etapa, sino “en el proceso penal.” El artículo 250 no prevé que la participación de las víctimas esté limitada a alguna de las etapas del proceso penal, sino que establece que dicha intervención se dé en todo el proceso penal. Sin embargo, tal posibilidad ha de ser armónica con la estructura del proceso acusatorio, su lógica propia y la proyección de la misma en cada etapa del proceso.

De lo anterior se concluye que la víctima del delito no es un sujeto pasivo de protección por parte de la Fiscalía, sino un interviniente activo, constitucionalmente legitimado para hacer valer sus derechos dentro del proceso penal instaurado por el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004.

Se resalta, no obstante, que los derechos específicos que se le reconocen a la víctima no le quitan su carácter de interviniente, sino que la proyectan como una figura especial en las distintas etapas del proceso penal de tendencia acusatoria, para que haga valer sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral. Su intervención no se circunscribe a una participación final en el incidente de reparación una vez concluido el juicio, ya que ello no se compadece con lo señalado en el artículo

³⁰ Ibid.

250 (7) citado, y significaría una restricción de sus derechos a la verdad y a la justicia puesto que la víctima participaría activamente sólo a efectos de exigir reparación.³¹

La Corporación continúa promocionando la aplicación de los tres derechos básicos de las víctimas (verdad, justicia y reparación), aunque determinan su contenido de manera más amplia:

a. El derecho a la verdad.

31. El conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (principios 1° a 4) incorporan en este derecho las siguientes garantías: (i) el derecho inalienable a la verdad; (ii) el deber de recordar; (iii) el derecho de las víctimas a saber.

El primero, comporta el derecho de cada pueblo a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias que llevaron a la perpetración de los crímenes. El segundo, consiste en el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión como parte de su patrimonio, y por ello se deben adoptar medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al estado. Y el tercero, determina que, independientemente de las acciones que las víctimas, así como sus familiares o allegados puedan entablar ante la justicia, tiene el derecho imprescriptible a conocer la verdad, acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones, y en caso de fallecimiento o desaparición acerca de la suerte que corrió la víctima.

El derecho a la verdad presenta así una dimensión colectiva cuyo fin es “preservar del olvido a la memoria colectiva”, y una dimensión individual cuya efectividad se realiza fundamentalmente en el ámbito judicial, a través del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte.

32. Proyectando estos principios en el ámbito nacional, la jurisprudencia constitucional ha determinado que el derecho de acceder a la verdad, implica que las personas tienen derecho a conocer qué fue lo que realmente sucedió en su caso. La dignidad humana de una persona se ve afectada si se le priva de información que es vital para ella. El acceso a la verdad aparece así íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima.

b. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

33. Este derecho incorpora una serie de garantías para las víctimas de los delitos que se derivan de unos correlativos deberes para las autoridades, que pueden sistematizarse así: (i) el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; (ii) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; (iii) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso.

³¹ BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-209 de 2007. M.P. José Manuel Cepeda Espinosa. Bogotá, 2007.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho de acceso a la justicia, tiene como uno de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia. Este derecho involucra un verdadero derecho constitucional al proceso penal, y el derecho a participar en el proceso penal, por cuanto el derecho al proceso en el estado democrático debe ser eminentemente participativo. Esta participación se expresa en *"que los familiares de la persona fallecida y sus representantes legales serán informados de las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso, así como a toda información pertinente a la investigación y tendrán derecho a presentar otras pruebas"*

c. El derecho a la reparación integral del daño que se ha ocasionado a la víctima o a los perjudicados con el delito.

34. El derecho de reparación, conforme al derecho internacional contemporáneo 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 de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) 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.

La integralidad de la reparación comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación.³²

Al respecto, la importancia de la víctima, no sólo ha sido resaltada por la Corte Constitucional, sino también por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, quien en sentencia de 18 de Julio de 2007 confirmó la importancia de la misma y abrió la puerta para que ésta pueda actuar en cualquier parte del proceso:

En esas condiciones, es evidente que, como se ha dicho, la víctima ostenta la calidad de interviniente especial, en la medida en que para la consecución de sus fines (derecho a la verdad, derecho a que se haga justicia y derecho a la reparación) puede actuar durante todo el proceso penal.

Por tal motivo, el derecho de acceder a la justicia resulta el medio más efectivo para que la víctima pueda buscar la verdad, la justicia y la reparación. Por manera que si se le vulnera dicho derecho se le impide que no sólo haga parte del proceso sino que también se le reconozcan sus derechos, esto es, a ser indemnizado por los daños que se le han causado, a más del derecho a que se haga justicia y a conocer la verdad de los sucedido.

De ahí que para materializar los postulados de verdad, justicia y reparación la víctima puede recurrir al amparo de pobreza; impugnar la sentencia absolutoria; solicitar la revisión de la sentencias por procesos por violaciones a derechos humanos o

³² Ibid.

infracciones graves al derecho internacional humanitario, cuando una instancia internacional haya concluido que dicha condena es aparente o irrisoria; que se le comunique las decisiones sobre el archivo de diligencias; el derecho que tiene de solicitar la práctica de pruebas anticipadas; de pedir el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica; de elevar observaciones sobre el descubrimiento de elementos materiales probatorios y de totalidad de las pruebas que se harán valer en la audiencia del juicio oral; de deprecar la exhibición de los elementos materiales probatorios y evidencia física con el fin de conocerlos y estudiarlos; de incoar la exclusión de pruebas ilícitas e ilegales; de pedir el control de legalidad de la decisión de no imponer medidas de aseguramiento y que se le de protección directamente ante el juez competente, etc.

En esas condiciones, constituye una irregularidad que desquicia las bases del proceso penal cuando no se le permite a la víctima o al perjudicado con la comisión de la conducta punible acceder a los órganos pertinentes de la justicia con la finalidad de obtener la reparación directa de los daños causados y de obtener igualmente una decisión judicial que solucione su conflicto en forma integral.³³

Sin embargo, más allá de los derechos que tradicionalmente han sido atribuidos a las víctimas por parte de la doctrina, y que han sido reconocidos por la jurisprudencia, existen otros de corte procesal, aplicados de manera directa en el proceso penal colombiano de tipo acusatorio:

1. Derecho de recibir información de manera oportuna.

El artículo 135 de la Ley 906 de 2004, ha establecido la oportunidad de recibir información del proceso como una garantía para la víctima, para la Corte constitucional, esta garantía encuentra cimiento en los derechos constitucionales a un efectivo acceso a la justicia y supone la posibilidad de que la víctima pueda intervenir en cualquier parte del proceso, incluso en las fases más preliminares como la indagación.

Esta garantía se traduce en términos del derecho a la verdad, en lo concerniente a conocer el desarrollo del proceso, en todas sus facetas, esto como expresión del derecho a recibir una tutela judicial efectiva que supone la creación y puesta en marcha de mecanismos que lleven a la víctima a obtener una reparación integral.

³³ BOGOTÁ. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia de 2007, Radicado 26.255. Bogotá, 2007.

En el articulado original, esta garantía no se encontraba satisfecha pues introducía límites a su goce, en cuanto a oportunidad, pues activaba la garantía sólo desde el momento en que la víctima, siguiendo las formalidades, ingresara al proceso, cuando esta información debía otorgarse desde el momento mismo en que la víctima se pone en contacto con las autoridades; así como en cuanto a su contenido, dado que se limitaba la información susceptible de ser otorgada a lo concerniente a la pretensión indemnizatoria, reduciendo gravemente los derechos constitucionalmente otorgados a las víctimas, a lo meramente económico.

Este panorama normativo, instó a la Corte Constitucional para que en la sentencia C-454 de 2006, decretara la constitucionalidad condicionada del artículo 135 de la Ley 906 de 2004 y se le diera la siguiente interpretación:

Como consecuencia de esta constatación la Corte declarará la constitucionalidad condicionada del artículo 135 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que la garantía de comunicación a la víctima de sus derechos, se realizará desde el momento mismo en que ésta entre en contacto con las autoridades de investigación penal, y que la misma debe referirse a los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de que es titular³⁴.

2. Derecho a la información correspondiente al archivo y a la admisión de la denuncia.

Esta acepción es una vertiente del derecho a la información anteriormente planteado, sin embargo, con un contenido más específico, a través de éste se le impone a la Fiscalía General de la Nación, el deber de motivar las decisiones de archivo que sean tomadas por ella, con la finalidad de poner en conocimiento de la víctima dicha decisión y darle la oportunidad de mostrar su descontento con esta

³⁴ BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 454 de 2006, Op. Cit.

decisión y solicitar que la investigación sea reabierta, incluso podía aportar nuevos elementos probatorios que ayuden a justificar esta apertura.

Al respecto, la Corte Constitucional, explica el contenido y alcance de esta prerrogativa³⁵:

La previsión de la reanudación de la investigación busca también proteger a las víctimas. Éstas, al igual que el fiscal, en cualquier momento pueden aportar elementos probatorios orientados a mostrar la existencia de la tipificación objetiva de la acción penal o la posibilidad de su existencia, lo que de inmediato desencadenaría la obligación de reanudar la indagación.

Dentro de esta misma fase de investigación, la Corporación, le impone a la Fiscalía General de la Nación, el deber de motivar aquellas decisiones relacionadas con la inadmisión de la denuncia interpuesta por la víctima³⁶:

A juicio de la Corte, la decisión acerca de la denuncia reviste particular relevancia para la efectividad de los derechos de las víctimas y perjudicados con los delitos, por lo que no puede quedar exenta de controles externos. En consecuencia condicionará la exequibilidad de la expresión acusada “en todo caso se inadmitirán las denuncias sin fundamento” a que tal decisión emitida por el fiscal sea notificada al denunciante y al Ministerio Público. Ello a efecto de investir tal decisión de la publicidad necesaria para que el denunciante, de ser posible, ajuste su declaración de conocimiento a los requerimientos de fundamentación que conforme a la interpretación aquí plasmada le señale el fiscal, o para que el Ministerio Público, de ser necesario, despliegue las facultades que el artículo 277 numeral 7° de la Constitución le señala para la defensa de los derechos y garantías fundamentales.

Empero, a pesar del proteccionismo de la Corte Constitucional en relación con las víctimas, se reconoce en su cabeza, la carga de fundamentar considerablemente la denuncia, así como la forma adecuación *prima facie* de los hechos a un tipo penal específico; sin embargo, en caso de no hacerlo de manera correcta, se abre la posibilidad de interponer una nueva denuncia, pues para la Corporación dicho pronunciamiento carece de fuerza de cosa juzgada:

³⁵ BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-454 de 2006, Op. Cit.

³⁶ Ibid.

La afectación del derecho a acceder a la justicia que imponen las expresiones demandadas consiste en exigir del denunciante un mínimo de fundamentación a su declaración de conocimiento, en relación con la existencia del hecho que pone en conocimiento de la autoridad, y las características delictuosas que el mismo debe revestir, este último aspecto entendido como la concurrencia de los elementos que integran el tipo objetivo. La inadmisión, como cualquier decisión proferida en el ámbito de la administración de justicia, deberá ser motivada, proferida por el fiscal, y comunicada al denunciante y al Ministerio Público, y ella no hace tránsito a cosa juzgada, quedando vigente la posibilidad de que vuelva a ser presentada con el fundamento requerido en el sentido establecido en esta sentencia. En cuanto a la ampliación de la denuncia, “por una sola vez”, debe entenderse sin perjuicio de los derechos de intervención que la Constitución y la Ley prevén para las víctimas de los delitos.³⁷

3. Derecho a la introducción y solicitud de elementos probatorios.

Las oportunidades probatorias en el Sistema Penal introducido por la Ley 906 de 2004 son múltiples, ¿qué tanto interviene la víctima dentro de las etapas del proceso que incluyen posibilidades probatorias? la respuesta:

a) Durante la etapa de investigación, previa a la del juzgamiento, se abre la facultad de solicitar y practicar pruebas anticipadas, regulada en el numeral segundo del artículo 289 de la Ley 906, en el cual se excluye a la víctima de los sujetos procesales con posibilidad de solicitar pruebas en esta etapa, a lo cual la Corte constitucional en sentencia C-209 de 2007, se opone, por ser una discriminación injustificada a lo cual propone una interpretación de la norma:

(i) la norma excluye a la víctima de los actores procesales que pueden solicitar la práctica de pruebas anticipadas para lograr el esclarecimiento de los hechos, de las circunstancias de su ocurrencia, la determinación de los responsables, de la magnitud de los daños sufridos y el esclarecimiento de la verdad;

(ii) no se observa una razón objetiva que justifique la exclusión de la víctima de esta facultad, como quiera que su participación en esta etapa 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;

³⁷ Ibid.

(iii) esta omisión genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal en las etapas previas al juicio; y

(iv) entraña un incumplimiento, por parte del legislador, del deber de configurar una verdadera intervención de la víctima en el proceso penal que le impide asegurar el derecho a la verdad y del derecho de las víctimas consagrado en el literal d) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004. Por lo anterior, esta omisión resulta inconstitucional.

En consecuencia, a la luz del cargo analizado, deberá condicionarse la constitucionalidad del numeral 2 del artículo 284 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la víctima también puede solicitar la práctica de pruebas anticipadas ante el juez de control de garantías.³⁸

a) Se abre también la posibilidad de dar cabida a la formación del acervo probatorio durante la audiencia de formulación de la acusación, regulada en el artículo 344, donde en el sentir de la Corte también se evidencia una discriminación injustificada que debe ser subsanada a favor de las víctimas³⁹:

(i) la norma excluye a la víctima de los actores procesales que pueden solicitar el descubrimiento de las pruebas;

(ii) no se observa una razón objetiva que justifique la exclusión de la víctima de esta facultad, como quiera que su participación en esta etapa sólo tiene como finalidad el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica que pretendan hacer valer en juicio, pero no su contradicción, por lo cual esta facultad no conlleva una modificación de los rasgos estructurales del sistema penal con tendencia acusatoria, no altera la igualdad de armas, ni modifica la calidad de la víctima como interviniente especialmente protegido;

(iii) esta omisión genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal en las etapas previas al juicio; y al igual que en el caso de las solicitudes probatorias reguladas por el artículo 357 de la Ley 906 de 2004; impide a la víctima asegurar el esclarecimiento de la verdad;

(iv) esta omisión envuelve un incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal que le impide asegurar el derecho a la verdad. Subraya la Corte que el derecho de las víctimas consagrado en el literal d) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004 a que se les facilite el aporte de pruebas, no se ha proyectado al artículo 344, como lo exige el goce efectivo del derecho de las víctimas a la verdad.

En consecuencia, a la luz del cargo analizado, deberá condicionarse la exequibilidad del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la víctima también puede solicitar el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica.

³⁸ BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-209 de 2007, Op. Cit.

³⁹ Ibid.

- b) De igual manera dentro de las posibilidades probatorias se encuentran aquellas que se ejercen a través de las audiencias preliminares, revisadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-209 de 2007, regladas por la Ley 906 de 2004 en los artículos:

Artículo 356 de la Ley 906 de 2004⁴⁰:

(i) la norma excluye a la víctima de los actores procesales que pueden participar en la audiencia preparatoria y hacer observaciones sobre el descubrimiento de elementos probatorios y la totalidad de las pruebas que se harán valer en la audiencia del juicio oral.

Artículo 358 de la Ley 906 de 2004⁴¹:

“(i) la norma excluye a la víctima de los actores procesales que pueden solicitar la exhibición de los elementos materiales probatorios y evidencia física, con el fin de conocerlos y estudiarlos”.

Artículo 359 de la Ley 906 de 2004⁴²:

(i) la norma no incluye a la víctima dentro de los actores procesales que pueden solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba.

En todas las disposiciones, la Corte pretendió igualar la posición de la víctima dentro del proceso, de manera tal que determinó constitucionalidades condicionadas, donde extiende estas facultades a las víctimas.

- c) Finalmente se encuentra la etapa del juicio oral, cuya facultad probatoria se encuentra regulada en los artículos 378, 391 y 395. En esta etapa se le niega a la víctima el ejercicio de su facultad probatoria de manera directa, pues, en consideración a los rasgos estructurales y características esenciales del sistema penal con tendencia acusatoria diseñado por el legislador en la Ley 906 de 2004, dicha facultad debe ser ejercida de manera indirecta a través del Fiscal.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

En este punto, la Corte Constitucional ha aceptado la existencia de una discriminación, para ella no constituye violación alguna el hecho según el cual, ni la víctima, ni su representante, pueden intervenir en la etapa del juicio oral, dado que, en esta parte del proceso los intereses de las víctimas se encuentran representados por la Fiscalía General de la Nación, quien actúa en pro del resarcimiento de sus perjuicios, según la Corporación:

7.4.6. 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 de la Ley 906 de 2004, es necesario por las mismas razones invocadas anteriormente efectuar una integración con el correspondiente artículo, visto globalmente. Sobre tales disposiciones, la Corte observa que:

(i) excluyen a la víctima de los actores procesales que pueden 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;

(ii) sin embargo, 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;

(iii) por ello, esta omisión no genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal, sino que busca evitar que la defensa quede en una situación de desventaja en el juicio oral dados sus rasgos esenciales definidos por el propio constituyente; y

(iv) 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 de la Ley 906 de 2004.⁴³

Esto no parece tan claro, pues ¿cómo puede garantizarse la fidelidad del Fiscal al sentir de las víctimas sino existe norma jurídica que sancione al Fiscal en caso de no seguir lo dispuesto por las partes?, no existe una verdadera vincularidad en este sentido, relevando la opinión de la víctima a una simple recomendación elevada por el abogado de las mismas al Fiscal, quien finalmente, según su arbitrio podrá seguir dichos consejos o apartarse de ellos, ¿para qué servirían todas la gabelas otorgadas anteriormente si en la etapa central del proceso la víctima no es tomada como verdadera parte del proceso? Sin lugar a dudas, le resta un alto grado de importancia a la labor desempeñada antes del juicio.

4. Derecho a la impugnación de decisiones.

Según lo ha determinado la Corte Constitucional, dada la posición de parte procesal que ostentan las víctimas, éstas se encuentran en la posibilidad de impugnar las decisiones que resulten adversas a sus intereses. De esta manera podrán impugnar las providencias generadas en aplicación del principio de oportunidad o en las normas de preclusión, a través de las cuales se decida abandonar o continuar con el proceso penal.

Así mismo, desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 906, la Corte Constitucional ha determinado la posibilidad de ejercer apelaciones sobre sentencias absolutorias, esto con base en la igualdad, base del sistema constitucional colombiano, que para el caso, abre la puerta para que, dado que existe la posibilidad de esta intervención para las sentencias condenatorias, en

⁴³ Ibíd

igualdad de condiciones debe generarse esta oportunidad para las víctimas como partes del proceso:

En tales condiciones, la Corte llega a la conclusión de que, no solo no es violatorio del non bis in idem, establecer la posibilidad de apelar la sentencia absolutoria, sino que, por el contrario, excluir esa posibilidad podría resultar problemático desde la perspectiva de la garantía constitucional de la doble instancia, el derecho de acceso a la administración de justicia, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y el imperativo que la Carta impone a las autoridades de lograr la vigencia de un orden justo (CP art. 2°).

De este modo, así como, por expreso mandato constitucional, que está previsto también en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, nuestro ordenamiento garantiza la posibilidad del sindicado de impugnar la sentencia condenatoria, también se ha previsto, en desarrollo de la garantía de la doble instancia, la posibilidad de apelar la sentencia absolutoria, lo cual constituye una garantía para las víctimas y protege el interés de la sociedad en una sentencia que, con pleno respeto de los derechos del sindicado, conduzca a la verdad, la reparación y la justicia⁴⁴.

Posición que se extiende a la actualidad normativa, pues, la Corte ha reiterado su posición al respecto:

... si bien la impugnación de la sentencia condenatoria es un derecho consagrado expresamente a favor del sindicado en la Constitución y en diversos instrumentos internacionales, no es menos cierto que la posibilidad de apelar la sentencia absolutoria es expresión de derechos de similar entidad de las víctimas y materialización del deber de las autoridades de asegurar la vigencia de un orden justo⁴⁵.

5. Del incidente de reparación.

Una vez se termine el proceso penal, a través de expedición de sentencia por parte del Juez, se abre la oportunidad para la víctima de lograr la reparación económica de su daño, a través de la apertura de un incidente de reparación.

⁴⁴ BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-998 de 2004. MP. Álvaro Tafur Galvis. Bogotá: El autor, 2004.

⁴⁵ BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-209 de 2007, Op. Cit.

Como requisito para iniciar este trámite es necesario que el fallo del juez sea condenatorio, y que la solicitud del incidente sea presentada con anterioridad al fallo.

En principio, el tenor original de la Ley 906 de 2004, determinaba que la legitimidad para presentar la solicitud se encontraba de manera exclusiva en cabeza de la víctima directa o sus causahabientes, nadie más, lo cual instó a varios pronunciamientos de la Corte Constitucional, que llevaron incluso a una declaratoria de inexecutable por parte de la Corporación, quien considera:

En el derecho internacional la tendencia es a considerar víctima a toda persona que hubiese sufrido un daño a consecuencia del delito. Así, el conjunto de principios y directrices básicas de la ONU sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves de derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparación, establece que “A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida económica o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediatas o a las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización”.

Siguiendo esa tendencia del derecho internacional la jurisprudencia de esta Corporación se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre el alcance del concepto de víctima, precisando 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. Este criterio se ha sostenido tanto en el contexto de los procesos penales de la justicia ordinaria en el ámbito nacional, como en el contexto de la justicia transicional, y de la justicia internacional⁴⁶.

Sin embargo, tras una reforma introducida por la Ley 1395 de 2010, esa limitación ha desaparecido, y ahora simplemente se establece que podrá instar a la apertura del incidente de reparación a petición de la víctima, sin restricciones adicionales.

⁴⁶ BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-516 de 2007. MP. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá, 2007.

De esta manera, todas estas intervenciones jurisprudenciales, parecen crear un alto grado de protección a la víctima, donde, a través de la interpretación legal, otorgan más oportunidades de participación dentro del proceso penal y la configuración de nuevas oportunidades de participación, sin embargo, la verdadera cuestión sería establecer si ésta es la vía idónea para cumplir de manera integral con sus necesidades.

Podría pensarse en otras alternativas de intervención de la víctima que no se crucen con el sistema penal y propendan por una verdadera restitución de sus derechos.

3. LA VÍCTIMA MÁS ALLÁ DEL PROCESO PENAL, UNA ALTERNATIVA AL ENDURECIMIENTO PUNITIVO

A pesar del nacimiento de corrientes doctrinarias dirigidas a la protección de los derechos de la víctima y a su inclusión en el proceso judicial, a pesar de la tendencia reformista colombiana tendiente a crear un proteccionismo extremo a favor de la población, con políticas dirigidas a la prevención de los delitos a través del uso de la amenaza punitiva; se ha olvidado a la víctima en sus necesidades más básicas, donde aquellos ánimos de salvación se quedan en los estrados políticos.

La realidad que se ve al analizar la normativa es un reflejo de una lucha constante contra el enemigo subversivo del Gobierno de turno y no una respuesta al clamor de las verdaderas necesidades de las víctimas, se desgastan en aumento de penas, en creación de nuevas figuras punitivas y parece no entender que tal como advierte Christian Tomuschat:

“La justicia no se limita a castigar a los culpables, sino que también tiene en cuenta los planteamientos de las víctimas para darles algún tipo de satisfacción”⁴⁷.

No se ha planteado en la legislación nacional la posibilidad de que las víctimas puedan tener necesidades que no se encuentran unidas al sistema penal o a cualquier tipo de manifestación punitiva que ahora parece obsesionar al Estado, expectativas que pueden ser satisfechas a través de la imposición de medidas administrativas de protección a los sujetos pasivos de la actividad delictual, probablemente más eficientes e incluso, fiscalmente más beneficiosas para el Estado.

⁴⁷ TOMUSCHAT, Christian. Reparación: el caso de Guatemala. Cuadernos del conflicto. En: Justicia, verdad y reparación en medio del conflicto. Bogotá: Legis, 2005. p. 15.

Un ejemplo de esta situación es apreciable en una sentencia de tutela dictada por la Corte Constitucional en febrero de 2010, para el caso de unas mujeres testigo de la masacre de sus familiares y desplazadas por la violencia cuyo único clamor se circunscribe a la atención en salud por parte del Estado; en ningún momento solicitan condena penal alguna para sus victimarios. Como consecuencia de esta solicitud, la Corporación no se pronuncia en términos de los derechos a la Verdad, la Justicia y la Reparación, sino en cuanto al deber del Estado de acompañar a las víctimas a través de las consecuencias que trajo para ellas la producción de la conducta ilícita. En este pronunciamiento la Corporación aceptó la existencia de otras necesidades en cabeza de la víctima que no tocan con el proceso penal y que se alejan de cualquier ánimo punitivo:

En el caso de las personas víctimas del conflicto armado, que además han tenido que desplazarse de su territorio para poder sobrevivir, esta Corporación ha establecido que dada la masiva, compleja, sistemática y continuada violación de los derechos fundamentales de este sector poblacional, el Gobierno Nacional y, en general, las autoridades públicas, deben tomar medidas tendientes tanto a la prevención de la ocurrencia de nuevos hechos como a la asistencia oportuna y completa de quienes ya los padecieron⁴⁸.

A través de este pronunciamiento la Corte, muestra una nueva gama de posibilidades de atención a las víctimas por fuera del sistema penal, donde puedan ser satisfechas las demandas de los sujetos pasivos de la conducta ilícita sin atravesar por los costos, tanto sociales como económicos de un proceso.

Al respecto se propone entonces como alternativa para el ejercicio del poder punitivo estatal, y la protección de los intereses de la víctima, la vía de la aplicación de una verdadera reparación integral de las víctimas, una reparación que se encuentra más allá del trípede doctrinario conformado por derechos a la Verdad, Justicia y Reparación, que constituya una nueva forma de justicia “más allá del castigo”.

⁴⁸ BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-045 de 2010. M.P. María Victoria Calle Correa. Bogotá, 2010.

Una aplicación de esta alternativa se encuentra en la Legislación española, específicamente, en la Ley Orgánica 01 de 2004, Ley de Justicia de Género, en la cual, frente a los casos de violencia intrafamiliar, o actos violentos generados con base en discriminación sexual, se ponen sobre la mesa alternativas diferentes al sistema penal; unas de corte preventivo, dentro de las que se impone deberes de educar a la población; otras, de asistencia social inmediata y posterior; así como, apoyo económico y protección especial en el campo laboral para las víctimas de agresiones; al igual, se les otorga prioridad en la adquisición de vivienda protegida y de tercera edad. El ánimo proteccionista de esta normativa, se ve reflejado dentro de la exposición de motivos que llevó a la expedición de la Ley, en los que se determina:

El ámbito de la Ley abarca tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones, así como el principio de subsidiariedad en las Administraciones Públicas. Igualmente se aborda con decisión la respuesta punitiva que deben recibir todas las manifestaciones de violencia que esta Ley regula. La violencia de género se enfoca por la Ley de un modo integral y multidisciplinar, empezando por el proceso de socialización y educación. La conquista de la igualdad y el respeto a la dignidad humana y la libertad de las personas tienen que ser un objetivo prioritario en todos los niveles de socialización.

La Ley establece medidas de sensibilización e intervención en el ámbito educativo. Se refuerza, con referencia concreta al ámbito de la publicidad, una imagen que respete la igualdad y la dignidad de las mujeres. Se apoya a las víctimas a través del reconocimiento de derechos como el de la información, la asistencia jurídica gratuita y otros de protección social y apoyo económico. Proporciona por tanto una respuesta legal integral que abarca tanto las normas procesales, creando nuevas instancias, como normas sustantivas penales y civiles, incluyendo la debida formación de los operadores sanitarios, policiales y jurídicos responsables de la obtención de pruebas y de la aplicación de la ley⁴⁹.

Como consecuencia de la aplicación de esta normativa, se ha generado en el país ibérico, un aumento en el porcentaje de denuncia de agresiones generadas con base en el género, lo que no necesariamente supone un aumento en la criminalidad de este tipo, sino que puede implicar un aumento en la confianza

⁴⁹ Ley Orgánica 01 de 2004, Exposición de motivos. España.

social en el sistema, que ofrece ahora nuevas medidas de protección que parecen más efectivas.

De esta manera, una alternativa de este tipo en Colombia, cambiaría la forma de concebir el derecho penal, atrás quedan aquellas teorías retrógradas retribucionistas a través de las cuales se pensaba que la finalidad del derecho penal era “retribuir” el mal causado con el hecho ilícito, dentro de las que fenomenológicamente hay que entender que esta pretensión jamás podrá ser satisfecha, nunca se podrá volver a la víctima al estado pre-delictual, no se podrá devolver la vida al sujeto que murió, ni podrán borrarse las secuelas físicas de aquel al que lesionaron, ni la morales a aquel al que le hurtaron; es una alternativa donde no se pretenda borrar la imagen del delito, sino compensar lo ocurrido a través de una prestación directa a la víctima.

Sin embargo, no podría decirse que nos encontremos muy lejos de la posibilidad de adoptar este tipo de alternativas normativas alejadas de cualquier ánimo punitivo, un ejemplo de este acercamiento podría tomarse de la configuración del Código de Infancia de la Adolescencia, expedido a través de la Ley 1098 de 2006, que constituye un ejercicio de la racionalidad legislativa propuesta por Díaz Ripollés y alejada de la idea de la doctrina de la lucha contra el enemigo.

En este sistema especial podrán ser declarados penalmente responsables sólo aquellos menores que se encuentren entre los catorce (14) y los dieciocho (18) años, a los demás menores, se les impondrán medidas para restablecer sus derechos.

De esta norma vale destacar que su expedición se dio con total apego a las garantías establecidas en pactos internacionales relacionados con los menores infractores y contó además con el aval de un grupo técnico denominado *Alianza por la Niñez Colombiana*, conformado por organizaciones internacionales y nacionales, que direccionó este proceso de adopción y adaptación, de la norma a

la realidad colombiana, lo que muestra que en su configuración más allá del enemigo y de pretender sosegar el miedo social a la figura del delito, fueron determinantes las necesidades de la sociedad y el respeto de las garantías de los infractores⁵⁰. Esta tendencia aunada a una nueva visión de la víctima, en la que se reconozca que ésta puede tener necesidades diferentes a la punición de su victimario; podrían llevar a que puedan configurarse nuevas formas de resarcimiento del daño. Por fuera de las lides judiciales que enmarca el sistema penal.

⁵⁰ SOTOMAYOR ACOSTA, Op. Cit., p. 96.

BIBLIOGRAFÍA

BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-209 de 2007. M.P. José Manuel Cepeda Espinosa. Bogotá: El autor, 2007.

----- . Sentencia C-228 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá: El autor, 2002.

----- . Sentencia C-454 de 2006. M.P. Jaime Cordoba Triviño. Bogotá: El autor, 2006.

----- . Sentencia C-516 de 2007. MP. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá: El autor, 2007.

----- . Sentencia C-805 de 2002. MP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá: El autor, 2002.

----- . Sentencia C-998 de 2004. MP. Álvaro Tafur Galvis. Bogotá: El autor, 2004.

----- . Sentencia T-045 de 2010. M.P. María Victoria Calle Correa. Bogotá: El autor, 2010.

----- . Sentencia T-556 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá: El autor, 2002.

BOGOTÁ. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia de 2007, Radicado 26.255. Bogotá: El autor, 2007.

-----, Sala Penal. Proceso 22289. MP. Marina Pulido de Barón. Bogotá: El autor, 2006.

DE CELIS, J. Bernant y HULSMAN, Louk. Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa. Barcelona: Ariel, 1984.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La víctima del delito en la política criminal y el derecho penal. En: Revista Jueces para la Democracia, información y debate. Madrid. No. 57, (2006); p. 33-35.

FREDDY PÉREZ, William. Guerra y Derecho Penal en Colombia. Medellín. Universidad de EAFIT, Especialización en Derecho Penal, 2009. (Notas de clase).

GARLAND, David. La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea, traducción Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005.

GÓNZÁLEZ ZAPATA, Julio. Verdad, justicia, paz y reparación en la mitología pena. A propósito de la Ley 975 de 2005. En: Revista Estudios Políticos. Medellín. No. 27, (Jul-Dic. 2005); p. 47-63.

HASSEMER, Winfried. Fundamentos del derecho penal. Barcelona: Bosch, 1984.

NINO, Carlos Santiago. Justicia. En: El derecho y la Justicia. Madrid: Trota, 1988.

QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. 3. ed. Bogotá: Temis, 2000.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa. En: La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo. Madrid: Edisofer, 2008.

TOMUSCHAT, Christian. Reparación: el caso de Guatemala. Cuadernos del conflicto. En: Justicia, verdad y reparación en medio del conflicto. Bogotá: Legis, 2005.