

LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL: EVOLUCION
EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

PAOLA ALEXANDRA RODRIGUEZ SUAREZ

Trabajo de grado para optar al título de magíster en Derecho Penal

Asesor: Juan Oberto Sotomayor Acosta

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
MEDELLÍN
2018

A Juan, porque me dio su tiempo para que yo pudiera cumplir mi sueño.

LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL: EVOLUCION
EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
VICTIM'S RIGHTS IN A CRIMINAL PROCESS: CONSTITUTIONAL CASE-LAW
EVOLUTION

Resumen

El desarrollo que los derechos de las víctimas en el proceso penal Colombiano han tenido hasta la actualidad; más allá de la posición otorgada por el legislador; proviene de la jurisprudencia constitucional, cuyo punto de partida inicia antes de la implementación del actual sistema penal acusatorio, en un fallo relacionado con la jurisdicción penal militar y paulatinamente se han extendido a todo el proceso penal de la justicia ordinaria; donde la corte en aplicación del artículo 93 constitucional ha hecho uso del concepto de bloque de constitucionalidad para invocar instrumentos internacionales de protección de los derechos de las víctimas que, en armonía con otros preceptos de la constitución ha buscado garantizar, en las formas del proceso; generando un cambio radical tanto en los derechos fundamentales que tradicionalmente el derecho penal liberal había otorgado al procesado, como en la actual estructura del sistema acusatorio de características especiales y propias concebidas en la constitución y la ley.

Palabras claves: Víctima, jurisprudencia constitucional, bloque de constitucionalidad, garantías constitucionales, proceso penal.

Abstract

Victim's right development under Colombian criminal processes to date, goes beyond the position granted by the legislator; it comes from constitutional case law with a starting point before the implementation of the current accusatory criminal system in a sentence related to military criminal jurisdiction, that gradually has

reached the common justice criminal process, where the court, applying Article 93 of the Constitution, has used the constitutionality-block concept to invoke victim's rights protection international instruments that, in harmony with other constitutional precepts has sought to guarantee the process form yielding a radical change both in fundamental rights that liberal criminal law had granted to the defendant, and in the current structure of the accusatory system with special features conceived under the Constitution and the Law.

Keywords: Victim, Constitutional case law, constitutionality block, constitutional guarantees, criminal process.

CONTENIDO

1. INTRODUCCION	7
2. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE CONTENIDO EXCLUSIVAMENTE ECONÓMICO EN EL DECRETO 2700 DE 1991.....	15
2.1 CONCEPTO DE PARTE CIVIL Y VÍCTIMA.....	16
2.2 EL INTERÉS POR CONSEGUIR LA VERDAD SÓLO EN CABEZA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA.....	16
2.3 DERECHO A INTERVENIR EN LA ACTUACIÓN, TRATO DIFERENCIAL.....	18
2.4 DERECHO AL RESARCIMIENTO DE LOS PERJUICIOS COLECTIVOS.....	19
3. EL CAMINO SEÑALADO EN LA JURISPRUDENCIA, RESPECTO DEL PROCESO PENAL MILITAR, PARA LA ESTRUCTURA ACTUAL DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS.....	21
4. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS A LA VERDAD, LA JUSTICIA Y LA REPARACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO LEY 600 DE 2000. SUJETO PROCESAL EN SETIDO PLENO.....	27
4.1 RE-CONCEPTUALIZACIÓN DE LA PARTE CIVIL Y SUS IMPLICACIONES DENTRO DEL PROCESO PENAL. CAMBIO DE JURISPRUDENCIA.....	28
4.2 DERECHO A LA REPARACIÓN, LA VERDAD Y A QUE SE HAGA JUSTICIA A LA LUZ DE LA CONSTITUCION.....	31
4.2.1 DERECHO A INTERVENIR EN LA ACTUACIÓN.....	32
4.2.2 ACCIÓN DE REVISIÓN, RELATIVIZACIÓN DE LA COSA JUZGADA Y DEL <i>NON BIS IN IDEM</i>	36
5. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO, LEY 906 DE 2004, INTERVINIENTE ESPECIAL.....	38
5.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS Y PROTECCION DE LAS VÍCTIMAS.....	40

5.2 CONCEPTO DE VÍCTIMA.....	42
5.3 DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS A LA VERDAD, A LA JUSTICIA Y LA REPARACIÓN.....	42
5.3.1 DERECHO A LA VERDAD.....	43
5.3.2 DERECHO A LA JUSTICIA.....	44
5.3.3. DERECHO A LA REPARACIÓN.....	44
5.3.4 DERECHO A UN RECURSO JUDICIAL EFECTIVO.....	45
5.4 DERECHO A INTERVENIR EN LA ACTUACIÓN, INTERVINI- ENTE ESPECIAL	45
5.4.1 GARANTÍAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL CURSO DE LA ACTUACIÓN.....	46
5.4.2 FACULTAD PARA INTERVENIR EN PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES.....	48
5.4.3 FACULTADES EN MATERIA PROBATORIA.....	48
5.4.4 FACULTADES PARA SOLICITAR MEDIDA DE ASEGURAMI- ENTO Y PROTECCIÓN.....	51
5.4.5 FACULTAD PARA INTERVENIR EN LA FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN Y EN LA ACUSACIÓN.....	52
5.4.6 INTERVENCIÓN EN TRÁMITES QUE SUSPENDEN O PONEN FIN A LA ACTUACIÓN.....	53
5.4.7 JUSTICIA RESTAURATIVA.....	59
5.4.8 ACCIÓN DE REVISIÓN, RELATIVIZACIÓN DE LA COSA JUZGADA Y DEL <i>NON BIS IN IDEM</i>	61
5.5 ACTUACIONES EN LAS QUE NO HAY INTERÉS DE LA VÍCTIMA	62
6. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO ABREVIADO, LEY 1826 DE 2007, FACULTAD PARA CONSTITUIRSE COMO PAR- TE MEDIANTE LA FIGURA DEL ACUSADOR PRIVADO.....	64
7. CONCLUSIONES.....	68

1. INTRODUCCION

En la actualidad la víctima ha ganado un protagonismo relevante en el sistema penal, desde el punto de vista político criminal con unas implicaciones importantes frente a sus derechos y reivindicaciones. A la par, ese protagonismo se ha incrementado por el papel que han jugado en los últimos años organismos internacionales de defensa de DH y la creación de nuevos instrumentos de protección como ha sido la creación de la Corte Penal Internacional y sobre todo, pronunciamientos en nuestro medio, fundamentalmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuya jurisprudencia ha implicado un mayor reconocimiento e incremento de los derechos de las víctimas de violaciones de DH que al configurarse en delito, termina repercutiendo también respecto de los derechos que ellas tienen en el proceso penal.

En Colombia el nuevo papel de la víctima ha sido desarrollado fundamentalmente a partir de la jurisprudencia de la corte, que recoge esos aportes de los organismos internacionales y regionales de DH; transformando los derechos de las víctimas que consagraba el texto legal.

Es necesario establecer esta situación jurídica interna de garantías por ser de interés no solo en la actividad judicial, sino fundamentalmente de un panorama que invita a posturas críticas o de conformidad frente a la creciente influencia del derecho internacional público en el ordenamiento interno con la bandera de protección de los DH de las víctimas, teniendo en cuenta que tanto éstos como las garantías penales del ciudadano sometido a investigación penal son esenciales para la preservación de un orden justo, digno y pacífico. En efecto, se identificará dentro de la seguridad jurídica que ofrece el control constitucional de las normas, la insegura protección de garantías constitucionales y penales del procesado. Esta

actividad jurisprudencial se presenta en constante evolución por lo que será siempre un trabajo inacabado y por ende sometido a permanente replanteamiento.

Son tres los modelos procedimentales penales que han tenido vigencia, en la Constitución de 1991 (en adelante Const. Pol.) : el sistema mixto con tendencia inquisitiva de la ley 2700 de 1991, el sistema mixto con algunos rasgos inquisitivos pero marcada tendencia acusatoria de la ley 600 de 2000 y últimamente el sistema acusatorio con características especiales y propias implementado en la ley 906 de 2004; en todos ellos la víctima del delito ha tenido participación; en principio y hasta el año 2002, la legislación y la jurisprudencia reconocían sus derechos a obtener el resarcimiento del daño causado con el delito. A partir de allí, ha sido la jurisprudencia constitucional la encargada de desarrollar sus derechos y facultades más allá del texto legal, bajo la premisa de hacerlos compatibles con los principios constitucionales a los cuales ha integrado instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos (en adelante DH) y las graves violaciones contra el derecho internacional humanitario (en adelante DIH); en desarrollo del concepto de bloque de constitucionalidad, al punto que esos derechos han evolucionado de la simple reparación del perjuicio causado con la conducta punible, a los actuales derechos de verdad, justicia y reparación.

Esa compleja labor de incorporar el derecho internacional público en el ordenamiento penal colombiano, a través de la figura del bloque de constitucionalidad es relevante porque conlleva la resolución de tensiones entre las garantías constitucionales de imperativo respeto en el país, y al mismo tiempo el deber de responder acertadamente a compromisos internacionales del Estado para brindar seguridad en la protección de los derechos humanos de las víctimas pero muy particularmente es fuente de nuevas tensiones con los derechos y garantías del procesado. Se pretende por tanto mostrar cómo se produjeron esos cambios en la Corte Constitucional (en adelante la corte), sus argumentos y consecuencias en la posición actual de las víctimas en el proceso penal.

La Const. Pol., se enmarca dentro del proceso de reformas denominado *constitucionalismo* originario de Europa después de la segunda guerra Mundial, gracias a él, se refuerza el papel protector de los derechos humanos y la creación de los jueces constitucionales¹ ante una relativa desconfianza hacia el legislador, estableciendo límites frente a las decisiones de la mayoría, en ejercicio de la soberanía popular para salvaguarda de la constitución como lo refiere Luis Prieto Sanchís: "...una constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces"².

La articulación del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho interno por disposición constitucional es posible gracias a lo preceptuado en el Art. 93 Const. Pol., al disponer la prevalencia de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, que consagren DH y prohíban su limitación en estados de excepción, al tiempo que señala la interpretación de derechos y deberes consagrados en la Const. Pol., de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos. Lo anterior corresponde al cumplimiento de compromisos internacionales de acondicionamiento de la legislación interna y efectividad de los estándares generales de protección³, de ahí el papel fundamental de los jueces constitucionales en el funcionamiento del sistema de protección⁴.

Al mismo tiempo, el artículo 4º Const. Pol., resalta la prevalencia de las disposiciones de la carta, sobre todo el orden jurídico. Esa aparente incompatibilidad fue resuelta por la Corte Constitucional, en el sentido que los tratados y convenios internacionales señalados en el artículo 93.1 Const. Pol, poseen el mismo rango que las normas constitucionales para lo que se vale del

¹ En Colombia la Corte Constitucional inició actividades el 17 de febrero de 1992.

² Prieto Sanchís, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Madrid, 2001 Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, No. 5, pp. 201-228.

³ Artículos I.I y 2 Convención Americana de Derechos Humanos.

⁴ La Corte Constitucional, lo ha desarrollado en las sentencias C-582 de 1999, C-708 de 1999, C-010 de 2000, T-568 de 1999 y T-1319 de 2001 entre otras.

concepto de bloque de constitucionalidad en la sentencia C-225 de 1995, aunque ya desde la sentencia C-574 de 1992 había señalado que hay normas externas al texto constitucional, que integran el mismo.

Bloque de constitucionalidad en sentido estricto son los principios y normas de valor constitucional que se reducen al texto de la constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida en estados de excepción, mientras bloque en sentido lato, está compuesto por todas las normas de diversa jerarquía que sirven de parámetro para llevar a cabo el control constitucional de la legislación⁵.

Al respecto Rodrigo Uprimmy propone una interpretación plausible como que el párrafo primero se refiere a derechos intangibles, esto es, no limitables en estados de excepción y que la constitución establece sobre ellos un mandato de incorporación, en cuanto señala su prevalencia en el orden interno, mientras que el párrafo segundo completa y dinamiza el contenido del derecho que ya está consagrado en la carta, frente a los cuales impone el deber de una interpretación conforme a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia⁶. En este último caso, es relevante la cláusula hermenéutica de favorabilidad (principio *pro homine*), que obliga a aplicar la regulación más favorable al derecho involucrado, cuando existan diferencias entre la norma interna y la internacional⁷.

A su vez, el derecho constitucional impone al derecho penal (y en particular al derecho procesal penal) el deber de garantizar a la víctima ciertos derechos, lo que no significa que el procesado deje de ser el centro del derecho penal, pues sigue siendo quien de manera significativa sufre las consecuencias del poder

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-191 de 1998, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶ Uprimmy, Rodrigo “*El bloque de constitucionalidad en Colombia*”, cit., p.32.

⁷ al respecto Uprimmy, Rodrigo “*El bloque de constitucionalidad en Colombia*”, cit., p.32; con amplitud Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” en Abregu, Martín y Courtis, Christian, *Aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Del Puerto, 1997, pp.163-172. Este principio también ha sido reconocido por la Corte Constitucional, en sentencia C-251 de 1997.

penal estatal y quien corre riesgo de ser instrumentalizado por éste. El carácter prevalente de las garantías del procesado no tiene por qué significar mengua en los derechos de la víctima, se trata mas bien de lograr un punto de equilibrio que posibilite la protección de ambos y desactive ciertos discursos de venganza promovidos por algunos sectores; en efecto el derecho penal protege de manera directa los DH del procesado y de manera indirecta los de las potenciales víctimas, es indirecta porque los protege hacia el futuro a través de la amenaza de la pena, en ese momento no existe víctima por la misma razón que no existe delincuente: potencialmente todas las personas podrían ser tanto lo uno como lo otro. En esta instancia, en realidad, a través de la amenaza de la pena no se protegen las víctimas, sino los bienes jurídicos fundamentales de todos⁸.

Por otra parte, el Código Penal artículo 2º, consagra como norma rectora el principio de integración al incorporar las normas y postulados sobre DH consignados en la Const. Pol. y en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia. En virtud del artículo 13 del Código Penal, las normas rectoras prevalecen sobre las demás normas no rectoras, pues tienen un sentido constitucional dada su conexión con el núcleo básico de derechos fundamentales, ello significa que su carácter rector no esta fundado exclusivamente en el artículo 13, sino sobre todo, en la vinculación de su contenido prescriptivo con las normas constitucionales y más concretamente con los DH y garantías fundamentales; en consecuencia, una vez incorporadas a la legislación penal estas se dirigen no solo al juez ordinario al momento de interpretar y aplicar la ley penal, sino al legislador al momento de crearla y al juez constitucional al momento de controlar si el legislador fue respetuoso de los limites constitucionales⁹.

Como normas rectoras, son verdaderas normas de garantía que, por tanto, no pueden ser utilizadas para agravar, desmejorar o desfavorecer los derechos

⁸ Sotomayor Acosta, J., & Tamayo Arboleda, F. (2017). La integración de las normas internacionales sobre derechos humanos al derecho penal: una interpretación garantista. *Estudios Socio-Jurídicos*, 20(1), 207-236.
doi:<http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5014>

⁹ *Ibíd.* p. 229.

fundamentales del ciudadano, o para expandir el sentido de los tipos penales o el alcance de las penas legales. Dichas normas rectoras deben operar como criterios restrictivos de la incriminación penal, dado que en estos eventos el derecho penal se vale de razones para castigar (es decir, para vulnerar o limitar sus derechos humanos); pero deben funcionar como criterios expansivos en el ámbito de la exculpación o la atenuación, pues en tales eventos no se buscan razones para castigar, sino para no hacerlo o hacerlo en menor grado¹⁰.

Conforme a lo anterior, los derechos de las víctimas en estricto sentido, no forman parte de la legislación penal sustantiva, ni de sus normas rectoras, pues el derecho a la verdad, justicia y reparación, no condiciona en ningún sentido lo que es el delito o la pena por imponer. Aunque no se desconoce su relevancia en el derecho penal material, particularmente en la determinación de lo penalmente ilícito y en su contribución a la posible recanalización del conflicto por vías diferentes a la penal o por las vías alternativas definidas en el derecho penal, casos éstos en los que el rol de la víctima no viene definido por normas internacionales de DH, sino por principios limitadores como la protección a bienes jurídicos y la intervención mínima. Desde el punto de vista procesal, tanto el imputado como la víctima tienen derecho al proceso, a que se garantice su reconocimiento y la posibilidad de actuar como lo dispone el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal. Así entendidos los derechos de las víctimas adquieren un espacio propio que no se superpone a los fines de protección del procesado en la medida que operan frente a las autoridades implicadas y no frente al procesado¹¹.

Ese deber ser, es el que se pretende verificar en este trabajo, enfocando la ponderación que ha hecho la corte para otorgar el papel actual de la víctima en el proceso penal, para identificar cuáles son las garantías que se han reconocido y cómo ello ha impactado las garantías del procesado y del mismo esquema procesal penal.

¹⁰ *Ibíd.* p. 232.

¹¹ *Ibíd.* P. 233.

Pareciera ser que bajo el ropaje del avance inexorable de los DH en los ordenamientos jurídicos regionales, lo que subyace en verdad, es un claro relajamiento de los límites impuestos al Estado para perseguir la criminalidad. El error radica en que paulatinamente el procesado penal tiende a convertirse en un ámbito ideado para satisfacer las necesidades punitivas de la víctima. Si la estatización del conflicto había ignorado por completo la situación del ofendido, la tendencia actual pretende circunscribir el conflicto penal a una relación Estado – víctima, en la que al imputado le corresponde un rol meramente instrumental, lo cual encuentra asidero en la inflexibilidad en que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) conmina a los estados a cumplir con el interés de la víctima, lo que permite un reingreso de un ideario reaccionario, cuyo objetivo no es otro que transformar las bases del proceso penal liberal¹².

El presente trabajo entonces pretende mostrar la evolución que han tenido en las sentencias de constitucionalidad, los derechos de las víctimas en el proceso penal colombiano a partir de la constitución de 1991 y hasta el año 2016; cuya protección se deriva del artículo 229 constitucional que garantiza el derecho fundamental de acceso a la justicia; artículo 2º como uno de los fines del Estado, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan; así como del artículo 250 referido directamente a las víctimas en el proceso penal, numeral 1º inciso segundo y numeral 4º de la misma norma (antes de la reforma del acto legislativo 3 de 2002) vigentes al momento de las primeras sentencias de constitucionalidad relevantes en este trabajo y que con la reforma constitucional del Acto legislativo 3 de 2002, quedaron fijados en los numerales 1º, 6º y 7º del artículo 250 constitucional.

Se ha seleccionado la mayoría de las sentencias de constitucionalidad relacionadas con los derechos de las víctimas en el proceso penal, a partir de la constitución actual de 1991 y hasta el año 2016. Estas decisiones abarcan solo

¹² Nanzer, Alberto, “*La satisfacción de la víctima y el derecho al castigo*”, en *El sistema penal en las sentencias de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Dir. Daniel R. Pastor, primera reimpresión, Ed., AD-HOC, Argentina, 2013, pp.353-376.

los delitos comunes y se hará referencia a algunas breves sentencias relacionadas con la jurisdicción penal militar, porque allí se marcó el camino para los desarrollos más significativos de los derechos de las víctimas en general, a postulados de verdad, justicia y reparación invocando normas internacionales de protección de DH y resulta de trascendental importancia identificar esos orígenes y motivaciones¹³.

Visualizando la evolución de esos derechos a través de los tres modelos procedimentales penales que han tenido vigencia hasta ahora, se hará una presentación descriptiva y cronológica, extrayendo los argumentos esenciales de cada una de las sentencias de constitucionalidad como se refleja en los puntos 2 a 5 de este trabajo; el cuerpo de este documento no tendrá por consiguiente conceptos de la autora ya que éstos, se plasmarán en las conclusiones del punto 6. De igual forma, en cada uno de esos tres modelos procedimentales que se presentarán, se identificará el concepto de víctima; los derechos y atribuciones que le otorgaba la ley; el planteamiento constitucional que la corte ha hecho sobre sus derechos en el proceso y; la participación concreta que en el procedimiento se ha reconocido a la víctima. Igualmente se ubicará el momento constitucional y legal en que se presentó el cambio de jurisprudencia frente a los derechos de las víctimas de la mera reparación del perjuicio sufrido con la comisión del delito, a la concepción actual de verdad, justicia y reparación; estableciendo el significado de

¹³ No se incluyen los derechos de las víctimas en el ámbito de justicia transicional; que a la fecha involucran grupos paramilitares (Justicia y Paz) y miembros de la guerrilla de las FARC-EP (Jurisdicción Especial para la Paz); donde como resultado de procesos de negociación entre el Estado y los actores del conflicto en búsqueda de la paz, esos derechos han tenido un desarrollo diferente, en la medida que comprenden la protección de derechos personales pero en gran medida, de derechos colectivos derivados de graves delitos contra los DH y el DIH, de tal suerte que en la búsqueda de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición, intervienen diferentes enfoques adicionales al proceso penal, como por ejemplo la consecución de la verdad histórica por medio de mecanismos extrajudiciales como la Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición, o medidas administrativas de reparación integral que incluyen no solo la compensación económica, sino medidas de asistencia, rehabilitación, restitución de tierras y medidas de satisfacción en los procesos de justicia y paz y, la creación del sistema SIVJRNR (sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición) compuesto por diferentes mecanismos judiciales y extrajudiciales para la mayor satisfacción posible de los derechos de las víctimas en el proceso de paz con la guerrilla de las FARC-EP.

esta trilogía y; en este punto, cuando ha entrado a formar parte de la argumentación de la corte el bloque de constitucionalidad, se mostrará cómo se desarrolló la ponderación de valores constitucionales en juego, es decir, los planteamientos para definir hacia dónde se inclinó la balanza de tensiones presentadas frente a postulados del derecho internacional de los derechos humanos relacionados con las víctimas y de otro lado, las garantías penales del procesado reconocidas en el ordenamiento interno. En general lo que se podrá observar de la secuencia presentada es la evolución de los derechos de las víctimas y perjudicados con el delito en las sentencias de constitucionalidad, identificando sus derechos y atribuciones en la actualidad.

2. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE CONTENIDO EXCLUSIVAMENTE ECONOMICO EN EL DECRETO 2700 DE 1991

Desde la promulgación de la constitución, el primer modelo procesal fue mixto con tendencia inquisitiva, esencialmente escritural donde la fiscalía General de la Nación, en desarrollo de la investigación recauda pruebas y las valoraba cuando tomaba decisiones sobre la libertad del procesado al momento de resolver su situación jurídica, acusaba y posteriormente la etapa de juzgamiento siempre ha estado en cabeza de otro funcionario independiente que es el juez. La parte civil en el Decreto 2700 de 2000, se encontraba definida en el artículo 149 y su regulación en el artículo 43 que señala la titularidad de la acción civil para el resarcimiento de perjuicios ante la jurisdicción civil o penal, a elección del perjudicado, sus herederos, Ministerio Público o el actor popular cuando se afecten intereses colectivos; la oportunidad para hacerse parte en el proceso penal se establece en el artículo 45 a partir de la resolución de apertura de investigación y hasta antes de la sentencia de segunda o única instancia; la decisión sobre su admisión, rechazo, retiro y, facultades referidas a solicitar la práctica de pruebas orientadas a demostrar la existencia del hecho; la identidad de los autores; su responsabilidad; así como la naturaleza y cuantía de los perjuicios;

denuncia de los bienes del procesado y solicitud de medidas cautelares sobre ellos; interponer recursos contra las providencias que resuelven las anteriores materias, todo lo cual se regula en los artículos 47 a 51. Así mismo el artículo 28 contemplaba la posibilidad de la víctima y perjudicado para obtener información sobre la investigación y aportar pruebas.

2.1 Concepto de parte civil y víctima.

Las decisiones de constitucionalidad de dichas normas, no generaron modificación alguna del contenido legal y tuvieron desarrollo hasta la sentencia C-163 de 2000, dijo la corte sobre el tema lo siguiente:

La naturaleza de la acción civil dentro del proceso penal se define como un mecanismo diseñado con fines esencialmente patrimoniales, pues nada distinto puede buscar una acción indemnizatoria. Se identificó en la doctrina constitucional como: la acción individual o popular para el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y colectivos causados por el hecho punible, frente al cual puede ejercerse ante la jurisdicción civil o penal a elección de las personas naturales o jurídicas perjudicadas o por los herederos o sucesores de aquellas o por el ministerio público o el actor popular cuando se afecten intereses colectivos¹⁴.

Señaló la corte que siempre que no hayan iniciado la acción en un proceso aparte. Lo anterior no significa que si el hecho que origina la acción civil pueda dar lugar a investigación penal, el afectado no pueda presentar denuncia o noticia criminal, ante la autoridad competente¹⁵; señaló la corte que los derechos de las víctimas a acceder al proceso penal, y en particular a la indemnización de perjuicios, no sólo son la manifestación de los derechos de la justicia e igualdad, sino que constituyen también una expresión de los deberes constitucionales del Estado¹⁶.

¹⁴ Sentencia C-293 de 1995. MP. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁵ Sentencia C-163 de 2000. MP. Fabio Morón Díaz.

¹⁶ *Ibíd.* p.13.

2.2 El interés por conseguir la verdad sólo en cabeza de la administración de Justicia.

En el entendido que la parte civil solo podía intentar constituirse, a partir de la resolución de apertura de investigación, mientras el sindicato sí contaba con una debida y adecuada representación en las diligencias preliminares, la corte no consideró que existiese desigualdad porque, si bien se presumía su interés directo en el esclarecimiento de los hechos, podía aportar pruebas (art.319), pedir revocatoria de la resolución inhibitoria (art. 328), apelarla ante el superior, caso en el cual nombraba abogado que lo representara y conociera las diligencias (art. 327) de tal suerte que los intereses de las víctimas o sus herederos tenían garantizado un amplio acceso a la justicia en armonía con el artículo 229 constitucional. Entendiendo que el titular de la acción penal es el Estado, "le compete verificar cuándo se dan los presupuestos necesarios para que el proceso penal surja y en aras de esa competencia es preciso (y hasta deseable) deponer los deseos de venganza privada, no siempre armonizables con los propósitos de una recta justicia" ¹⁷.

En otra decisión de constitucionalidad precisó que no es deseable que el proceso penal se vuelva litigio de partes, porque su sentido no es retaliatorio; y si el deseo de participar en él se origina en el derecho que tienen las personas de acercarse a la verdad, entonces no requiere de la acción civil para lograr su plena realización, porque para tal fin basta el cumplimiento del deber previsto en el artículo 95.7 Const. Pol., según el cual toda persona debe colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia, que en el proceso penal (cuya iniciación debe promover cualquier ciudadano mediante la denuncia),

¹⁷ Ibíd. pp. 11 y ss.

tiene como fin primordial, precisamente el de establecer la verdad sobre los hechos materia de investigación y juzgamiento, y sobre la autoría de los mismos¹⁸.

Pese a estas decisiones que en la corte constitucional alcanzaron los votos mayoritarios, desde 1995 ya se empezaba a plantear el reconocimiento de derechos a las víctimas más allá del resarcimiento económico por el daño causado, como se planteó el salvamento de voto de la sentencia C-293 de 1995, de los Magistrados Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz, señalando que a la luz del máximo intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante Convención ADH), la CIDH, los perjudicados y las víctimas de los hechos punibles tienen derecho a exigir del Estado una investigación seria destinada a determinar quienes fueron los responsables del delito, y la manera cómo este ocurrió. Y, como obvia consecuencia del derecho de acceso a la justicia, tienen derecho a hacerse partes en esa investigación y proceso penal. Es pues deber del Estado fortalecer de manera positiva la posición de la víctima y del perjudicado en el proceso penal, en vez de neutralizar su participación en el mismo. Por eso consideraron que desde el punto de vista constitucional, la finalidad de la participación de las víctimas y los perjudicados no es únicamente económica y no puede ser considerada la parte civil como única acción patrimonial, creada solo por razones de economía procesal, a fin de obtener la obtención de indemnización en el menor tiempo posible, de ser así se concluiría que el legislador puede suprimir en cualquier momento la presencia de la parte civil y de la víctima, sin afectar ningún derecho constitucional, lo cual sería inadmisibles pues la víctima tiene derecho a exigir del Estado que se realicen todos los esfuerzos necesarios para esclarecer los hechos y sancionar a los responsables¹⁹.

2.3 Derecho a intervenir en la actuación, trato diferencial.

¹⁸ Sentencia SU 717 de 1998. MP. Carlos Gaviria Díaz. p.6.

¹⁹ Sentencia C-293 de 1995. Cit. pp.23 y ss.

Cuando declaró inexecutable la norma que disponía un plazo indefinido para la investigación previa, sosteniendo que la misma debía tener un período razonablemente breve, uno de sus fundamentos fue el derecho de la parte civil a un debido proceso, que no se encontraba satisfecho cuando elementos de tan significativo matiz conflictual como las causales de justificación y de inculpabilidad se definían en esta etapa pre-procesal a través de una resolución inhibitoria que, si bien podía ser impugnada, se edifica sobre pruebas que desde su posición no había tenido oportunidad para controvertir²⁰. Precisamente, la parte civil estaba impedida de participar en la investigación previa dado su interés netamente patrimonial²¹.

Estaba negado el acceso a la investigación preliminar a la víctima o perjudicado²², norma que fue declarada constitucional en atención a que no resultaba discriminatoria de los derechos de la víctima por dos razones: la excepción al principio de publicidad se consideró razonable, proporcional y se ajustaba a un fin constitucionalmente admisible porque su finalidad armonizaba con principios y valores como la eficacia de la justicia y la presunción de inocencia; señaló la corte que si no hay claridad respecto de la ocurrencia y la autoría del hecho punible, la publicidad de las actuaciones afectaría negativamente el desarrollo de la investigación y lesionarían la presunción de inocencia del presunto implicado²³. La segunda razón es la justificación del trato diferencial durante la investigación previa, pues perseguir la indemnización de perjuicios causados con la comisión del hecho es una circunstancia distinta a la del imputado que ejerce su derecho de defensa en aras de preservar la presunción de inocencia y la libertad personal²⁴. A partir de esta sentencia, las dos partes pueden participar en igualdad de condiciones en el cierre de la investigación previa, siempre que la persona

²⁰ Sentencia C-412 de 1993. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²¹ Sentencia C-293 de 1995. Cit. pp.10 y ss.

²² Ley 2700 de 2000, art. 321.

²³ Al respecto la Corte Constitucional se refirió en sentencias C-038 de 1996 y C-150 de 1993.

²⁴ Sentencia C-1711 de 12 de 2000. MP. Carlos Gaviria Díaz. pp. 8 y ss., Doctrina constitucional modificada en sentencia C-451 de 2003 MP. Eduardo Montealegre Lynett.

afectada por el hecho criminal hubiere denunciado el delito y que el sujeto implicado hubiese rendido versión libre²⁵.

2.4 Derecho al resarcimiento de los perjuicios colectivos.

En los casos de delitos contra la administración pública, la ley señala la obligatoriedad de constituirse en parte civil la persona de derecho público perjudicada “ninguna otra persona, natural o jurídica, puede arrogarse la titularidad del derecho de perseguir por esa vía el resarcimiento de los perjuicios individuales y colectivos que se hayan causado con el hecho punible a la persona de derecho público perjudicada, o a la comunidad a la que ésta sirve, que está representada en el proceso penal por el agente del Ministerio Público”²⁶; en el mismo sentido con anterioridad dijo: “Es inaceptable que alguien se constituya parte civil en este proceso, alegando ser representante de la comunidad, es decir, de toda la sociedad, sin que nadie le haya conferido esa representación o ese mandato, y actuando sólo por su propia voluntad. En el proceso, por mandato expreso de la Constitución y de la ley, interviene el Procurador General de la Nación, a quien corresponde 'Defender los intereses de la sociedad' e 'Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales”, solo si existe una relación directa entre el delito y los perjuicios sufridos hay legitimidad de personería para un individuo o una comunidad determinada²⁷.

Frente a esta postura, en salvamento de voto del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, plantea que los derechos de la víctima van más allá de la búsqueda del resarcimiento de perjuicios, en este sentido la visión de actor civil popular es la búsqueda de la verdad, el restablecimiento del derecho y la

²⁵ Sentencia C-475 de 1997. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁶ Sentencia SU 717 de 1998. Cit. p.6.

²⁷ Sentencia SU 624 de 1996. MP. Jorge Arango Mejía y Antonio Barrera Carbonell.

reivindicación de los bienes e intereses públicos, dijo: “Pensar que el actor civil no puede penetrar en el ámbito de la defensa de los intereses comunitarios, puesto que dicha función compete al Procurador General de la Nación, equivale a consagrar en cabeza de este órgano un monopolio que, aparte de desafiar la sensatez, no se concilia con la más elemental noción del Estado social y de participación democrática. En fin, la intervención del actor civil popular en el proceso penal no puede ser rechazada por la Corte con el argumento de que transforma el proceso en un juicio retaleatorio, salvo que se confunda la participación que auspicia la Constitución con el ejercicio de la venganza y que se anticipe el fracaso del proceso como medio de pacificación”²⁸.

3. EL CAMINO SEÑALADO EN LA JURISPRUDENCIA RESPECTO DEL PROCESO PENAL MILITAR PARA LA ESTRUCTURA ACTUAL DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

La competencia constitucional remite a los miembros activos de la fuerza pública – entiéndase fuerza militar y policía nacional-, a la justicia penal militar, cuando éstos comentan un delito relacionado con el servicio mismo²⁹.

En ese contexto, señala la corte que la constitución de parte civil tenía por objeto exclusivo el impulso procesal para contribuir a la búsqueda de la verdad de los hechos; lo que es conocido como el derecho a saber; y podía constituirse por el perjudicado con el delito y por intermedio de abogado titulado, desde el momento de la apertura de la investigación hasta antes del auto que señala fecha y hora para la iniciación de la audiencia pública de juzgamiento” (Código Penal Militar, Ley 522 de 1999, artículo 5º). Para el resarcimiento de perjuicios debía acudir ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo allegando la decisión adoptada en el proceso penal militar que serviría de base para el análisis de los

²⁸ SU 717 de 1998. Cit. p.10.

²⁹ Constitución Nacional de 1991.Art. 221, cuyo contenido fue analizado por la sentencia C-978 de 2000.

perjuicios causados; así entonces, el carácter de sujeto procesal que se le asignaba a la parte civil resultaba afectado cuando en el procedimiento especial del artículo 579³⁰, la excluía de la oportunidad para controvertir y analizar las pruebas decretadas, momento procesal que sin duda constituía el más importante pues la protección de sus derechos en materia de indemnización de perjuicios podría resultar excluida o limitada en función del pronunciamiento de la justicia penal militar³¹.

Fue la sentencia C-1149 de 2001, la que amplió esos derechos más allá del texto legal que otorgaba la función de parte civil al solo impulso procesal; dijo la corte que la parte civil tenía otros fines dentro del proceso como la realización de la justicia, el efectivo acceso a ella y la reparación del daño, señalando que ellos sin razón legal ni constitucional se le habían negado en el proceso; en esta decisión se resolvió la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 107, 108.3 y 305 parcial de la Ley 522 de 1999 que limitaban la participación de la víctima en el proceso penal militar al mero impulso procesal y establecía la vía contencioso administrativa para la búsqueda de la reparación; el argumento básico del recurrente fue el trato diferencial (artículos 13 y 221 Const. Pol.) que se generaba para la víctima al tener que acudir a otro proceso adicional para buscar la reparación del daño causado con el delito y el desconocimiento de su calidad de parte.

Aunque el argumento del trato diferencial no prosperó en la corte, sí se planteó que limitar las facultades de la parte civil al solo impulso procesal para obtener la verdad (artículo 305) contrariaba el reconocimiento de sujeto procesal

³⁰ Ley 522 de 1999. Art. 579, señala que el juez adelantará y perfeccionará la investigación de los delitos a que se refiere el artículo 578 de la misma regulación en el término de 15 días; oído al procesado en indagatoria se le resolverá la situación jurídica dentro de los 2 días siguientes, si no es posible realizar la indagatoria en el término señalado, el procesado será emplazado por el término de 2 días y si no comparece se declarará persona ausente, designándole defensor de oficio. Declarada la iniciación del juicio se dará traslado a las partes por 2 días, las pruebas se practicarán dentro de los 2 días siguientes, vencido el término se dará traslado por 5 días el Ministerio público y al Defensor, el fallo se pronunciará dentro de los 2 días siguientes. Estos artículos fueron declarados inexecutable en sentencia C-178 de 2002.

³¹ Sentencia C-740 de 2001. MP. Álvaro Tafur Galvis. p.32.

que hacía el artículo 309 de la misma norma, donde la facultaba para solicitar la práctica de pruebas orientadas a demostrar la existencia del hecho punible, la identidad de los autores o partícipes, y su responsabilidad; así como interponer recursos; además las normas demandadas, dijo la corte, iban en contravía de preceptos constitucionales y pactos internacionales: El artículo 2 constitucional consagra como fines esenciales del Estado garantizar la efectividad de principios, derechos y deberes de la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y asegurar la vigencia de un orden justo; el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que consagra el derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad para obtener el restablecimiento de sus derechos y el resarcimiento de los perjuicios el cual se desarrolla en el artículo 229 de la Const. Pol.; de tal suerte que cuando la parte civil debe acudir a otra jurisdicción para obtener la reparación directa del daño causado y no obtiene la solución del conflicto de manera integral con una declaración judicial sobre los perjuicios ocasionados se vulneran sus derechos, lo que se refuerza con la función que constitucionalmente se ha otorgado al Fiscal; aunque la Fiscalía General de la Nación no es parte en el proceso penal militar, éste cuenta con la figura del Fiscal Penal Militar que tiene las mismas funciones que otorga el artículo 250.1º-5º de la Const. Pol., para adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos creados con el punible y se restablezcan los derechos quebrantados, así como la función de acusador ante el juez³².

Dijo la corte en la misma decisión, que la parte civil no se limita solo a la búsqueda de la reparación económica. “El fin de la administración de justicia es hacer efectivos los derechos materiales de las personas y los procedimientos tienen que servir para hacer efectivos en este caso, los derechos de las víctimas y perjudicados con el hecho punible no sólo a la reparación del daño, sino también, a conocer la realidad de los hechos mediante la investigación respectiva a través del proceso penal y a que se haga justicia sancionando a los infractores.” (...) “*El*

³² Sentencia C-1149 de 2001. MP. Jaime Araujo Rentería. pp. 19-23.

derecho de las víctimas o perjudicados con el ilícito penal a acudir al proceso penal, comprende tres (3) derechos importantes y que deben ser garantizados por igual dentro del respectivo proceso, a saber: a) Derecho a saber la verdad de los hechos; b) Derecho a la justicia y; c) Derecho a la reparación del daño". El daño como efecto jurídico del delito, comporta una doble connotación: a) El daño público o social que se produce al lesionar el bien o interés jurídico protegido por el Estado y que explica su intervención poniendo en marcha el aparato punitivo, imponiendo las sanciones a quien ha infringido el orden jurídico, pues el delito es siempre un hecho que perjudica a la comunidad; b) El daño particular que se produce con la lesión del bien jurídico, conocido como daño civil, da lugar a la acción civil para el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con el ilícito, estableciéndose por el ordenamiento jurídico la obligación para el sujeto activo de reparar los daños tanto morales como materiales³³.

Esta jurisprudencia constitucional resulta de mucha importancia en el reconocimiento de los derechos de las víctimas vigentes hasta hoy, pues ha trascendido al campo del proceso penal en la justicia ordinaria. Como se verá enseguida, equiparó el concepto seis meses después. Esta decisión refleja no solo un cambio de la línea jurisprudencial que venía desarrollando esencialmente al derecho a la reparación económica de las víctimas y perjudicados, sino que además involucra en el argumento instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos en desarrollo del artículo 93 Const. Pol.

La sentencia C-1149 de 2001 se fundamenta en instrumentos internacionales como el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sobre el derecho de la víctima a acceder a la justicia en condiciones de igualdad para obtener sus derechos de carácter civil como el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los perjuicios. Cada vez que se comete un delito la víctima o perjudicado tienen derecho a conocer la verdad, a la justicia y a la reparación como lo dejó establecido la Subcomisión de Prevención de

³³ *Ibíd.* pp. 23- 27.

Discriminaciones y Protección de las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el informe final sobre la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión y titulado: La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos³⁴. Así mismo el Anexo 1 del mismo informe anuncia y desarrolla principios para la protección y promoción de los DH mediante la lucha contra la impunidad que tratan sobre el derecho a obtener reparación. En este fallo se estableció una clara relación entre los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, con el derecho constitucional fundamental al acceso a la justicia y con los deberes constitucionales del Estado, de conformidad con el artículo 2º Const. Pol³⁵.

En este segmento de decisiones relativas a los derechos de las víctimas en la justicia penal militar, es importante resaltar el reconocimiento del derecho fundamental del debido proceso por desconocimiento del juez natural, en decisión que pese a no ser de constitucionalidad, marca un importante derrotero frente a los derechos de las víctimas, cuando asigna la competencia de investigar al Brigadier General Jaime Humberto Uscátegui y Teniente Coronel Hernán Orozco Castro por la masacre de Mapiripán, a la justicia penal ordinaria y no a la penal

³⁴ Sentencia C-1149 de 2001. *Ibíd.* p.23. El informe mencionado es denominado con el apellido de su relator Sr. Louis Joinet, referido a los principios internacionales para la protección y promoción de los DH mediante la lucha contra la impunidad. Allí se consagra como estructura general del conjunto de principios en relación con los derechos de las víctimas consideradas como sujetos de derecho: a) el derecho de las víctimas a saber; b) el derecho de las víctimas a la justicia; y c) el derecho a obtener reparación. A estos se agregan una serie de medidas para garantizar que no se repitan las violaciones. Los antecedentes que enmarcan la toma de conciencia de la opinión pública internacional respecto de los pilares de la lucha contra la impunidad son: Durante la década de 1970 las movilizaciones pro amnistía de los presos políticos en América Latina en países sometidos a regímenes dictatoriales; durante el decenio de 1980 la proliferación de leyes de auto amnistía autoproclamadas por dictaduras militares, lo que provocó una fuerte reacción de las víctimas en busca de justicia; con el fin de la guerra fría, simbolizado con la caída del muro de Berlín, aparecen procesos de democratización o retorno a la democracia, incluso acuerdos de paz que ponen término a conflictos armados internos donde la impunidad es eje de debate en busca del equilibrio imposible de encontrar entre la lógica del olvido que impulsa al antiguo opresor y la lógica de la justicia que alimenta la víctima y; por último la toma de conciencia de la comunidad internacional en la importancia de la lucha contra la impunidad.

³⁵ *Ibíd.* pp.26-27.

militar como lo había dispuesto el Consejo Superior de la Judicatura³⁶. Estableció en esta decisión, que el derecho de la víctima comprende además del aspecto patrimonial, el derecho a que se reconozca el derecho a saber la verdad y a que se haga justicia. Definió los conceptos de verdad y justicia, el primero significa que se determine la naturaleza, condiciones y modo en que ocurrieron los hechos y a que se determinen los responsables de tales conductas. Justicia implica la obligación del Estado a investigar lo sucedido, perseguir a los autores y, de hallarlos responsables, condenarles, así concluyó:

“En directa relación con lo anterior, debe entenderse que el complejo del debido proceso –legalidad, debido proceso en sentido estricto, derecho de defensa y sus garantías y el juez natural- se predicán de igual manera para la parte civil. En punto al derecho a la justicia y a la verdad resulta decisivo establecer si un hecho punible atribuido a un militar es un acto relacionado con el servicio, pues la responsabilidad derivada de la existencia o no de la mencionada relación será distinta. Así mismo, el primer elemento para conocer la verdad de lo acaecido y establecer quienes son los responsables depende, en buena medida, de que se determine si el acto reunía dichas calidades”³⁷.

Señaló expresamente que, desde el punto de vista constitucional, las fuerzas militares ocupan una posición de garante para el respeto de los derechos fundamentales y la existencia de esa posición significa que el título de la imputación se hace por delito de lesa humanidad o en general por las graves violaciones de derechos humanos. Por eso son actos considerados fuera del servicio todos los que no cumplen con la misión constitucional encomendada³⁸. Las víctimas tienen derecho a la verdad, justicia y reparación y, por ende, a que su caso sea investigado por un tribunal que ofrezca garantías de independencia e imparcialidad (art. 29 Const. Pol.), en consecuencia, en estos casos los miembros

³⁶ Sentencia SU 1184 de 2001. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

³⁷ Sentencia SU 1184 de 2001. Ibíd. p.14.

³⁸ Sentencia SU 1184. Ibíd. p. 32.

de la fuerza pública implicados deben ser juzgados por la justicia penal ordinaria so pena de vulnerar el principio de asignación de competencias.

4. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS A LA VERDAD, LA JUSTICIA Y LA REPARACION EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO LEY 600 DE 2000. SUJETO PROCESAL EN SENTIDO PLENO

Con la promulgación de la Ley 600 del 24 de julio de 2000 cuya vigencia inició un año después, se implanta un nuevo procedimiento penal mixto con tendencia acusatoria, escritural al igual que el procedimiento anterior, donde la fiscalía conserva las mismas atribuciones que contemplaba el Decreto 2700 de 2000 pero el juicio tiene una tendencia más acusatoria que permite la controversia de pruebas en audiencia que, aunque se transcribía en su totalidad, era presentada de manera oral por todos los intervinientes. Conserva la misma figura de la parte civil que traía la ley 2700 de 2000, que esta vez se define en el artículo 137, con los mismos derechos a buscar el resarcimiento de sus perjuicios y facultades como solicitar la práctica de pruebas orientadas a demostrar la existencia de la conducta investigada; la identidad de los autores y partícipes; su responsabilidad; la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados; denunciar bienes del procesado y solicitar medidas cautelares sobre los mismos; así como interponer recursos sobre las decisiones que resuelven esas mismas materias, artículos 45 a 55. Adicionalmente, el artículo 30 señalaba la posibilidad de la víctima y perjudicados a enterarse del proceso y aportar pruebas.

Seis meses después del reconocimiento de los derechos de las víctimas en el proceso penal militar, a la verdad, la justicia y la reparación, la corte prorifió la sentencia C-228 de 2002 que declaró exequibles el artículo 137, 47 y 30 de la ley 600 de 2000 consolidando de manera definitiva los derechos de la víctima cuyo protagonismo se refleja en la Constitución de 1991; reconoció los derechos de la parte civil en la jurisdicción ordinaria no solo a la reparación, sino a la verdad y a la justicia, señalando que es un sujeto procesal en sentido pleno, otorgando el

acceso al expediente en cualquier momento siempre que se haya constituido en parte civil y en caso contrario, a través del derecho de petición. Resaltó que la transformación normativa en el ámbito del derecho internacional se refiere principalmente a las graves violaciones de los derechos humanos y este cambio en el papel de la parte civil dentro del proceso penal se extiende a los delitos de menor entidad, correspondiendo al legislador colombiano modular el alcance de esos derechos según diferentes criterios, entre ellos la gravedad del delito y la situación del procesado, la cual que puede llegar a ser de una significativa vulnerabilidad, todo lo anterior, siempre que no reduzca los derechos de la víctima a la mera reparación pecuniaria³⁹.

Aparece un marcado cambio en la ponderación de derechos generado por la ampliación de las bases constitucionales al bloque de constitucionalidad en aplicación del artículo 93 Const. Pol.⁴⁰, con lo cual generó a partir de allí una diferencia en la forma de interpretar los derechos de las víctimas, más allá del mero texto constitucional.

4.1 Re-conceptualización de la parte civil y sus implicaciones dentro del proceso penal. Cambio de jurisprudencia.

Los fundamentos para el cambio de jurisprudencia de la sentencia C-293 de 1995 corresponden a que en decisiones precedentes definió los derechos de la parte civil no desde el texto constitucional, sino el legal y en este punto el legislador tenía gran amplitud para definir el concepto, razón por la cual en el pasado rechazó las pretensiones de las demandas de inconstitucionalidad. Para el cambio de jurisprudencia planteó razones poderosas que llevaron a modificar la

³⁹ Sentencia C-228 de 2002. MP. Manuel José Cepeda y Eduardo Montealegre Lynett. Reiterada en sentencia C-875 de 2002. MP. Rodrigo escobar Gil.

⁴⁰ Constitución Nacional. Art. 93 señala que los derechos y deberes reconocidos en la carta, deberán ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia.

solución del problema jurídico, pero a la vez haciendo prevalecer el derecho a la igualdad y seguridad jurídica. Explicó:

Aparecen nuevos referentes normativos que no habían sido tenidos en cuenta como el artículo 250.1º, 4º y 2º Const. Pol. y que consagran disposiciones específicas sobre las víctimas que adquieren plena relevancia y derivan en una protección efectiva de la víctima garantizando el acceso a la justicia para buscar la verdad, la justicia y la reparación. En segundo lugar, invoca un cambio en la concepción del referente normativo, en particular, en el derecho internacional de los derechos humanos cuando la CIDH en 2001, señaló que las medidas legislativas que impidieran a las víctimas de violaciones de DH, conocer la verdad de los hechos, resultaban contrarias a la Convención, doctrina que conforme a lo señalado en el artículo 93 Const. Pol., debe ser valorada por la jurisprudencia constitucional.

Aunque los cambios en la concepción de los derechos de las víctimas y perjudicados se refieren a graves violaciones de los DH, la tendencia en las legislaciones internas no se limita a dicha protección mínima sin que comprenda también delitos de menor gravedad. Corresponde al legislador en el margen de apreciación, modular el alcance de los derechos de la parte civil según diferentes criterios como la gravedad del delito y la situación del procesado que puede llegar a ser de una significativa vulnerabilidad, siempre que no se reduzcan tales derechos a la mera reparación pecuniaria⁴¹.

Consideró necesario unificar los precedentes jurisprudenciales, por existir diferencias sutanciales en el tratamiento que recibía la parte civil en el proceso penal militar y el que recibe en la jurisdicción ordinaria.

Pero, adicionalmente otra justificación al cambio de la jurisprudencia se presenta en la fuerte división de opiniones planteada en la referida sentencia C-293 de 1995, lo cual no tiene vocación clara de permanencia ni puede generar la misma expectativa de estabilidad que cuando existe un fallo unánime.

⁴¹ Sentencia C-228 de 2002. Cit., p.35.

En suma de lo anterior, el pronunciamiento de la corte se realiza en un contexto diferente al año 1995, de tránsito legislativo en materia de procesamiento penal en la justicia ordinaria con la ley 600 de 2000 y en la justicia penal militar con la Ley 522 de 1999 cuyos cambios se encuentran enmarcados en una política criminal orientada a la protección de los DH.

Así es como a partir de aquí, la víctima o los perjudicados tienen derecho a participar en el proceso penal para obtener el resarcimiento pecuniario, hacer efectivos sus derechos a la verdad y la justicia e incluso pueden intervenir con la única finalidad de buscar verdad y justicia, sin que se les pueda exigir demostrar un daño patrimonial, así que la parte civil es un sujeto procesal en sentido pleno⁴².

Concluyó: “De lo anterior surge que tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, 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...

“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.

⁴² *Ibíd.* pp. 37-38.

“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.

“Aun cuando tradicionalmente la garantía de estos tres derechos le interesa 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”⁴³.

4.2 Derecho a la reparación, la verdad y a que se haga justicia a la luz de la constitución.

Responde a la tendencia mundial y al desarrollo de los artículos 1º y 2º Const. Pol.⁴⁴, según los cuales, la víctima o perjudicado no sólo tiene derecho a la reparación económica de los perjuicios, sino que además tiene derecho a través del proceso penal a que se esclarezca la verdad y se haga justicia⁴⁵, cuando la única protección que se brinda es la posibilidad de obtener una reparación económica, se vulnera gravemente la dignidad de las víctimas.

De igual manera el artículo 250.1 Const. Pol., establecer el deber de la Fiscalía General de la Nación para hacer efectivo además de la indemnización de perjuicios, el restablecimiento del derecho, lo cual representa una protección plena e integral de los derechos de las víctimas y perjudicados. El restablecimiento de sus derechos exige saber la verdad de lo ocurrido, para determinar si es posible volver al estado anterior a la vulneración, así como también que se haga justicia. En consonancia con lo anterior, el artículo 229 Const. Pol., garantiza el derecho de acceso a la justicia, lo que comprende contar con medios idóneos y efectivos para la determinación legal de derechos y obligaciones, la resolución de

⁴³ Ibíd. pp.25-26.

⁴⁴ Constitución Nacional Art. 1º contempla que Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana y el art. 2º establece el principio de una democracia participativa, según el cual, las personas pueden intervenir en las decisiones que los afectan.

⁴⁵ Sentencia C-228 de 2002. Cit. pp.15 y ss.

controversias en un término prudencial sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con pleno respeto del debido proceso, la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias; de conformidad con las reglas de participación de la parte civil, sin que la víctima o perjudicado desplacen los funcionarios y sin que su participación transforme el proceso penal en un instrumento de retaliación o venganza contra el procesado; que se prevean mecanismos para facilitar el acceso a la justicia a los pobres y que la oferta de justicia permita el acceso a ella en todo el territorio nacional. Finalmente esos derechos de las víctimas pueden tener fundamento constitucional en otros derechos, especialmente en el derecho al buen nombre y a la honra, artículos 1º, 15 y 21 Const. Pol., puesto que el proceso penal puede ser la única ocasión en que las víctimas puedan controvertir hechos que sean lesivos a estos derechos constitucionales⁴⁶.

De esta manera la corte entiende el proceso penal como instrumento para resolver conflictos sociales evitando la violencia, fomentando la convivencia pacífica y fomentando la vigencia de un orden justo, adoptando medidas para combatir la impunidad pero al mismo tiempo plantea el deber de colaborar con la justicia, lo que implica el concurso de las personas para lograr una pronta y cumplida justicia y no solo para el resarcimiento del perjuicio económico⁴⁷.

4.2.1 Derecho a intervenir en la actuación.

La intervención de la parte civil se extiende a solicitar el control de legalidad de la decisión que se abstiene de adoptar la medida de aseguramiento, debe ser tratada con criterios de igualdad frente a los mecanismos jurídicos con que cuentan los demás sujetos procesales⁴⁸. Consideró relevante para los intereses de la parte civil porque los fines de la detención preventiva se encuentran estrechamente vinculados con los derechos a la verdad y la justicia de las víctimas

⁴⁶ Sentencia C-228 de 2002. Cit. p. 17.

⁴⁷ Sentencia C-228 de 2002. Cit. p.17.

⁴⁸ Sentencia C-805 de 2002. MP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

y perjudicados, incluso desde la perspectiva patrimonial la ausencia de una medida de aseguramiento impide la solicitud de medidas cautelares sobre los bienes del procesado⁴⁹; igualmente, cuando el fiscal se abstiene de imponer medida de aseguramiento y están presentes los requisitos para ello, afecta considerablemente los derechos a la verdad y a la justicia al verse desprotegidos los intereses que salvaguarda la medida como son la comparecencia del sindicado, evitar la continuidad delictual e impedir que la investigación se afecte⁵⁰, la parte civil está plenamente autorizada para cuestionar los yerros de las autoridades en las diferentes etapas del proceso. Concluyó que como el control de legalidad de la medida de aseguramiento involucra la protección de dos derechos fundamentales – la libertad y el debido proceso – es violatorio del principio de igualdad excluir del ámbito de protección a un sujeto procesal como la parte civil.

En la jurisprudencia constitucional, la víctima se identificó como la persona respecto de la cual se materializaba la conducta punible, dijo la corte que sólo es víctima el sujeto pasivo del delito, mientras que todos aquellos quienes hubieran sufrido un daño como consecuencia del delito reciben la calificación de perjudicados. Tanto la víctima como el perjudicado tendrían la posibilidad de constituirse en parte civil⁵¹,

Sobre el tema de la prescripción de la acción penal y su incidencia en la acción civil, es potestativo del afectado acudir a la jurisdicción civil o penal, cualquiera de las vías es legítima y ofrece una solución similar: la indemnización del daño. Dentro del proceso penal se le confiere un generoso margen de acción porque tanto la ley como la jurisprudencia consideran que su interés no solo se limita a lo económico, sino que se extiende hasta la averiguación de la verdad determinante del ilícito y por ende a la realización de la justicia material y aunque no ejerza un papel activo es deber de los funcionarios judiciales determinar la

⁴⁹ Ley 600 de 2000. Artículo 60.

⁵⁰ Ley 600 de 2000. Artículo 356.

⁵¹ Sentencia C-228 de 2003. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

responsabilidad civil del autor del ilícito⁵². Sin embargo, si en el proceso penal se declara la prescripción de la acción penal, la pretensión adyacente de naturaleza civil sigue la suerte de la pretensión principal, lo cual no obsta para reconocer que cuando se dicta sentencia absolutoria o se establece que la conducta es atípica, el afectado pueda acudir a la jurisdicción civil.

Al decidir la constitucionalidad de artículo 21 de la ley 600 de 2000 que regula el restablecimiento del derecho y la reparación, señaló que esas medidas previas a la sentencia no desconocen la presunción de inocencia porque tienen respaldo constitucional⁵³, tienen como fin hacer efectiva la justicia reparadora relacionada con la persona que ha sufrido una ofensa de otra persona y por lo tanto exigen una reparación. Las normas de la justicia reparadora se subdividen, además, en normas de justicia compensativa y normas de justicia correctiva. Las primeras se refieren a transacciones privadas y voluntarias y tienen por objeto restablecer un equilibrio perturbado, mediante la compensación de la parte ofendida; la segunda inflige el castigo al culpable. Las medidas que puede adoptar la autoridad judicial en la norma acusada se ubican en el marco de justicia reparadora que buscan corregir los perjuicios ocasionados.

Para declarar la exequibilidad de la acción de revisión en los casos de preclusión de investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria, cuando se establece que el fallo fue determinado por conducta típica del juez o un tercero, o se fundamentó en prueba falsa⁵⁴, retomó los argumentos de relativización de la cosa juzgada y del *non bis in ídem* de la sentencia C-004 de 2003⁵⁵ que se justifican para las violaciones de DH y DIH, y en relación a los delitos en general, dijo que la figura busca ante todo el imperio de la justicia y la verdad material como fines del Estado, lo cual significa que la cosa juzgada y del

⁵² Sentencia C-570 de 2003. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. p.20.

⁵³ Sentencia C-775 de 2003. MP. Jaime Araujo Rentería. p.23. Los art. 28 y 250.1 de la Constitución Nacional autorizan la adopción de medidas de aseguramiento y cautelares antes de la definición de la responsabilidad del presunto infractor.

⁵⁴ Sentencia C-871 de 2003. MP. Clara Inés Vargas Hernández declara exequible el art. 220 último inciso de la Ley 600/00.

⁵⁵ Citada con más amplitud en el punto 4.2.2 de este documento.

non bis in ídem tienen un valor apenas aparente cuando han sido proferidas con fundamento en prueba falsa o por jueces deshonestos o corruptos, o que actuando bajo presiones indebidas pretenden sustraer de las acciones de las autoridades a quienes realmente son responsables de infringir la ley penal. Concluyó que jamás la majestad de esas dos instituciones puede revestir de impunidad decisiones de jueces obtenidas mediante delito⁵⁶.

La corte analiza si al extinguir la acción penal por indemnización integral⁵⁷, se vulneran los derechos a la verdad y la justicia que tiene la víctima; señala que es un instrumento judicial idóneo para realizar la idea de la justicia propuesto por el constituyente, a más que los derechos a la verdad y la justicia no son absolutos, no se pueden superponer al interés público representado en el mismo proceso⁵⁸, en el marco de la tensión de los derechos de las víctimas en el proceso penal y de la potestad que tiene el legislador para regular las formas propias del proceso penal, no existe incompatibilidad entre aquellos y la posibilidad de extinguir la acción penal por indemnización integral de perjuicios, lo que se estructura sobre la base de la política criminal del Estado que es el resultado de la evaluación de multiplicidad de intereses; bienes jurídicos y derechos que requieren protección; variedad y complejidad de algunas conductas criminales; así como los imperativos de combatir la impunidad y la limitación de recursos para responder a la criminalidad organizada. Igualmente señaló que el legislador se encuentra habilitado para establecer restricciones al ejercicio de los derechos de las partes, siempre y cuando dichas restricciones no afecten el núcleo esencial de los derechos involucrados; concluyó en consecuencia, que es posible afirmar que la

⁵⁶ Sentencia C-871 de 2003. Cit. p.29.

⁵⁷ Ley 600 de 2000. Art. 42, establece que la indemnización solo extingue la acción penal en “*los delitos que admiten desistimiento, en los de homicidio culposo y lesiones personales culposas cuando no concurra alguna de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los artículos 110 y 121 del Código Penal, en los de lesiones personales dolosas con secuelas transitorias, en los delitos contra los derechos de autor y en los procesos por los delitos contra el patrimonio económico cuando la cuantía no exceda de doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*” No podrá extinguirse la acción penal por indemnización integral si dentro de los cinco años anteriores se ha decretado, respecto del mismo procesado, resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación de procedimiento por indemnización integral.

⁵⁸ Sentencia C-899 de 2003. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. pp.24 ss.

realización de los derechos a la verdad y a la justicia de la parte civil admiten limitaciones, toda vez que la finalidad del proceso penal no es retaliatoria. Los derechos de la parte civil no pueden llegar al extremo de convertir el derecho penal en mecanismo que persiga únicamente el castigo del infractor y olvide intereses de mayor jerarquía como la realización de la justicia material, la reparación del daño, el poder disuasivo de la pena y la economía procesal, entre otros, intereses todos involucrados en la indemnización como causal extintiva de la acción penal.

Dijo la corte que la indemnización tiene implícito un ideal de justicia que consiste en reparar el daño causado por el delito, dejando a la víctima y a los perjudicados por el hecho punible en la situación más próxima a la que existía antes de la ocurrencia del mismo. Además, el derecho de las víctimas a obtener la verdad y la justicia en el proceso penal no es absoluto (se establece la verdad sobre el ilícito en términos de autoría) y, por tanto, puede estar sometido a limitaciones razonables, ceden para la realización de principios de economía procesal y gastos que redundan en beneficio de la víctima, del inculcado y de la propia funcionalidad del aparato punitivo del Estado y contribuyen necesariamente a la racionalización del sistema penal⁵⁹.

Reiteró la jurisprudencia en el derecho de la parte civil, esta vez, a recurrir en casación la sentencia absolutoria, invocando derechos de igualdad y acceso a la administración de justicia⁶⁰.

4.2.2 Acción de revisión a solicitud de la víctima, relativización de la cosa juzgada y del *non bis in idem*.

A fin de armonizar los derechos de las víctimas y el deber del Estado de lograr la vigencia de un orden justo con la protección de la seguridad jurídica, del

⁵⁹ Sentencia C-899 de 2003. Cit. p.31.

⁶⁰ Sentencia C-998 de 2004. MP. Álvaro Tafur Galvis, declaró exequible el art. 205 de la Ley 600 de 2000 que regula la procedencia del recurso de casación.

non bis in ídem y de evitar futuras intervenciones de la CPI⁶¹, la corte condicionó la constitucionalidad del artículo 220 de la Ley 600/00⁶² en el sentido que procede la acción de revisión en cabeza de la parte civil frente a la preclusión de investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria, causal 3 de la norma revisada⁶³, siempre y cuando se trate de violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, y un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, haya constatado la existencia del hecho nuevo o de la prueba no conocida al tiempo de los debates. Igualmente, procede la acción de revisión, incluso si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo de los debates, siempre y cuando una decisión judicial interna o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en forma seria e imparcial las mencionadas violaciones.

Distingue los hechos punibles en general y las violaciones de DH y DIH, la diferenciación no es caprichosa, sino que los derechos de las víctimas adquieren una importancia directamente proporcional a la gravedad del hecho punible. Entre más daño social ocasione un delito, mayor consideración merecen los derechos de las víctimas y perjudicados. Igualmente la obligación estatal de investigar los hechos punibles es también directamente proporcional a la manera como el hecho punible pudo afectar los bienes jurídicos fundamentales, a fin de lograr la vigencia de un orden justo⁶⁴. Diferencia que además tiene sustento en el derecho

⁶¹ Sobre los deberes investigativos del Estado y *non bis in ídem*, invocó la jurisprudencia de la CIDH del 14 de Marzo de 2001, caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú), donde ese tribunal decidió que las leyes de amnistía peruanas eran contrarias a la Convención Interamericana y que el Estado era responsable por violar el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre los hechos y obtener justicia en cada caso, a pesar de que dicho Estado había aceptado su responsabilidad y había decidido otorgar una reparación material a las víctimas.

⁶² Sentencia de 2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

⁶³ Artículo 220-3 ley 600/00 procedencia de la acción de revisión “Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad.

⁶⁴ Sentencia C-004 de 2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett. p.26.

internacional de los DH en la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Al efecto, para la jurisprudencia constitucional el principio de *non bis in ídem* puede ser relativizado pues busca una finalidad conforme con la constitución en protección de un orden justo que se vería afectado si se admite que quienes han infringido la ley penal, y por lo tanto han afectado los DH de las víctimas del delito, no reciben el castigo debido.

5. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO, LEY 906 DE 2004, INTERVINIENTE ESPECIAL

El acto legislativo 3 de 2002, aprobado el 19 de diciembre, modificó los artículos 116, 250 y 251 Const. Pol., con el fin de implementar el sistema penal con tendencia acusatoria, respondiendo a las necesidades apremiantes de la administración de justicia en materia penal, principalmente la mora judicial⁶⁵, y que fue desarrollado por la ley 906 de 2004⁶⁶. Concluyó la corte que el sistema procesal penal es completamente armónico con la constitución, que la ley manejó una constitucionalización del derecho penal, entre otras materias, pues allí se reconocen derechos fundamentales⁶⁷ y es coherente con los paradigmas de procuración de justicia provenientes del derecho internacional acogidos por la jurisprudencia de la corte⁶⁸.

Las características fundamentales del sistema acusatorio son: la separación de funciones de investigación y acusación con la de juzgamiento, el control judicial de las limitaciones de derechos fundamentales por parte del juez de garantía, la instauración del principio de oportunidad, el juicio orientado por principios de oralidad, contradicción, inmediación y publicidad y por último un procedimiento que reconoce al acusador y al acusado la condición de partes, razón por la cual el

⁶⁵ Ver, sentencia T-292 de 1999. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

⁶⁶ Sentencia C-591 de 2005. MP. Clara Inés Vargas Hernández. Criterio reiterado en sentencia C-454 de 2006. MP. Jaime Córdoba Triviño. pp.34-35

⁶⁷ Sentencia C-591 de 2005. Cit. p.29.

⁶⁸ Sentencia C-454 de 2006. Cit. p.35.

legislador otorgó escasas atribuciones a la víctima cuya defensa siempre ha estado encomendada a la Fiscalía General de la Nación⁶⁹. A su vez, ha señalado la corte que el sistema penal acusatorio se estructura en “dos etapas o fases unidas por una intermedia que se caracterizan por: (i) indagación e investigación, cuyo objetivo básico es la preparación del juicio, basada en el recaudo de la evidencia y de los elementos materiales probatorios que se han de llevar al juicio; (ii) la etapa intermedia, caracterizada por la presentación que hacen las partes e intervinientes antes el juez, para buscar una aproximación al objeto del debate y una definición del marco en el que habrá de desenvolverse el juicio oral; (iii) la fase de juicio oral, público, concentrado y con intermediación de la prueba, que gira sobre tres ejes fundamentales: la presentación de la teoría del caso por las partes, la práctica de las pruebas previamente decretadas por el juez, y la exposición de los alegatos por las partes e intervinientes, tras lo cual se anuncia el sentido del fallo. En esta última fase, como lo ha destacado la jurisprudencia de esta Corporación, adquieren su mayor énfasis los rasgos adversariales del sistema”⁷⁰.

En el modelo de investigación y enjuiciamiento que profundiza su tendencia acusatoria, desaparece el concepto formal de “parte civil”, lo que no debe entenderse como alteración sustancial de la posición de la víctima, porque ella

⁶⁹ Más ampliamente la Corte Constitucional señala las características del sistema penal acusatorio en sentencia C-591 de 2005, MP., Clara Inés Vargas Hernández, p. 22-23 como que es un modelo con características fundamentales especiales y propias, que no lo asimila a otros sistemas acusatorios como el americano o continental europeo, “tiene acento en la garantía de los derechos fundamentales del inculcado, para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, teniendo presentes los derechos de las víctimas”. Toda afectación de derechos fundamentales del investigado es decidida en sede jurisdiccional, pues un funcionario judicial debe autorizarla y convalidarla en el marco de garantías constitucionales. El nuevo diseño no corresponde a un típico proceso adversarial entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia. En desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantía o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en busca de la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

⁷⁰ Sentencia C-250 de 2011. MP. Mauricio González Cuervo. Pp.39-40.

ocupa un papel protagónico definido en los artículos 92,102 y 132 de la Ley 906 de 2004, se trata de un proceso con sus propias especificidades, en el que los derechos de los sujetos que intervienen están predeterminados por los preceptos constitucionales, las fuentes internacionales acogidos por el ordenamiento interno y la jurisprudencia constitucional. El alcance a los derechos de las víctimas deben interpretarse dentro de este marco⁷¹.

El papel que el legislador le otorgó a la víctima en los artículos citados en el párrafo que antecede, se refería a su participación en momentos concretos como promover el incidente de reparación integral y solicitar la imposición de medidas cautelares sobre bienes del procesado para garantizar la indemnización de perjuicios, al tiempo que definió a la víctima, como la persona natural o jurídica y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto. Condición que se tiene con independencia a que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente a que exista una relación familiar con este.

5.1 Fundamento constitucional de los derechos y protección de las víctimas.

En general la re conceptualización de los derechos de las víctimas, en la constitución de 1991 se funda en principios y preceptos constitucionales: (i) En el mandato de que los derechos y deberes se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (Art. 93 Const.Pol.); (ii) en el hecho de que el Constituyente hubiese otorgado rango constitucional, a los derechos de las víctimas (Art. 250.6º y 7º Const. Pol.); (iii) en el deber de las autoridades en general, y las judiciales en particular, de propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de los bienes jurídicos (Art. 2º Const. Pol.); (iv) en el principio de dignidad humana que promueve los derechos a saber qué ocurrió, y a que se haga justicia (Art.1º C:Nal); (v) en el principio del Estado Social de Derecho que

⁷¹ Sentencia C-454 de 2006. p. 38.

promueve la participación, de donde deviene que la intervención de las víctimas en el proceso penal no puede reducirse exclusivamente a pretensiones de carácter pecuniario; (vi) y de manera preponderante del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual se derivan garantías como la de contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, así como la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias⁷².

La actividad de la Fiscalía General de la Nación, se encamina a la consecución de diferentes fines entre ellos la protección y reparación integral de los perjuicios ocasionados a las víctimas. El Acto Legislativo 03 de 2002 le asignó diversas responsabilidades en relación con las víctimas, tales como (i) solicitarle al juez de control de garantías las medidas necesarias para “la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas”; (ii) solicitarle al juez de conocimiento las medidas judiciales indispensables para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito; y (iii) velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y los demás intervinientes en el proceso penal⁷³.

El numeral 7º artículo 250 dispuso expresamente el poder de configuración legislativa en los términos en los cuales las víctimas de los delitos podrán intervenir en el curso del proceso, y el diseño de los mecanismos de justicia restaurativa a los que haya lugar⁷⁴. Establece el poder de coerción sobre el procesado cuando el Fiscal solicita al juez de control de garantías la imposición de medidas que afectan la libertad cuando son necesarias para asegurar, entre otros fines, la protección de las víctimas del hecho punible. Adicionalmente demanda al

⁷² C-454 de 2006. Cit. pp.29 y ss.

⁷³ Sentencia C-591 de 2005. Cit. 146. Sobre el contenido de las funciones de la Fiscalía General de la Nación más ampliamente fueron interpretadas en sentencia C-873 de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷⁴ Sentencia C-591 de 2005. Cit. p.17.

Juez la adopción de medidas judiciales para la asistencia a las víctimas y vela por la protección de éstas. Dispone la regulación del principio de oportunidad para implementar el control judicial de legalidad, lo cual es especialmente relevante para proteger los derechos de las víctimas a la justicia, verdad y reparación. La función del juez de control de garantía, entre otras es las de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

5.2 Concepto de víctima.

La corte amplió el concepto de víctima directa introducido por el legislador en el artículo 92 de la Ley 906 de 2004 hacia las víctimas indirectas como lo contemplan las jurisdicciones civil y contencioso administrativa, acorde con los principios constitucionales del artículo 250.6º Const. Pol., que consagran el restablecimiento del derecho y garantía de reparación se reconoce a los ‘afectados con el delito’, expresión que incluye a víctimas directas y perjudicados que hubiesen sufrido un daño cierto como consecuencia del delito. La calidad de víctima, así como sus derechos y garantías, comprenden tanto a la víctima directa como a la indirecta⁷⁵; la víctima directa se identifica con el sujeto pasivo de la conducta delictiva, o con la persona titular del bien jurídico que la norma tutela, pero adicionalmente un hecho delictivo trasciende esa esfera de afectación ocasionando perjuicios individuales o colectivos ciertos, reales y concretos a otros sujetos de derechos. Para la ampliación del concepto se apoyo en directrices de la ONU y la jurisprudencia interamericana como aquellas personas afectadas por un delito directamente y sus familiares sin distinguir, al menos para reconocer su condición de víctima del delito, el grado de relación o parentesco.

5.3 Derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y la reparación.

⁷⁵ Sentencia C-516 de 2007. MP. Jaime Córdoba Triviño.

Señaló la corte que el alcance de los derechos de las víctimas de la criminalidad compleja de que se ocupa el derecho internacional es aplicable a las víctimas de los delitos en general y han sido sistematizados así⁷⁶:

5.3.1 Derecho a la verdad.

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

“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

⁷⁶ Sentencia C-454 de 2006. Cit. p.30. Jurisprudencia reiterada en C-828 de 2010 y en C-250 de 2011 pp. 35-36.

ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima”⁷⁷.

5.3.2 Derecho a la justicia.

El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad, incorpora garantías que se derivan de unos correlativos deberes para las autoridades como: “(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”. El derecho a la justicia involucra un verdadero derecho constitucional al proceso penal, y el derecho a *participar* en él, 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*”⁷⁸.

5.3.3 Derecho a la reparación.

“El derecho de reparación integral del daño, 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

⁷⁷ Sentencia C-454-06. *Ibíd.* p.30.

⁷⁸ *Ibíd.* p.31.

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”⁷⁹.

5.3.4 Derecho a un recurso judicial efectivo.

Por último, todos estos principios conforme al derecho internacional contemporáneo y a la jurisprudencia constitucional concurren a integrar el complejo de derechos de que son titulares las víctimas de los delitos y presentan relaciones de conexidad e interdependencia: no es posible lograr la justicia sin verdad. No es posible llegar a la reparación sin justicia; la independencia se manifiesta en el derecho de las víctimas a un recurso efectivo cuya garantía depende de que éstas puedan intervenir en cualquier momento del proceso penal, aún en la fase de indagación preliminar para satisfacción de sus derechos a la justicia y a la verdad⁸⁰.

5.4 Derecho a intervenir en la actuación, interviniente especial.

El fiscal es el titular de la acción penal representando los intereses del Estado y de las víctimas⁸¹, lo que no implica que las víctimas carezcan de derechos de participación, pueden actuar sin sustituir ni desplazar al Fiscal, según el artículo 250.7 Const. Pol., actúa como interviniente especial⁸²; este rol determina que no tiene las mismas facultades del procesado ni del Fiscal, pero sí algunas capacidades especiales para intervenir; de acuerdo con el texto

⁷⁹ *Ibíd.* p.31.

⁸⁰ *Ibíd.* p. 32-33.

⁸¹ Sentencia C-209 de 2007. MP. Manuel José Cepeda Espinosa. p.49. jurisprudencia reiterada en sentencia C-250 de 2011.

⁸² Concepto reiterado en sentencia C-250 de 2011.

constitucional, la ley fijará los términos en que podrán hacerlo. Concreta la corte 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. La definición y caracterización de las distintas etapas del proceso penal (investigación, imputación, acusación y juzgamiento) también tiene incidencia en la forma como la víctima puede participar dentro del proceso, sólo respecto de la etapa del juicio, el constituyente precisó sus características, enfatizando su carácter adversarial, este hecho, tiene incidencia en la forma como pueden actuar las víctimas durante esta etapa. Como quiera que este carácter adversarial supone la confrontación entre el acusado y el acusador, la posibilidad de actuación directa y separada de las víctimas, al margen del fiscal, se encuentra restringida.

La intervención de la víctima en el proceso penal, constituye otra de las particularidades en el sistema procesal penal⁸³, el ejercicio de sus derechos debe hacerse de manera compatible con los rasgos estructurales y características esenciales del sistema. La jurisprudencia constitucional ha venido señalando momentos procesales en los cuales se concretan esos derechos así:

5.4.1 Garantías de protección de los derechos de las víctimas en el curso de la actuación.

Para hacer efectivos los derechos de las víctimas, reconoce la corte el acceso pleno a las diligencias, o expediente si existiere, desde el comienzo de las indagaciones, aún cuando no se hubiese formalizado una intervención en sentido jurídico-procesal, se produce desde que la víctima entra en contacto con los órganos de investigación, lo anterior con base en postulados como el acceso a la justicia, la igualdad ante los tribunales, la defensa en el proceso, la efectividad de los derechos y el carácter bilateral del derecho del derecho a la tutela judicial

⁸³ Sentencia C-591 de 2005. Cit. p.27.

efectiva, que mantiene su imperio frente al nuevo modelo de procesamiento criminal⁸⁴.

Tienen el derecho de postulación en cualquier momento de la actuación; no solamente en el juicio e incidente de reparación; sin límite del número de abogados en el evento de pluralidad de víctimas⁸⁵.

Se encuentra amparada la víctima con la garantía procesal de la *reformatio in pejus* lo que constituye un medio para asegurar en mejor medida sus derechos a la justicia, la verdad y la reparación amparados por la constitución y por los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, además que los sistemas acusatorios existe la tendencia a limitar los poderes del superior jerárquico, en consecuencia, si la víctima es único apelante, el superior no puede desmejorar los derechos reconocidos por el inferior.⁸⁶

Sobre los juicios en ausencia dice la corte que no se oponen a la constitución siempre que sean de manera excepcional y con el único propósito de darle eficacia y continuidad a la administración de justicia como servicio público esencial, pese a la rebeldía o la ausencia real del procesado, e igualmente, facilitan el cumplimiento del principio de celeridad procesal en aras de preservar la justicia y la verdad y, eventualmente, de reparar el derecho de las víctimas⁸⁷. Con todo, siendo mecanismos de carácter excepcional, su ejecución debe estar rodeada de un conjunto de garantías y controles judiciales.

Las funciones del Juez de control de garantías consisten en ponderar el interés legítimo del Estado y la sociedad por investigar comportamientos que atentan gravemente contra bienes jurídicos garantizados constitucionalmente, los derechos y garantías constitucionales consagrados a favor de la persona

⁸⁴ Sentencia C-454 de 2006. Cit. p.41. Art. 229, 13,29 y, 2 y 228 de la Constitución Nacional.

⁸⁵ Sentencia C-516 de 2007. Cit. p.37.

⁸⁶ Sentencia C-591 de 2005. Cit. p.54.

⁸⁷ Sentencia C-591 de 2005. Cit. p.91, reitera la jurisprudencia constitucional C-248 de 2004.

procesada, al igual que los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación⁸⁸.

5.4.2 Facultad para intervenir en preacuerdos y negociaciones.

En el tema de preacuerdos y negociaciones la corte incluyó la participación de las víctimas⁸⁹, pues la eficacia del sistema también es asunto que involucra sus intereses, no se puede predicar la eficacia del sistema cuando se priva a la víctima de acceder a un mecanismo que pone fin al único recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos a la verdad y a la justicia. No conduce a la humanización de la actuación procesal prescindir del punto de vista del agraviado o perjudicado en la construcción de un consenso que de solución al conflicto social generado por el delito y que puede llevar a la terminación del proceso, escenario en el que se deben hacer efectivos sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. Si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los preacuerdos celebrado entre la Fiscalía y el imputado, debe ser oída (Art. 11.d Ley 906 de 2004) por el Fiscal y por el juez que controla la legalidad del acuerdo. Ello con el propósito de lograr una mejor aproximación a los hechos, a sus circunstancias y a la magnitud del agravio, que permita incorporar en el acuerdo, en cuanto sea posible, el interés manifestado por la víctima. Celebrado el acuerdo la víctima debe ser informada del mismo a fin de que pueda estructurar una intervención ante el juez de conocimiento cuando el preacuerdo sea sometido a su aprobación. En la valoración del acuerdo con miras a su aprobación el juez velará por que el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales tanto del imputado o acusado como de la víctima.

5.4.3 Facultades en materia probatoria.

⁸⁸ Sentencia C-591 de 2005. Cit. p.66.

⁸⁹ Sentencia C-516 de 2007. Cit. analizó la constitucionalidad del art. 348 de la Ley 906 de 2004.

Son reconocimientos de la jurisprudencia constitucional, las facultades probatorias de la víctima por cuanto el legislador omitió incluirlas como partes o intervinientes que puedan ejercerlas⁹⁰.

Sostiene la corte que en la audiencia preparatoria que es por excelencia el trámite de solicitudes probatorias a practicar en el juicio oral, como el derecho a acceder a la justicia se encuentra en relación directa con el derecho a probar para lograr el esclarecimiento de los hechos, establecer responsabilidades y el derecho a la reparación, la víctima tiene derecho a participar, lo que igualmente desarrolla la naturaleza bilateral de la tutela judicial efectiva, sin modificar los rasgos estructurales del sistema penal, no altera la igualdad de armas⁹¹ ni modifica la calidad de víctima como interviniente especial. Concluye la corte que las competencias de la Fiscalía no tienen la virtualidad de desplazar a la víctima que a través de su representante opte por agenciar por su cuenta sus intereses⁹².

El precedente de la sentencia C-454 de 2006 fue seguido por la corte, para reconocer otras facultades como la solicitud de práctica de pruebas anticipadas, solicitar el descubrimiento de pruebas en la etapa previa al juicio, participar en

⁹⁰ Sentencia C-209 de 2007. Cit. pp.77 y ss.

⁹¹ La jurisprudencia de la Corte constitucional en sentencias C-1194 de 2005, C-118 de 2008 y concretamente la C-536 de 2008, MP. Jaime Araujo Rentería, p. 25, señala sobre el principio de igualdad de armas lo siguiente: *“En efecto, la aplicación del principio de igualdad de armas en el proceso penal hace parte del núcleo esencial de los derechos al debido proceso y de igualdad de trato jurídico para acceder a la justicia (artículos 29, 13 y 229 de la Constitución), según el cual las partes deben contar con medios procesales homogéneos de acusación y defensa, de tal manera que se impida el desequilibrio entre las partes y, por el contrario, se garantice el uso de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. Ahora, la desigualdad institucional, evidente en el sistema penal acusatorio (el aparato estatal investigativo, por regla general, tiene mayor fortaleza económica, orgánica y funcional, que la defensa a cargo de los particulares), supone la necesaria intervención legislativa para superarla y propiciar la igualdad de trato y de oportunidades de defensa. Por ello, el fortalecimiento y real aplicación de principios procesales tales como la presunción de inocencia, el in dubio pro reo, las prohibiciones de doble incriminación y de autoacusación, entre otros, colocan al juez en una posición clara frente al vacío probatorio: la pasividad probatoria como instrumento de equiparación de armas entre las partes.”*; por otra parte la corte ha señalado en otro fallo de trascendental importancia que, se vulnera este principio cuando: *“...el mandato en cuestión se desconoce cuando el legislador concede cierto privilegio o ventaja exclusiva a una de las partes, con la potencialidad de reflejarse en los resultados del proceso, pero, así mismo, en todos aquellos supuestos en que, de suyo, la ley conduce a fortalecer numérica o sustantivamente uno de los dos protagonistas de la controversia, pues ello anula las posibilidades de un juicio equitativo y justo y de una asistencia técnica eficaz”*. Sentencia C-473 de 2016. MP. Luis Ernesto Vargas silva. p. 30.

⁹² Sentencia C-454 de 2006. Cit. pp.44-46.

audiencia preparatoria y hacer observaciones sobre el descubrimiento de elementos probatorios y la totalidad de las pruebas que se harán valer en el juicio oral, solicitar en ella la exhibición de elementos materiales probatorios y evidencia física, conocerlos y estudiarlos, solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba, el abogado de la víctima en el juicio puede hacer observaciones al Fiscal para facilitar la contradicción de los elementos probatorios, pero solo el Fiscal tendrá la voz, en el evento que exista desacuerdo con la sentencia entre la víctima y el Fiscal, podrá impugnarla⁹³. Igualmente reconoció la facultad de ser oída en la etapa de individualización de pena y sentencia de manera directa o por intermedio de su representante⁹⁴. Las razones fundamentales para otorgar estas facultades se concretan en que la norma excluía la participación de las víctimas sin razón objetiva que lo justificara; como quiera que su participación en estas etapas previas al juicio no modifican los rasgos estructurales del sistema procesal introducido en la modificación constitucional, no altera la igualdad de armas; ni modifica la calidad de víctima como interviniente especial; la omisión genera desigualdad injustificada entre los actores del proceso en las etapas previas al juicio; y entraña un incumplimiento del legislador del deber de configurar una verdadera intervención de la víctima en el proceso penal, lo que impide asegurar su derecho a la verdad, justicia y reparación.

En esta decisión la corte hizo un importante reconocimiento del carácter bilateral de la tutela judicial efectiva que recoge los artículos 229, 29 y 93 de la carta, 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 víctima⁹⁵.

⁹³ Sentencia C-209 de 2007. Cit. pp.77-86.

⁹⁴ Sentencia C-250 de 2011. Cit. p.37.

⁹⁵ *Ibíd.* p. 35.

5.4.4 Facultades para solicitar medida de aseguramiento y protección.

Puede intervenir directamente, ante el juez frente a la solicitud de medida de aseguramiento y medidas de protección, como quiera que tienen incidencia significativa en la protección de sus derechos, para evitar la desprotección de la víctima ante omisiones del fiscal, o ante circunstancias apremiantes que puedan surgir y frente a las cuales la víctima cuente con información de primera mano sobre hostigamientos o amenazas recibidas que hagan necesaria la imposición de la medida correspondiente, o sobre el incumplimiento de la medida impuesta, o la necesidad de cambiar la medida otorgada. Esto se aplica tanto a las medidas de aseguramiento como a las medidas de protección en sentido estricto. Para lo anterior, el juez deberá seguir las normas del procedimiento, es decir que para resolver sobre la imposición de la medida de aseguramiento, debe previamente escuchar al Fiscal, la defensa y al Ministerio Público⁹⁶.

La facultad para solicitar medidas cautelares con miras a la obtención de una reparación integral, no solo se atribuye a la víctima directa, sino que se otorga a la víctima en el concepto amplio a quienes han sufrido menoscabo material o moral con la conducta punible. Lo anterior significa igualmente que el concepto de víctima se construye a partir de la existencia de cualquier daño⁹⁷.

Últimamente, la corte reconoció la facultad de solicitar, previo el cumplimiento de los requisitos, la suspensión de la personería jurídica o el cierre de establecimiento abierto al público presuntamente dedicado total o parcialmente a actividades delictivas⁹⁸; la solicitud de la víctima para la adopción de dichas medidas puede fundarse en información que indique una amenaza apremiante o una situación actual de vulneración efectiva de bienes jurídicos de alta trascendencia constitucional. Dijo que es entonces necesario garantizar al mismo tiempo los derechos de las víctimas sin interponer obstáculos significativos a la función investigativa de la Fiscalía, y por lo mismo debe asegurarse un equilibrio

⁹⁶ Sentencia C-209 de 2007. Cit. pp.86-90.

⁹⁷ Sentencia C-516 de 2007. Cit.

⁹⁸ Sentencia C-603 de 2016. MP. María Victoria Calle Correa.

entre ambos principios. Ese equilibrio razonable se puede obtener si se admite la solicitud directa de las medidas por parte de las víctimas desde la imputación, pues esto de un lado contribuye a desarrollar el programa metodológico y la investigación criminal, sin que al tiempo les cierre a las víctimas la posibilidad de solicitar medidas de protección pues pueden pedir otras distintas de las contempladas en las disposiciones bajo examen y preservan la posibilidad de pedir, por medio del fiscal, las que contempla la norma revisada⁹⁹, artículo 250.7 de la Const. Pol. y 134 de la Ley 906 de 2004.

5.4.5 Facultad para intervenir en la formulación de imputación y en la acusación.

En la audiencia de formulación de la imputación, no estaba prevista la intervención de la víctima, para la protección de sus derechos, estableció la corte que debido a que en esta etapa se pueden adoptar medidas de aseguramiento y se interrumpe la prescripción penal, la intervención de la víctima para controlar posibles omisiones o inacciones del fiscal resulta fundamental para la garantía de sus derechos¹⁰⁰.

La formalización de la intervención de la víctima se produce en la audiencia de formulación de acusación, momento procesal en que así mismo se define la condición de acusado y se traba de manera formal el contradictorio entre acusación y defensa. Su intervención en la audiencia de acusación para fijar su posición sobre la acusación, la adecuación típica o el descubrimiento de pruebas, no supone una modificación de las características estructurales del sistema penal con tendencia acusatoria, ni una transformación de la calidad de interviniente especialmente protegido que tiene la víctima. La fijación de su posición no afecta la autonomía del Fiscal para acusar, ni mucho menos lo desplaza en el ejercicio de las facultades que le son propias, por consiguiente la corte le otorgó esa facultad de intervenir, entendiendo que también puede elevar observaciones al

⁹⁹ Ley 906 de 2004. Art. 11 trata sobre los derechos de las víctimas y art. 342 sobre las medidas de protección para víctimas y testigos que la Fiscalía puede solicitar una vez formulada la acusación.

¹⁰⁰ Sentencia C-209 de 2007. Cit. p.103.

escrito de acusación o manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades¹⁰¹.

Concretó la corte que la protección de los derechos de la víctima no implica un traslado automático de las formas y esquemas de intervención mediante los cuales la víctima ejerció sus derechos en el anterior sistema procesal penal regulado por la Ley 600 de 2000, sino que el ejercicio de sus derechos debe hacerse de manera compatible con los rasgos estructurales y las características esenciales de este nuevo sistema procesal, creado por el Acto Legislativo 03 de 2002.

5.4.6 Intervención en trámites que suspenden o ponen fin a la actuación.

Al revisar la constitucionalidad del trámite del principio de oportunidad¹⁰² amplió el control judicial que planteaba solo para el supuesto de renuncia a la acción penal, a las otras posibilidades de interrupción y suspensión. La norma contempla la facultad de la víctima para intervenir en la audiencia de control a la aplicación del principio de oportunidad, con el fin de controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación y afirma la agarantía del equilibrio que debe existir entre la eficacia y funcionalidad de la administración de justicia penal y los derechos fundamentales del investigado y de la víctima¹⁰³. Los mecanismos de protección y garantía de los derechos de las víctimas en aplicación del principio de oportunidad se encuentran consagrados en el artículo 250 superior que encuentran desarrollo en la Ley 906 de 2004, artículos 11, 136, 137 y 328. En efecto, el literal f) del artículo 11 prevé que el Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, y que, en desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho a *“que se consideren sus intereses al adoptar una*

¹⁰¹ Sentencia C-209 de 2007.Cit. 101.

¹⁰² Ley 906 de 2004. Artículo 327.

¹⁰³ Sentencia C-979 de 2005. MP. Jaime Córdoba Triviño. p.45. Posteriormente en sentencia C-095 de 2007, al revisar la constitucionalidad del art. 324 de la Ley 906 de 2004 que regula las causales del principio de oportunidad, hizo referencia a los mismos mecanismos con que cuenta la víctima para protección de sus derechos en estos trámites.

decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto". En similar sentido, el artículo 328 de la misma Ley señala que *"en la aplicación del principio de oportunidad el fiscal deberá tener en cuenta los intereses de las víctimas. Para estos efectos deberá oír a las que se hayan hecho presentes en la actuación"*. Y de manera más general, el artículo 22 *ibídem* consagra como principio general que irradia toda la interpretación de las normas de procedimiento penal, el derecho de las víctimas a que los operadores jurídicos adopten las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal¹⁰⁴. Posteriormente otorgó la facultad de impugnar la decisión del juez sobre la aplicación del principio de oportunidad¹⁰⁵.

La facultad que el legislador le acordó a la Fiscalía General de la Nación en el artículo 78 de la Ley 906 de 2004, para archivar unas actuaciones con efecto de cosa juzgada cuando se presente una causal de extinción de la acción penal, mediante una orden sucintamente motivada que escapa a cualquier control judicial, y antes de la formulación de la imputación, vulnera gravemente los derechos de las víctimas a la justicia, verdad y reparación. Lesionan su derecho a acceder ante un juez para efectos de que sea este último quien decida si efectivamente se encuentran presentes o no los presupuestos para decretar la extinción de la acción penal. En otros términos, el carácter litigioso de las causales de extinción de la acción penal, al igual que la trascendencia que la misma ofrece, por ejemplo, en los casos de leyes de amnistía, conducen a la Corte a considerar que tales decisiones únicamente pueden ser adoptadas por el juez de control de conocimiento, en el curso de una audiencia, durante la cual las víctimas puedan exponer sus argumentos en contra de la extinción de la acción penal. Para armonizar la anterior decisión con la preclusión de la investigación en los términos

¹⁰⁴ Sentencia C-095 de 2007. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. pp.32-33.

¹⁰⁵ Sentencia C-209 de 2007. Cit. p.94.

del artículo 331 de la Ley 906 de 2004, señaló que tal decisión debe ser siempre adoptada por el juez de conocimiento a solicitud del fiscal¹⁰⁶.

En el archivo de las diligencias la etapa de indagación artículo 79 de la Ley 906 de 2004, no reviste el carácter de cosa juzgada y prevé la posibilidad de reanudar la investigación cuando surjan nuevos elementos probatorios que permitan su caracterización como delito, siempre que no haya prescrito la acción. En este contexto es la aplicación directa del principio de legalidad que dispone que el fiscal deberá ejercer la acción penal e investigar aquellas conductas que revistan las características de un delito, lo cual es imposible de hacer frente a hechos que claramente no corresponden a los tipos penales vigentes o nunca sucedieron¹⁰⁷.

Tanto la CIDH como la Comisión IDH se han pronunciado sobre los derechos de las víctimas, consolidado formas de reparación que constituyen la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición que incluyen entre otras la garantía de la verificación de los hechos y la revelación completa y pública de la verdad. Por lo tanto, como la decisión de archivo de una diligencia afecta de manera directa a las víctimas, debe ser motivada para que éstas puedan conocer la decisión y expresar su inconformidad a partir de fundamentos objetivos. Para garantizar sus derechos la Corte encuentra que la orden del archivo de las diligencias debe estar sujeta a su efectiva comunicación a las víctimas. La posibilidad de reanudación de la investigación busca también proteger a las víctimas que 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, en la eventual controversia con la posición de la Fiscalía que niegue la reanudación, dado que se

¹⁰⁶ Sentencia C-591 de 2005. Cit. p.84. La sentencia C-1154 de 2005 estuvo a lo dispuesto en este fallo que declaró inexecutable las expresiones *“mediante orden sucintamente motivada. Si la causal se presentare antes de formularse imputación, el Fiscal será competente para decretarla y ordenar como consecuencia el archivo de la actuación”*, inciso primero del artículo 78 Ley 906 de 2004.

¹⁰⁷ Sentencia C-1154 de 2005. MP. Manuel José Cepeda Espinosa. pp.71 y ss.

comprometen los derechos de las víctimas, cabe la intervención del juez de garantías. Se debe aclarar que la corte no está ordenando el control del juez de garantías para el archivo de las diligencias sino señalando que cuando exista una controversia sobre la reanudación de la investigación, no se excluye que las víctimas puedan acudir al juez de control de garantías.

En el mismo sentido la corte ha reconocido la inadmisión de la denuncia a que sea motivada y notificada a la víctima¹⁰⁸. La eventual inadmisión de una denuncia proferida por el fiscal no se vislumbra, como un acto propio de la nuda liberalidad del funcionario investigador, se trata de una decisión que sólo puede legitimarse por la ausencia, en el caso concreto, de los parámetros constitucionales que condicionan la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, lo que implica una motivación para justificar la validez de la decisión como desarrollo del principio de legalidad y al revestir particular relevancia en los derechos de las víctimas, no puede quedar exenta de los controles externos. La decisión no hace tránsito a cosa juzgada quedando vigente la posibilidad de que la denuncia vuelva a ser presentada con un mínimo fundamento en relación con la existencia del hecho y las características delictuosas entendidas como la concurrencia de los elementos que integran el tipo objetivo. En cuanto a la ampliación de la denuncia, “por una sola vez”, es una condición para el ejercicio del derecho de acción que presenta la posibilidad a que el denunciante aporte información adicional sobre aspectos trascendentes para la investigación, debe entenderse sin perjuicio de los derechos de intervención que la Constitución y la Ley prevén para las víctimas de los delitos. La reglamentación del legislador en estos dos casos constituye un ejercicio legítimo en términos razonables del derecho de acceso a la justicia, las medidas promueven finalidades constitucionales legítimas y no imponen cargas excesivamente gravosas e insuperables para los denunciantes y son idóneas y adecuadas para alcanzar los fines que promueven.

¹⁰⁸ Sentencia C-1177 de 2005. MP. Jaime Córdoba Triviño. La efectiva comunicación a la víctima fue reiterada en sentencia C-454 de 2006 p.39-41.

La posibilidad de apelar la sentencia absolutoria, corresponde a la expresión de derechos de las víctimas y la materialización del deber de las autoridades de asegurar la vigencia de un orden justo, consagrados en la constitución y diversos instrumentos internacionales¹⁰⁹, es el desarrollo de garantías como la doble instancia, el derecho a la igualdad, el derecho de acceso a la administración justicia y los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Derechos que se encuentran previstos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 14.5 y en la Convención ADH artículo 8 numeral 2, literal h.

Según el trámite previsto en el artículo 333 de la Ley 906 de 2004, en la solicitud de preclusión que hace el fiscal ante el juez de conocimiento no se pueden solicitar ni practicar pruebas. Aunque la misma admite el recurso de apelación, no permitir a la víctima controvertir adecuadamente la solicitud del fiscal puede conducir a una afectación alta de sus derechos, e incluso, a la impunidad, por este motivo, la corte ha permitido la práctica de pruebas que demuestren que sí existe mérito para acusar o que no se presentan las circunstancias alegadas por el Fiscal¹¹⁰.

Frente a la extinción de la acción penal, los derechos de las víctimas a conocer la verdad y a ser reparadas¹¹¹ permanecen para que en el evento de muerte del procesado, se acuda a la vía civil por responsabilidad civil extracontractual para que sean reparadas mediante los bienes que ingresan a la masa sucesoral, es decir, que en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención ADH, se trata de un mecanismo apto, que en los términos del artículo 185 del Código de Procedimiento Civil admiten como pruebas trasladadas, previo cumplimiento de unos requisitos, aquellas recaudadas en el proceso penal. Por lo tanto, decidió la corte que el juez de conocimiento debe decidir oficiosamente, o a petición de interesado, independientemente de que exista reserva judicial, poner a disposición u ordenar el traslado de todas las pruebas o elementos probatorios

¹⁰⁹ Sentencia C-047 de 2006. MP. Rodrigo Escobar Gil.

¹¹⁰ Sentencia C-209 de 2007. Cit. pp.98-99.

¹¹¹ Sentencia C-828 de 2010. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

que se hayan recaudado hasta el momento en que se produzca la muerte, para que se adelanten otros mecanismos judiciales o administrativos que permitan garantizar los derechos de las víctimas.

Aunque no es una figura que realmente ponga fin a la actuación, la conexidad procesal para que una investigación se acumule a otra ya existente, es otra de las facultades que la corte ha reconocido a la víctima¹¹². Cuando no se le otorga esa posibilidad, se afectan los derechos a la verdad y a la reparación dado que la conexidad procesal contribuye efectivamente a la dirección eficiente de sus esfuerzos probatorios y a la existencia de procesos que permitan identificar y reconstruir los contextos en los que tuvieron lugar hechos punibles que, por su magnitud, comprometen a numerosas personas o dieron lugar a la comisión de sucesivos delitos. Incluso en algunos casos graves de violación de derechos humanos, tal y como ocurre cuando se trata de genocidios, la declaratoria de conexidad puede tener para las víctimas una trascendencia significativa. Igualmente asegura la existencia de decisiones uniformes respecto de los comportamientos que han afectado a quienes se presentan como víctimas y el establecimiento de condiciones uniformes de reparación no solo en lo relativo a la cuantía y forma de hacerlo, sino también en lo que se refiere a los responsables de asumirla.

Al examinar la constitucionalidad del artículo 90 procedimental penal¹¹³, que excluye a la víctima dentro de los legitimados para solicitar adición de la sentencia o de la decisión con efectos vinculantes, en aquellos eventos en que el juez omite pronunciarse de manera definitiva sobre los bienes afectados con fines de comiso; la Corte estimó que el legislador excluyó a la víctima de dicha facultad, pese a que se encuentra en una posición jurídica, no solo equiparable a la de los sujetos procesales e intervinientes autorizados, sino con un interés más directo y específico sobre la materia regulada. Los intereses de restitución y reparación integral de la víctima pueden resultar afectados con la omisión de un

¹¹² Sentencia C-471 de 2016. MP. Alejandro Linares Cantillo.

¹¹³ Sentencia C-782 de 2012. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

pronunciamiento sobre la disposición definitiva de los bienes incautados, por cuanto la citada medida implica el desplazamiento del bien, del patrimonio del condenado al Estado, en consecuencia, amplió esa facultad para este interviniente.

En conclusión, dice la corte, la efectividad de los derechos de las víctimas del delito depende del ejercicio de varias garantías procedimentales, entre otras las siguientes: (i) el derecho a ser oídas; (ii) el derecho a impugnar decisiones adversas, en particular las sentencias absolutorias y las que conlleven penas irrisorias; (iii) el derecho a controlar las omisiones o inacciones del fiscal, y (iv) el derecho a ejercer algunas facultades en materia probatoria¹¹⁴.

5.4.7 Justicia restaurativa.

La justicia restaurativa¹¹⁵ se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, que sustituye la idea tradicional de retribución o castigo, por una visión que rescata la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario. El centro de gravedad del derecho penal ya no lo constituiría el acto delictivo y el infractor, sino que involucraría una especial consideración a la víctima y al daño que le fue inferido. Conforme a este modelo, la respuesta al fenómeno de la criminalidad, debe estar orientada a la satisfacción de los intereses de las víctimas (reconocer su sufrimiento, repararle el daño inferido y restaurarla en su dignidad), al restablecimiento de la paz social, y a la reincorporación del infractor a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales quebrantados por el delito,

¹¹⁴ Sentencia C-209 de 2007. Cit. p.102.

¹¹⁵ El Acto Legislativo No. 03 de 2002 explícitamente estableció que “La ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa”. En materia de regulación legal, si bien el sistema normativo colombiano, antes de la mencionada reforma ya contemplaba, en materia penal, ciertos instrumentos que responden a la filosofía de la justicia restaurativa, como la conciliación pre procesal en los delitos querellables, la ley 906 de 2004 sistematiza, afianza y crea nuevos espacios para la aplicación de este esquema de justicia, como ocurren con la mediación y el incidente de reparación integral.

replanteando el concepto de castigo retributivo que resulta insuficiente para el restablecimiento de la convivencia social pacífica¹¹⁶.

La figura fue definida por el legislador como aquél proceso en que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado, participan conjuntamente y de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito. Su objetivo es el de buscar un resultado restaurativo. Dicho proceso se puede adelantar con o sin la participación de un facilitador¹¹⁷, el resultado restaurativo consiste en el acuerdo logrado orientado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y lograr la reintegración de la víctima y el infractor en la comunidad y que se desarrolla a través de figuras como la conciliación pre-procesal, conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación.

La corte ha definido la conciliación, como “una institución en virtud de la cual se persigue un interés público, mediante la solución negociada de un conflicto jurídico entre partes, con la intervención de un funcionario estatal, perteneciente a la rama judicial o a la administración, y excepcionalmente de particulares”. La mediación es un mecanismo que genera un espacio institucional para que la víctima y el ofensor (imputado o acusado) intercambien opiniones y confronten sus puntos de vista, para que, a través de un mediador, que conforme a la ley debe ser neutral, logren solucionar el conflicto suscitado con ocasión de la conducta punible. Puede orientarse a objetivos restauradores tales como la reparación, la restitución, el resarcimiento de los perjuicios causados, la realización o abstención de determinada conducta, la prestación de servicios a la comunidad, o el ofrecimiento de disculpas o perdón y, el incidente de reparación integral, a diferencia de los regímenes procesales anteriores, no exige demanda de parte civil, es suficiente la solicitud expresa de la víctima, del fiscal o del ministerio público a instancias de aquella, para que el juez de conocimiento, una vez ha proferido el fallo declaratorio de responsabilidad, abra el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta punible el cual debe someterse al

¹¹⁶ Sentencia C-979 de 2005. Cit. p.50.

¹¹⁷ Ley 906 de 2004. Artículos 518 a 527.

trámite de la audiencia oral, de fracasar los dos intentos de conciliación el juez decidirá teniendo en cuenta las pruebas presentadas¹¹⁸.

5.4.8 Acción de revisión, a solicitud de la víctima, relativización de la cosa juzgada y del *non bis in ídem*.

La corte, al revisar la constitucionalidad de la norma procedimental que regula la acción de revisión, eliminó la limitación a sentencias ejecutoriadas con fallo absolutorio, cuando se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En tales eventos, dice la norma, no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates¹¹⁹. El legislador en este caso intentó poner a tono las causales de revisión, con la interpretación autorizada en la sentencia C-04 de 2003¹²⁰, pero omitió la posibilidad de aplicar la figura a fallos condenatorios, lo que quedó subsanado por la corte con la declaratoria de inexecutable de la expresión “*absolutorio*”.

Explicó que corte que en la tradición jurídico – penal la acción de revisión se ha concebido como instrumento de tutela de derechos fundamentales del sentenciado, sin embargo, con el auge de la preocupación por los derechos de las víctimas, particularmente en delitos que estructuran violaciones de DH y DIH, esta perspectiva ha cambiado, en la medida que se ha introducido la posibilidad de revisión de sentencias absolutorias, en ámbitos muy específicos y con las debidas cautelas que una medida de política criminal de esta naturaleza exige. Es posible establecer limitaciones al derecho al *non bis in ídem* derivados de valores

¹¹⁸ Sentencia C-160 de 1999, MP. Antonio Barrera Carbonell. Citada en sentencia C-979 de 2005. p.57, al revisar la constitucionalidad del artículo 527 procesal penal sobre el manual que debe elaborar la Fiscalía General de la Nación para el procedimiento de mediación y en general los programas de justicia restaurativa.

¹¹⁹ Sentencia C-979 de 2005. Cit. pp.18 y ss.

¹²⁰ Referenciada en el punto 4.2.2 de este documento.

constitucionales¹²¹, como son los derechos de las víctimas y el deber correlativo del Estado de investigar y sancionar los delitos a fin de realizar la justicia y lograr el orden justo, con los cuales puede entrar en conflicto y exigir una limitación, particularmente tratándose de violaciones de DH y DIH con mayor potencialidad de daño, mayor capacidad de infringir dolor a las víctimas y perjudicados además que entrañan un enorme poder desestabilizador en el seno de la colectividad, lo cual incrementa el deber de investigación y convocan un mayor celo protectorio hacia los derechos de las víctimas¹²².

Como desarrollo del ER¹²³, se ratifica la complementariedad del mecanismo internacional, incorporado a la norma interna la supervisión y control de los DH, lo que resulta una medida eficaz para la corrección fallos que entrañan una injusticia evitando la intervención de la jurisdicción internacional y confirmando el especial celo investigativo de las autoridades, en este tipo de delitos.

5.5 Actuaciones en las que no hay interés de la víctima.

La corte resolvió que la omisión que hizo el legislador sobre la participación de la víctima en etapas posteriores a la sentencia, es constitucional¹²⁴. El sistema penal consagra como funciones de la pena la prevención general, la retribución justa, la prevención especial, la reinserción social y la protección al condenado. No obstante, solo la prevención especial y la reinserción social son funciones que cobran fuerza en el momento de la ejecución de la pena de prisión¹²⁵ de tal forma que como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional desde sus inicios, en el Estado social de derecho la ejecución de la sanción penal está orientada hacia la prevención especial positiva, esto es, en esta fase se busca ante todo la resocialización del condenado respetando su autonomía y la dignidad humana

¹²¹ Constitución Nacional. Preámbulo art. 2 y 229.

¹²² Sentencia C-979/05. Cit. p.24.

¹²³ La constitucionalidad del Estatuto de Roma se resolvió en sentencia C-578 de 2002, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹²⁴ Sentencia C-233 de 2016. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹²⁵ Código Penal de 2000. Artículo 4.

como pilar fundamental del derecho penal. De allí que la teoría de la pena refiera que el tratamiento penitenciario debe estar dirigido a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados, y deba propender por hacer que el condenado tenga la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal, en desarrollo de una actitud de respeto por su familia, el prójimo y la sociedad en general. Es lo que se conoce como la humanización de la pena a partir del postulado de la dignidad humana que establece el artículo 1o de la Constitución Política.

La tensión que se presenta entre la prevención general, que pretende desestimular conductas lesivas de bienes jurídicos otorgando criterios retributivos y de proporcionalidad entre delito y pena y, la prevención especial positiva, se materializa "...en que la prevención general aconseja penas más severas, mientras que la prevención especial positiva parte de la base de políticas de resocialización que sugieren penas bajas"¹²⁶. El Estado está en la obligación de procurar la función resocializadora de las personas condenadas a penas privativas de la libertad, por lo tanto, la pena no ha sido pensada únicamente para lograr que la sociedad y la víctima castiguen al condenado y que con ello vean sus derechos restituidos, sino que responde a la finalidad constitucional de la resocialización como garantía de la dignidad humana¹²⁷, la ejecución de las penas que tiende a la resocialización del condenado, donde se evalúa, si es posible que el condenado avance en el régimen progresivo y pueda acceder a regímenes de privación de la libertad de menor contenido coercitivo (libertad condicional, prisión domiciliaria,

¹²⁶ Sentencia C-233 de 2016. Cit. p.40. Este concepto de la prevención especial es discutible, existen criterios contradictorios, entre ellos, Luigi Ferrajoli en Derecho y Razón, señala sobre las doctrinas de la prevención especial p.271, que: "...dado el carácter correctivo asociado a los tratamientos penales, no se justifican límites legal y rígidamente preestablecidos a las exigencias individualizadas de la corrección. Por el contrario, se justifican y recomiendan penas de naturaleza y duración indeterminadas, sujetas a cambios a medida que varían las necesidades correctivas y que cesan sólo con el arrepentimiento o la curación del reo"., el carácter indeterminado de la medida de la pena, librada a la discrecionalidad del que supervisa el arrepentimiento o la curación del reo, es un rasgo común de todas las estrategias de la prevención especial.

¹²⁷ *Ibíd.* p.40.

vigilancia electrónica, entre otros subrogados penales), logran la readaptación social del condenado.

Bajo este panorama, continúa la corte, no es viable que las víctimas tengan una intervención directa en etapas subsiguientes del proceso penal, su ausencia no afecta los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación porque previamente intervinieron en la audiencia de individualización de pena con el fin de defender el interés directo que tienen de que el caso no quede impune. La satisfacción del derecho a la justicia lo logran las víctimas con la imposición de la condena adecuada y proporcionada. Tampoco se afecta el componente de reparación integral porque el juez debió constatar la reparación de la víctima o que se haya asegurado el pago, previa la concesión de beneficios posteriores a la condena, además que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad evalúa el ánimo de resocialización que presenta el condenado con el fin de otorgar garantías de no repetición del injusto penal.

Además de lo anterior, la corte considera que la etapa de ejecución de las penas, como fase subsiguiente al proceso penal de tendencia acusatoria, se orienta a humanizar el derecho penal como parte de la política criminal y penitenciaria que establece el Estado. De esta forma, la condena no puede estar asociada exclusivamente a que su cumplimiento se adelante en un centro de reclusión intramural, ya que existen otras medidas con las cuales se logran los fines de resocialización y de prevención especial positiva del condenado que privilegian la dignidad humana, ayudando en el proceso de reivindicación con la sociedad. En este punto, resalta que dados los fines superiores que tienen las penas, su énfasis en esta etapa no es la retribución a las víctimas, sino de readaptación del penado¹²⁸.

¹²⁸ Sentencia C-233 de 2016. Cit. p.47. Incluso, la reintegración o readaptación social más que una función de la pena debería entenderse como un derecho del condenado como lo plantean JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA Y FERNANDO LEON TAMAYO ARBOLEDA en “¿penas sin humillaciones? Límites al derecho penal derivado del respeto de la dignidad humana”, en Opinión Jurídica, N° 33, Medellín, Universidad de Medellín, 2018, pp.12-13. (de próxima publicación; se cita por el documento original).

6.- DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO ABREVIADO, LEY 1826 DE 2017, FACULTAD DE LA VÍCTIMA PARA CONSTITUIRSE COMO PARTE, MEDIANTE LA FIGURA DEL ACUSADOR PRIVADO.

Alternativo al esquema acusatorio de la Ley 906 de 2004, últimamente se introdujo en el procedimiento penal un modelo de procedimiento abreviado, con la finalidad de aminorar la congestión judicial y facilitar el acceso a la administración de justicia, para la acusación y el juzgamiento de ciertos delitos que el legislador consideró de menor gravedad; y le otorga a la víctima la potestad de acusador privado con lo que se releva a la Fiscalía General de la Nación de investigar y acusar a los presuntos responsables de un delito cuando concurren especiales circunstancias. Para que la víctima actúe como acusador privado, será representada por apoderado que asumirá las facultades y obligaciones de acusador público, esto último amparado en la reforma constitucional del Acto Legislativo 6 de 2011, artículo 2 (corregido por el Decreto Nacional 379 de 2012 artículo 1), que adicionó el artículo 250 Const. Pol., en el párrafo 2, asignando “el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas de la Fiscalía General de la Nación”, atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, aunque ésta podrá actuar en forma preferente¹²⁹.

Si bien algunos artículos de esta ley fueron demandados ante la Corte Constitucional y en Sentencia C-016 de 2018, la corporación se inhibió de resolver por ineptitud de la demanda, consideramos importante hacer mención a las atribuciones que el legislador ha otorgado últimamente a las víctimas, como claro reflejo del papel preponderante que en la actualidad se les asigna en el proceso

¹²⁹ En sentencia C-433 de 2013, M.P., Luis Ernesto Vargas Silva, la corte se inhibió de resolver la demanda de inconstitucionalidad del Acto Legislativo 6 de 2011, por ineptitud de la misma. Frente a esta reforma constitucional de acuerdo al artículo 379 Const. Pol., la acción pública de inconstitucionalidad ha caducado, pues la acción procede dentro del año siguiente a su promulgación, lo que lleva a la absoluta vigencia en Colombia del mandato constitucional que la víctima u otras autoridades distintas a la fiscalía, en determinados casos, puedan asumir las facultades y obligaciones de ésta en el proceso penal.

penal, quedando a la espera del desarrollo jurisprudencial de la corte en esta materia.

Consagró un tratamiento especial abreviado reduciendo seis audiencias básicas del procedimiento ordinario (formulación de imputación, acusación, preparatoria, juicio, lectura de fallo e incidente de reparación) a solo dos, que previamente requieren de un acto autónomo del acusador como es el traslado del escrito de acusación que incluye el descubrimiento probatorio, audiencias concentradas (fusiona acusación y preparatoria) y juicio (incluye el procedimiento escrito de la ley 600 de 2000, notificando por edicto el fallo que incluye el incidente de reparación, si éste se promovió en la acusación), para los delitos querellables señalados en el Artículo 74 procesal penal y enlistó otros investigables de oficio en su artículo 10, todos los cuales tienen el ofrecimiento privilegiado de una rebaja de pena hasta del 50% por allanamiento a cargos en el traslado del escrito de acusación, inclusive en casos de captura en situación de flagrancia¹³⁰; consagra la figura del acusador privado (art. 549), la conversión de la acción pública a privada en cabeza de la víctima (art. 550), quién puede realizar actos de investigación (art. 556) excepto los que requieren control del juez de garantías (interceptación de comunicaciones, inspecciones corporales, registros y allanamientos, vigilancia y seguimiento de personas, vigilancia de cosas, entregas vigiladas, diligencias de agentes encubiertos, retención de correspondencia y recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones), es decir que la víctima se encuentra facultada para, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa. Tales elementos, el informe sobre ellos y las entrevistas que hayan realizado con el fin de descubrir información útil, podrá utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales. Adicionalmente quedó facultada para solicitar medida de aseguramiento cuando actúa como acusador

¹³⁰ En el procedimiento ordinario, para casos de captura en flagrancia, se otorga rebaja de pena por allanamiento a cargos hasta del 12.5% , párrafo del artículo 301 del procedimiento penal.

privado (art. 558) y la reparación integral puede solicitarla ante jurisdicción civil (564).

La víctima a través de un defensor de confianza o estudiante de consultorio jurídico de universidad acreditada y las demás autoridades que faculte el legislador, en el procedimiento abreviado tiene la potestad de convertirse en parte mediante la figura del acusador privado antes de la presentación del escrito de acusación y particularmente la víctima deberá acreditar su condición de tal para que el fiscal del caso decida en el término de un mes conforme a lo señalado en el artículo 554 del Código de Procedimiento Penal, decisión que podrá ser objeto de reversión.

Si la acción penal permanece en cabeza de la fiscalía, la audiencia concentrada es la oportunidad para reconocer la calidad de víctima, y su participación será a título de interviniente con las facultades que la ley le otorga para adicionar el escrito de acusación con su pretensión de reparación siempre que no haya acudido a la jurisdicción civil, presentar observaciones al escrito de acusación, hacer observaciones frente al descubrimiento de elementos probatorios, recibirá la lista de los elementos materiales probatorios que fiscalía y defensa pretenden hacer valer en el juicio, podrá hacer solicitudes probatorias. El juicio se adelantará conforme a las reglas del procedimiento ordinario, excepto la audiencia para proferir sentencia que se ha eliminado para que la sentencia escrita se corra traslado a las partes, quienes pueden interponer recursos. Frente a este punto, corresponderá a la corte aclarar o ampliar la norma en el sentido que se incluya dentro del procedimiento de notificación a los intervinientes quienes podrán recurrirla, pues el artículo 545 solo hace mención a las partes.

Es importante resaltar dentro de los delitos incluidos por el legislador para el trámite abreviado que son investigables de oficio, algunos que consagra el Código Penal con una pena mínima que es o excede de 4 años de prisión y frente a los cuales, la política criminal del Estado ha fijado con este parámetro objetivo, como graves, al punto que en el artículo 313 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal señala para ellos, como medida de aseguramiento la mas severa,

consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario. Entre ellos se encuentran en el Código Penal algunas Lesiones Personales como las que generan pérdida de la función de un órgano o miembro (art. 116), el delito de Hurto Calificado (art. 240), Corrupción Privada (art. 250A), Administración desleal (art. 250B), delitos que atentan a la protección de información y datos, entre ellos el Acceso Abusivo al Sistema Informático (art. 269A), Uso de Software Malicioso (art. 269E), Violación de Datos Personales (art. 269 F), Suplantación de Sitios Web para Capturar Datos Personales (269G) entre otros; Violación a los Derechos Patrimoniales de Autor y Derechos Conexos (Art. 271), Usurpación de Derechos de Propiedad Industrial (art. 306) y Ejercicio Ilícito de Actividad Monopolística de Arbitrio Rentístico (art. 312).

7. CONCLUSIONES

Los derechos de las víctimas en el proceso penal se pueden enmarcar en dos etapas definidas en la jurisprudencia constitucional. La primera que tuvo aplicación en los modelos procesales del Decreto 2700 de 1991 y en parte de la vigencia de la Ley 600 de 2000, que se identifican en la jurisprudencia con los mismos postulados legales y definían las atribuciones de la víctima encaminadas exclusivamente a la pretensión patrimonial; en este sentido la acción civil se consideraba accesoria a la penal y en consecuencia no existía parámetro de comparación entre víctima y procesado que permitiera señalar la existencia de un trato discriminatorio para la víctima en las condiciones en que se encontraba y, aunque existiese, en el entendido que ambos son parte, éste se justificaba: mientras la víctima buscaba un fin económico mediante una acción privada que ejercía dentro del proceso penal, el procesado en una acción pública se enfrentaba al Estado para proteger su libertad y buen nombre, valores de mayor trascendencia constitucional.

La segunda etapa inicia su desarrollo antes del Acto Legislativo 3 de 2002 (que según la jurisprudencia de la corte, da valor constitucional a los derechos de la víctima en los artículos 250.6º-7º), primero con la sentencia C-1149 de 2001 relacionada con el procedimiento de la justicia penal militar y posteriormente con la sentencia C-228 de 2002 que revisó la constitucionalidad del archivo de las diligencias en la justicia ordinaria; en ambas sentencias esos derechos se extienden más allá del texto legal, señalando la corte que la ley vulneraba preceptos constitucionales, que en el pasado no habían sido tenidos en cuenta, concretamente los artículos 2º y 250 numerales 1º y 5º, en la primera decisión y; artículos 1º, 2º, 15, 21, 229 y 250 numerales 1º y 4º en la segunda sentencia de constitucionalidad (estas citas corresponden al texto constitucional vigente en ese momento, antes del Acto Administrativo 3 de 2002); los cuales se refieren al derecho de las víctimas al acceso a la justicia en condiciones de igualdad, participando en las decisiones que las afectan y los cuales se refuerzan con la función del Estado en cabeza de la fiscalía para adoptar las medidas necesarias buscando que cesen los efectos creados con la conducta punible y el restablecimiento del derecho; en la segunda decisión además se invocan los derechos de las víctimas a la dignidad, buen nombre y a la honra. Quiere decir lo anterior que, en la jurisprudencia constitucional, la ampliación de los derechos de las víctimas en el proceso penal no surgió con ocasión al Acto Legislativo 3 de 2002 que al modificar los artículos 116, 250 y 251, implementó el modelo procesal penal con tendencia acusatoria.

La legislación de la jurisdicción penal militar, hasta el año 2001 reconocía los derechos de las víctimas y perjudicados a través de la constitución de parte civil, al exclusivo objetivo de impulsar la investigación para contribuir a la búsqueda de la verdad de los hechos, conocido como el derecho a saber, mientras que el derecho a la reparación debía buscarse en otro proceso, a través de la vía administrativa donde se aportaba copia del fallo condenatorio. Esos derechos fueron ampliados en la sentencia C-1149 de 2001; que por primera vez en Colombia, se habla de los derechos a la verdad, justicia y reparación,

conceptos que nacen en las directrices del informe Joinet originado en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, titulado “La Administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos”, en el que se presenta la definición de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación; cuyo origen fue la necesidad urgente de la comunidad internacional en construir una propuesta para combatir la impunidad que se venía presentando en Latinoamérica por hechos ocurridos durante la década de 1970 con ocasión a los regímenes dictatoriales donde agentes del Estado vulneraban los derechos humanos de los ciudadanos y que no tuvieron repuesta judicial por la proliferación de leyes de auto amnistía; posteriormente, con la aparición de procesos de democratización o retorno a la democracia, incluso acuerdos de paz, la impunidad de aquella época es eje central de debate entre la lógica de olvido que impulsaba al antiguo opresor y la lógica de justicia que alimentaba a las víctimas. Es decir, que los derechos de verdad, justicia y reparación tienen origen en la necesidad de la comunidad internacional, de combatir la impunidad frente a delitos graves que afectan a la humanidad y su investigación es compleja en la medida que los autores hacen parte de instituciones del Estado, lo cual es absolutamente válido; pero cuestionable cuando se trata de delitos comunes dada la afectación de los derechos del procesado y la misma estructura del sistema acusatorio, que esta triada ha tenido en el proceso penal como se verificará más adelante.

En criterio de la corte, estos tres derechos tienen una relación de conexidad e independencia cuando se trata de delitos graves contra DH y DIH, es decir que deben desarrollarse en su integridad en el curso del proceso penal: no es posible lograr la justicia sin verdad, no es posible llegar a la reparación sin justicia. La independencia se manifiesta a través de un recurso judicial efectivo cuya garantía depende de que estas puedan intervenir en cualquier momento del proceso penal (C-454 de 2006).

Cosa distinta sucede para los delitos comunes: los derechos a la verdad, justicia y reparación dependen del caso concreto, pues la víctima puede estar interesada solo en el logro de la justicia o en el de la verdad; como ocurre en

delitos que afectan la moralidad pública, el patrimonio público, derechos colectivos; cuando el daño es difuso o el daño material sea ínfimo (C-228 de 2002); es que sería insensato sostener que, por ejemplo en la tentativa de hurto a un supermercado, la víctima que es una persona jurídica acudiera al Estado en busca de verdad, justicia y reparación, cuando lo que se puede esperar es que pretenda que se haga justicia y probablemente obtener una reparación, mas no a la consecución de la verdad porque en esta hipótesis, en la mayoría de los casos, desde el mismo desarrollo de los hechos, la víctima conoce lo que sucede, gracias a los sistemas de vigilancia electrónicos que posee. En otro enfoque, reconoció la corte en el mismo fallo, que los derechos de la víctima pueden fundamentarse en el derecho al buen nombre y a la honra (arts. 1º, 15 y 21 Const. Pol.), cuando el proceso penal puede ser el único ámbito en que puedan controvertir hechos lesivos a estos derechos, como ocurre en delitos contra la moral; allí cobra entonces importancia el derecho a la verdad y podría prescindirse incluso de la justicia y eventualmente de la reparación, en aplicación de mecanismos alternativos para la solución del conflicto.

Si bien el artículo 250.7 Const. Pol., establece la facultad del legislador para modular la participación de la víctima en el proceso penal y la corte señaló que esa transformación de las facultades de la víctima, pese a su origen en delitos grades de DH y DIH, se extiende a los delitos de menor entidad, correspondiendo al legislador colombiano modular el alcance de esos derechos, según diferentes criterios como la gravedad del delito y la situación del procesado, la cual puede llegar a ser de una significativa vulnerabilidad, siempre que no reduzca los derechos de la víctima a la mera reparación pecuniaria (C- 228 de 2002); lo que sucedió con el tiempo es que la jurisprudencia de la corte resultó siendo legislador positivo en esta materia.

En la legislación interna, no son novedosos los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación en el proceso penal. Desde el Decreto 2700 de 1991, la víctima ha tenido el derecho de aportar pruebas al proceso con miras a conseguir el esclarecimiento de los hechos e identificar a los responsables, con lo

que se cumplen las finalidades de la investigación para soportar las solicitudes de la fiscalía, tendientes a un fallo de condena; lo que genera la directa consecuencia de lograr el resarcimiento del perjuicio causado y, para lograr su efectividad, la víctima siempre ha podido solicitar medidas cautelares sobre bienes del procesado, como también ha podido conocer las actuaciones e interponer los recursos que afectan esos intereses. Lo que no quiere significar que con esos derechos fuese suficiente para satisfacer sus garantías, como en efecto se consideró en las sentencias de constitucionalidad C-1149 de 2001 hasta la C-454 de 2006. En estas sentencias, las víctimas consiguieron participación a lo largo de todo el proceso y no solamente en el incidente de reparación de perjuicios como lo dispuso el legislador, al punto que en la actualidad sus garantías procedimentales se hacen efectivas en el derecho a ser oídas, a impugnar las decisiones adversas en particular la sentencia absolutoria y la que conlleve penas irrisorias, a controlar las omisiones o inacciones del fiscal y en el derecho a ejercer algunas facultades en materia probatoria; atribuciones todas que, en los sistemas procesales anteriores tuvieron vigencia y que considero, pueden coincidir en el sistema acusatorio colombiano, con los derechos que tradicionalmente se han reconocido al procesado sin que éstos se afecten.

Lo novedoso ha sido el título de verdad, justicia y reparación que la jurisprudencia constitucional ha dado a los derechos de la víctimas en el proceso penal (posteriormente, el legislador de la Ley 906 de 2004 también lo incorporó); cuando fundamentada en una directriz no vinculante también denominada *soft law*, de la Organización de Naciones Unidas, da alcance e interpretación al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, que consagra el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que incorpora a través del bloque de constitucionalidad. En esta medida, entendió la corte constitucional en 2001, que los derechos de las víctimas ampliados en esta triada, se derivan del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia o también denominado tutela judicial efectiva, no en ningún otro derecho fundamental.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha generado un alcance extraordinario de los derechos humanos en el proceso penal particularmente desde la sentencia C-209 de 2007; al punto que hoy las víctimas gozan de la misma garantía constitucional que el ciudadano en un proceso penal, al debido proceso, por eso el centro del proceso penal dejó de ser el procesado y en la actualidad es compartido con la víctima. El complejo del debido proceso – legalidad, debido proceso en sentido estricto, derecho de defensa y juez natural-, que tradicionalmente el derecho penal liberal había reconocido como herramienta de protección del ciudadano que se enfrenta a una investigación y limita el poder punitivo del Estado, ha sido extendido a la víctima.

En consideración al carácter bilateral de la tutela judicial efectiva, la víctima más allá del derecho de acceder a la justicia, por disposición jurisprudencial tiene otras garantías como la igualdad ante los tribunales, de defensa en el proceso, imparcialidad e independencia de los tribunales como quedó señalado en sentencia C-250 de 2011.

De los tres párrafos anteriores, se concluye que en el proceso de incorporación de los tratados de DH sobre las víctimas de delitos, mediante la figura del bloque de constitucionalidad, la corte ha resuelto las tensiones que se generan en el interior del procedimiento penal, concretamente entre el deber de protección de los derechos tanto de víctima como de procesado, con la clara aplicación del principio *pro homine* que obliga a aplicar la regulación más favorable al derecho involucrado cuando existen diferencias entre la norma interna y la internacional, con lo cual se han flexibilizado las garantías del procesado que gozaba de la protección prevalente de sus intereses bajo el principio *pro reo* (o de favorabilidad) y generando con ello que el proceso penal deje de ser garantía directa para los DH del procesado e indirecta para los DH de la víctima, pasando a ser en la actualidad garantía directa para ambos.

El significado que la jurisprudencia constitucional ha dado a los derechos de las víctimas en general, a que tengan verdad, justicia y reparación ha sido nivelado a los que tienen las víctimas de criminalidad compleja en el derecho

internacional, como se observa en sentencias C-454 de 2006, C-828 de 2010 y C-250 de 2011, que se resumen de la siguiente manera:

El derecho a la verdad presenta una dimensión colectiva e individual. Es el derecho de un pueblo a conocer lo sucedido y las circunstancias que llevaron a la perpetración de los crímenes, el deber de recordar la historia de su opresión como parte de su patrimonio y el derecho a conocer las circunstancias en que se cometieron las violaciones y la suerte de las víctimas de fallecimientos y desapariciones. Cuando a una persona se le priva de información que es vital para ella se afecta su dignidad humana.

El derecho a que se haga justicia, es decir, que no haya impunidad implica deberes del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos, el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo y el deber de respetar las reglas del debido proceso, lo que involucra un verdadero derecho constitucional del proceso penal y el derecho a participar en él, lo que se traduce en el deber de informar a las víctimas de todas las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso, así como a toda la información pertinente a la investigación y tendrán derecho a presentar otras pruebas.

El derecho a la reparación del daño a través de una compensación patrimonial como tradicionalmente se ha resarcido a la víctima del delito. Este derecho también representa una dimensión colectiva y otra individual, ésta comprende la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición. En su dimensión colectiva conlleva la adopción de medidas de satisfacción general encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar derechos de las colectividades o comunidades ofendidas. Por último, la reparación comporta la adopción de medidas tendientes a desaparecer los efectos de las violaciones cometidas y devolver a la víctima al estado pre delictual.

En el modelo procesal penal vigente, mixto de tendencia acusatoria de la Ley 600 de 2000 (para hechos ocurridos hasta antes del 1º de Enero de 2005) la posición de la víctima y perjudicados, es clara; la parte civil es un sujeto procesal en sentido pleno y abarca al sujeto pasivo de la conducta delictiva como a los

demás perjudicados, sus derechos son protegidos con independencia de su participación directa, con el ejercicio de la acción penal a cargo de la Fiscalía General de la Nación, exceptuando los delitos querellables, quien adicionalmente tiene el deber de buscar la protección y reparación integral de los perjuicios ocasionados a las víctimas.

No sucede lo mismo en el sistema acusatorio de características especiales y propias de la Ley 906 de 2004 porque, aunque la ley y la jurisprudencia constitucional definen a la víctima y perjudicado como interviniente especial y definitivamente niegan su posición de parte, pues ello desequilibraría la característica adversarial entre Estado y procesado; lo cierto es que la víctima actúa como parte cuando interviene de manera activa e independiente en la contienda, entendida esta no solo en el juicio como lo ha establecido la corte en las sentencias observadas, sino en todas las audiencias que se realicen ante el juez de conocimiento; valga decir, la audiencia de formulación de acusación y preparatoria, incluso en el juicio cuando está facultada para presentar alegatos de conclusión. Esta situación desconoce el principio de igualdad de armas base del sistema acusatorio¹³¹.

Considero que la víctima no necesita intervenir para hacer valer sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación en el proceso penal, porque con independencia a que participe o no, el proceso penal no ha dejado de ser una acción pública que constitucionalmente se ha encomendado a la Fiscalía General de la Nación (sus fines son la búsqueda de la verdad, la consecución de la justicia; la protección y reparación integral de los perjuicios causados a las víctimas; entre otros). Esa desconfianza que se refleja en las normas de derecho internacional hace clara referencia a casos que se encontraban en la impunidad, por hechos

¹³¹ Más ampliamente puede consultarse la doctrina de María Isabel Santos Ramos, “*La participación de las víctimas y el principio de igualdad de armas*”, en Cuadernos de derecho penal, enero-junio de 2017, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda pp. 67-100. Señala que “pensar hoy en un proceso penal donde la víctima no tenga participación activa y directa alguna, es ilusorio; sin embargo, también es cierto que la Corte Constitucional sobrepasa los límites que el proceso penal acusatorio impone, concediendo amplias facultades a las víctimas que terminaron por desquiciar la sistemática acusatoria”

cometidos por agentes del Estado que cometieron graves atropellos a los DH en épocas de dictaduras militares en Latinoamérica o conflicto armado interno como el que ha padecido nuestro país. Entonces en este punto, no existe rango de equiparación para investigaciones que se adelantan por delitos comunes, esa desconfianza sobre la labor del ente acusador, ha conllevado a que la víctima usurpe la labor constitucional encomendada, actuando de manera paralela e independiente a la fiscalía.

Aunque nuestro sistema acusatorio tiene características especiales y propias, es decir que no es un sistema puro, conserva el equilibrio fundamental de ese trípode compuesto por la Fiscalía que se enfrenta al procesado y ellos dos acuden ante el juez que es imparcial, de ahí que el principio de igualdad de armas como lo definió la corte en sentencia C-536 de 2008 implica el uso de medios procesales homogéneos de acusación y defensa, que impidan el desequilibrio entre las partes y, por el contrario, se garantice el uso de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. Al tiempo que la evidente desigualdad institucional; “el aparato estatal investigativo, por regla general, tiene mayor fortaleza económica, orgánica y funcional, que la defensa a cargo de los particulares”; supone la necesaria intervención legislativa para superarla y propiciar la igualdad de trato y de oportunidades de defensa. Por último debo resaltar otra decisión importante de la corte sobre la vulneración del principio en este sentido: “...el mandato en cuestión se desconoce cuando el legislador concede cierto privilegio o ventaja exclusiva a una de las partes, con la potencialidad de reflejarse en los resultados del proceso, pero, así mismo, en todos aquellos supuestos en que, de suyo, la ley conduce a fortalecer numérica o sustantivamente uno de los dos protagonistas de la controversia, pues ello anula las posibilidades de un juicio equitativo y justo y de una asistencia técnica eficaz”. Sentencia C-473 de 2016.

Entendida así que la igualdad de armas es un concepto cualitativo pero también cuantitativo, resulta afectado cuando el procesado debe enfrentarse no solo a la Fiscalía General de la Nación que ejerce el poder punitivo del Estado,

sino a la víctima que defiende sus intereses de verdad, justicia y reparación; pero adicional a ello, a la Procuraduría que actúa en nombre de la sociedad. Siendo así las cosas, claro resulta el desequilibrio de partes no solo cuantitativo, sino institucional de dos poderosos entes del Estado que plantean una controversia a un ciudadano vinculado a un delito común.

Pero el equilibrio también resulta tambaleando de manera clara y preocupante al procesado, cuando la jurisprudencia constitucional ha otorgado a la víctima la potestad de presentar alegatos de conclusión en el juicio. Aquí se generan dos situaciones: por una parte, se rompe la lógica de un juicio donde va concatenado el alegato de apertura, la práctica de las pruebas que pretenden confirmar esa afirmación y los alegatos de conclusión que están dirigidos a resaltar cómo se cumplieron esas promesas iniciales¹³²; de otro lado, cuando interviene una tercera persona que rompe el equilibrio del contradictorio, aunque refuerce la acusación de la fiscalía, puede llegar a plantear asuntos frente a los cuales el procesado no tuvo oportunidad de avizorar en los alegatos de apertura, por eso no buscó su controversia o desvirtuarlos en el recaudo probatorio y por ende difícilmente podrá defenderse de ellos.

Por último, frente a la reciente aparición del procedimiento abreviado, quedamos a la espera que en el futuro se pronuncie la corte frente a la Ley 1826 de 2017, especialmente frente a los delitos investigables de oficio que incluyó y que el Código Penal clasifica como graves, atendiendo de manera objetiva que su mínimo de pena es o excede de 4 años de prisión y por ende contempla la medida de aseguramiento más severa como es la detención preventiva; pues la exposición de motivos hace referencia a la necesidad de procesar de manera ágil y expedita a quienes toman parte en conductas delictivas de frecuente ocurrencia, que congestionan el sistema judicial, ofreciendo un trato diferenciado para conductas de menor lesividad, lo cual representa una clara contradicción.

¹³² Al respecto la sentencia C-616 de 2014, señala la relación inescindible entre los alegatos de apertura, debate probatorio y los alegatos de clausura.

Ahora, frente a la figura del acusador privado, atendiendo el parágrafo 2 del art. 250 constitucional, la facultad de la víctima para adelantar la acción penal privada es una clara demostración del interés del legislador por fortalecerla al punto de otorgarle la potestad de desplazar a la Fiscalía General de la Nación, en casos que considera de menor lesividad y atendiendo la naturaleza del bien jurídico. En este procedimiento es cuestionable que se hayan incluido delitos que generan graves consecuencias en las víctimas, en la comunidad, o su investigación es compleja, como por ejemplo las lesiones personales con pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro, el hurto calificado por la violencia sobre las personas, los delitos que atentan contra la protección de la información y los datos, violación de los derechos de autor o la usurpación de derechos de propiedad industrial, cuyo mínimo de pena fija la política criminal del Estado, cuando los incluye dentro de los delitos graves. Resulta cuestionable que el espíritu de la norma en comento sea el de facilitar el acceso a la justicia, cuando se deja en manos de la víctima la potestad de asumir la investigación de delitos que le han causado un gran impacto psicológico o delitos complejos como los informáticos que por demás se nutren generalmente de evidencias cuya recolección requiere de la intervención del juez de control de garantías, debiendo entonces intervenir la fiscalía para su realización, lo que sin duda no conlleva a la búsqueda agilidad y efectividad en las investigaciones. En general para cualquiera de los casos enlistados, mínimamente la víctima requiere de la contratación de un abogado calificado, de peritos e investigadores, con lo que no solo se privatiza parcialmente el ejercicio de la acción penal, sino que en la práctica, para algunos delitos que el legislador ha considerado la cuestionable categoría de leves, se convierte el acceso a la justicia en un derecho fundamental exclusivo y excluyente, además de parcializado.

Aunque constitucionalmente es válido que una autoridad distinta a la fiscalía adelante la acción penal, resulta en la práctica problemática la facultad que se atribuye a la víctima para adueñarse de su propio conflicto, conflicto que en sus manos no debería dejar de responder al interés público del valor de la justicia

como postulado constitucional que por tanto no podría ser manejado como un interés particular de quien busca venganza o sometimiento a su contraparte cuando desarrolle actividades como la de recaudar elementos materiales probatorios, pues con ello no solo se rompe el esquema trípode del procedimiento acusatorio de una fiscalía que se enfrenta al procesado ante el Juez imparcial; sino que resulta clara la ausencia de la garantía de imparcialidad investigando tanto lo desfavorable como lo favorable al procesado como sí ocurre cuando es la fiscalía la que investiga, porque su función es la de contribuir a que haya justicia a través del esclarecimiento de la verdad; mientras que cuando se otorga la facultad de investigador y acusador a la víctima, aunque el legislador le otorga la investidura de funcionario público, resulta difícil pensar en un trabajo con la misma objetividad que la fiscalía, en la medida que tiene vinculado un interés personal en el caso. Ese trato diferente que anuncia la ley en comento, plantea importantes temas frente a los cuales esperamos pronunciamiento de la corte frente a la tensión de esta nueva potestad de la víctima con las garantías del procesado, básicamente frente a la garantía de un juez natural, que la corte ha señalado como el elemento medular del debido proceso, precisando que el juez debe ser el competente, independiente e imparcial, tanto quien decide el asunto, como quien instruye el proceso, para lo cual ha invocado no solo el artículo 29 constitucional, sino el bloque de constitucionalidad con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 14-1, la Convención Americana de Derechos Humanos artículo 8 y la interpretación que sobre ella ha hecho la Corte IDH¹³³.

A modo de propuesta, sería deseable que para mantener los derechos de las víctimas armónicamente con los del procesado y, la esencia del contradictorio; en garantía del derecho de acceso a la investigación y del ejercicio de la función de vigilancia en las actuaciones de la fiscalía y hacerle sugerencias; todas las solicitudes de la víctima relacionadas con la labor encomendada constitucionalmente a la fiscalía a partir de la audiencia de acusación, se dirigieran

¹³³ Sentencia de la Corte Constitucional, C-537 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo, pp.22 y ss.

no al juez, sino en primera instancia al fiscal del caso, con la posibilidad de acudir a su superior jerárquico en el evento de controversia, con lo cual se garantizaría el equilibrio del contradictorio en el juicio y al mismo tiempo, el pleno respeto por los intereses de la víctima¹³⁴.

BIBLIOGRAFIA

Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, 1997, Informe preparado por Louis Joinet en la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías publicado en el informe final sobre la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión y titulado: La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Trotta. P.271.

Nanzer, Alberto, “*La satisfacción de la víctima y el derecho al castigo*”, en *El sistema penal en las sentencias de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Dir. Daniel R. Pastor, primera reimpresión, Ed., AD-HOC, Argentina, 2013, pp.353-376.

Prieto Sanchís, Luis, “*Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*”, Madrid, 2001 Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, No. 5, pp. 201-228.

¹³⁴ Al respecto, Yesid Reyes Alvarado, *La acción civil derivada de la comisión de un delito y el sistema procesal penal adversarial*, en Memorias del XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, Universidad Libre, 2007, pp.65-94, plantea que el legislador escogió a la Fiscalía General de la Nación como entidad encargada de investigar y acusar los presuntos responsables de la comisión de delitos, por lo cual “las víctimas del delito deban canalizar a través de esa institución todas las solicitudes que quieran hacer valer ante los jueces penales y no solamente aquella relacionada con la acusación misma”.

Santos Ramos, María Isabel, “*La participación de las víctimas y el principio de igualdad de armas*”, en Cuadernos de Derecho Penal, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, enero-junio de 2017, pp. 67-100.

Sotomayor Acosta, J., & Tamayo Arboleda, F. (2017). “La integración de las normas internacionales sobre derechos humanos al derecho penal: una interpretación garantista”. *Estudios Socio-Jurídicos*, 20(1), 207-236. doi:<http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5014>.

Sotomayor Acosta, J., & Tamayo Arboleda, F., “*¿Penas sin humillaciones? Límites al derecho penal derivado del respeto de la dignidad humana*”, en *Opinión Jurídica*, N° 33, Medellín, Universidad de Medellín, 2018, pp.12-13. (de próxima publicación; se cita por el documento original).

Uprimmy Yepes, Rodrigo, “*El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*”, en O`donnell Daniel, Uprimmy Inés Margarita, Valencia Villa Alejandro, (comp.) *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*” vol. I, Bogotá, Naciones Unidas, 2003.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional, Sentencia C-574 de 1992. MP. Ciro Angarita Barón

Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 1993. MP. Fabio Morón Díaz

Corte Constitucional, Sentencia C-412 de 1993. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional, Sentencia C-293 de 1995. MP. Carlos Gaviria Díaz

Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 1996. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional, Sentencia SU-624 de 1996. MP. Jorge Arango Mejía y Antonio Barrera Carbonell

Corte Constitucional, Sentencia C-251 de 1997. MP. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional, Sentencia C-475 de 1997. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional, Sentencia C-191 de 1998. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia SU-717 de 1998. MP. Carlos Gaviria Díaz

Corte Constitucional, Sentencia C-160 de 1999. MP. Antonio Barrera Carbonell

Corte Constitucional, Sentencia T-568 de 1999. MP. Carlos Gaviria Díaz

Corte Constitucional, Sentencia C-582 de 1999. MP. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional, Sentencia C-708 de 1999. MP. Álvaro Tafur Galvis

Corte Constitucional, Sentencia T-292 de 1999. MP. José Gregorio Hernández Galindo

Corte Constitucional, Sentencia C-010 de 2000. MP. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional, Sentencia C-163 de 2000. MP. Fabio Morón Díaz

Corte Constitucional, Sentencia C-1711 de 2000. MP. Carlos Gaviria Díaz

Corte Constitucional, Sentencia C-740 de 2001. MP. Álvaro Tafur Galvis

Corte Constitucional, Sentencia C-1149 de 2001. MP. Jaime Araujo Rentería

Corte Constitucional, Sentencia C-1184 de 2001: MP: Eduardo Montealegre Lynett

Corte Constitucional, Sentencia T-1319 de 2001. MP. Clara Inés Vargas Hernández

Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2002. MP. Manuel José Cepeda y Eduardo Montealegre Lynett

Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002. MP. Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional, Sentencia C-805 de 2002. MP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett

Corte Constitucional, Sentencia C-875 de 2002. MP. Rodrigo Escobar Gil

Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett

Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2003. MP. Alfredo Beltrán Sierra

Corte Constitucional, Sentencia C-451 de 2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett

Corte Constitucional, Sentencia C-570 de 2003. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra

Corte Constitucional, Sentencia C-775 de 2003. MP. Jaime Araujo Rentería

Corte Constitucional, Sentencia C-871 de 2003. MP. Clara Inés Vargas Hernández

Corte Constitucional, Sentencia C-873 de 2003. MP. Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional, Sentencia C-899 de 2003. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra

Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005. MP. Clara Inés Vargas Hernández

Corte Constitucional, Sentencia C-979 de 2005. MP. Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional, Sentencia C-1154 de 2005. MP. Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional, Sentencia C-1177 de 2005. MP. Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional, Sentencia C-1194 de 2005. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra

Corte Constitucional, Sentencia C-047 de 2006. MP. Rodrigo Escobar Gil

Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 2006. MP. Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional, Sentencia C-095 de 2007. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra

Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007. MP. Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional, Sentencia C-516 de 2007. MP. Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional, Sentencia C-118 de 2008. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra

Corte Constitucional, Sentencia C-536 de 2008. MP. Jaime Araujo Rentería

Corte Constitucional, Sentencia C-828 de 2010. MP. Humberto Antonio Sierra Porto

Corte Constitucional, Sentencia C-250 de 2011. MP. Mauricio González Cuervo

Corte Constitucional, Sentencia C-782 de 2012. MP. Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional, Sentencia C-433 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional, Sentencia C-233 de 2016. MP. Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional, Sentencia C-471 de 2016. MP. Alejandro Linares Cantillo

Corte Constitucional, Sentencia C-473 de 2016. MP. Luis Ernesto Vargas Silva
Corte Constitucional, Sentencia C-537 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo
Corte Constitucional, Sentencia C-603 de 2016. MP. María Victoria Calle Correa
Corte Constitucional, Sentencia C-016 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera