Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea de la Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

**Bibliotecas Bucaramanga
Universidad Santo Tomás**

**Participación de la Víctima en Desarrollo del Proceso Penal contenido en la Ley 906
de 2004**

Luis Alejandro Becerra Mojica

Director

Juan Carlos Morales

Abogado

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

División de Ciencias Humanas

Facultad de Derecho

2016

A pepita mi madre a quien le debo todo.

A mis hermanos, especialmente a Gladys por su apoyo incondicional.

A Valentina y Diego quienes son la chispa que inspira mi vida.

A Johana mi esposa, por la dedicación.

Y desde luego a la Tía Carmen Rosa que continúa ayudándome desde la eternidad.

Expreso mis agradecimientos al Dr. Juan Carlos Morales por la dirección de este trabajo, y en especial a mis alumnos Sully Johanna Silva Tarazona, Juan David Pimiento Osorio quienes siempre estuvieron atentos a colaborar en las dificultades presentadas en realización de este trabajo.

Tabla de Contenido

Introducción

1. Estructura del proceso penal a partir de la Ley 906 de 2004

1.1.Estructura del proceso ordinario

1.1.1. Indagación o investigación no formal

1.1.2. Investigación

1.1.3. Juzgamiento

1.2.Estructura del proceso en los casos de terminación anticipada.

1.2.1. La preclusión.

1.2.2. Aceptación de cargos

1.2.3. Preacuerdos y negociaciones

1.2.4. Mecanismo de oportunidad.

2. Partes e intervinientes dentro del proceso penal

2.1.Partes

2.1.1. Fiscalía

2.1.2. Defensa

2.2.Intervinientes

2.2.1. Ministerio público

2.2.2. Víctima

3. Participación de la Víctima dentro del proceso penal

3.1. Víctimas desde la óptica internacional.

3.2. Desde la Constitución

3.3. Desde la Ley 906 de 2004

3.4. Desde la Jurisprudencia de la Corte Constitucional

3.4.1.1. De la indagación – Archivo de las diligencias penales –

3.4.1.2. Sobre preacuerdos y negociaciones.

3.4.1.3. De la prueba anticipada.

3.4.1.4. De la formulación de la acusación.

3.4.1.5. De la audiencia preparatoria.

3.4.1.6. De la solicitud de pruebas.

3.4.1.7. De la audiencia de juicio oral.

**3.4.1.8. Del traslado para intervenir sobre condiciones de dosificación
punitiva y solicitud de subrogado penal previsto en el artículo 447 de
la Ley 906 de 2004**

4. Equilibrio del sistema (alcances de la participación de la víctima)

5. Conclusiones

6. Bibliografía

Introducción

Con ocasión del Acto Legislativo 03 de 2002, se sentaron las bases constitucionales de un nuevo sistema de enjuiciamiento criminal de corte acusatorio, en el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia (1991), se dispuso que el nuevo sistema fuera un sistema de partes, de una lado el ente persecutor de la acción penal (Fiscalía General de la Nación) y de otro el sujeto pasivo de la misma (Procesado), también, con la existencia de un Juez imparcial, y la participación de unos intervinientes especiales: uno denominado ministerio público y el otro diferenciado como víctima.

El proceso se desarrolla mediante audiencias públicas, y por ello la oralidad impera en desarrollo del mismo, la Fiscalía como órgano que ejerce la acción penal pierde el poder jurisdiccional y se crea la función de garantías asignada a los Jueces Penales Municipales quienes son los encargados de tomar las decisiones que contienen afectaciones a garantías fundamentales (Orden de Captura, medidas de aseguramiento, y demás actividades investigativas que producen injerencias a garantías fundamentales).

El Fiscal se convierte en un investigador desde lo metodológico, actividad que realiza mediante los servidores públicos que tienen la función de Policía Judicial. Se crea con el acto legislativo venido de comentar el mecanismo de oportunidad diseñado como excepción al principio de investigar y ejercer la acción penal cuando exista la comisión de un delito, es decir que atendiendo a determinada política criminal del estado se puede no iniciar la investigación, o suspenderla o extinguir la dando aplicación a dicho mecanismo procesal, que funciona como una válvula de escape del sistema, para optimizar las investigaciones y el componente humano dedicado a las mismas.

La Fiscalía tiene una doble función constitucional, investigar toda conducta que revista características de delitos, y ejercer la acción penal una vez se logre tener los elementos materiales necesarios para poder acudir al Juez. Esas funciones permiten establecer la existencia de una fase de investigación no formal que inicia con la noticia criminal, y que tiene como finalidad determinar si existió el comportamiento, si es típico, si la acción penal se haya vigente, individualizar autores y partícipes de dicha conducta y

asegurar los elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para ejercer la acción penal.

Frente a los elementos de conocimiento el Acto Legislativo 03 de 2002 también diseñó dos deberes para el ente Fiscal, el primero referido a la obligación de asegurarla y el segundo de descubrirla a la defensa en sus momentos procesales oportunos.

Frente al tema de las víctimas y su participación en desarrollo del proceso penal, el artículo 252 de la Constitución Política de Colombia (1991), también le asignó a la Fiscalía la función de protección y acompañamiento de las víctimas y las medidas necesarias para lograr un efectivo resarcimiento de los perjuicios causados con la conducta delictiva. Sin duda “el nuevo sistema se asienta en dos pilares esenciales: por una parte la implementación de un sistema de orientación acusatoria con el que se buscó adoptar los estándares internacionales para la eficacia y la garantía de la persecución de los delitos y el Juzgamiento de personas, y por la otra, una apuesta por la protección y atención integral a las víctimas del delito entendiendo que solo aportando respuestas efectivas a sus expectativas es posible hacer justicia como paso previo para alcanzar y fortalecer la paz.” (Sampedro, 2010. p. 75)

Adicionalmente el Acto Legislativo 06 de 2011 que modifica el artículo 250 de la Constitución Nacional, en el sentido de que la Fiscalía General de la Nación no es el único ente que puede ejercer la acción penal, sino que se les entregue a otras autoridades distintas a la Fiscalía, o a la víctima. Es decir que puede suceder que la víctima ejerza como acusador desplazando a la Fiscalía en dicha función y convirtiéndose en consecuencia en parte dentro del proceso penal.

La modificación de interés para este trabajo, es la contenida en el “Parágrafo 2°. (Corregido por el artículo 1° del Decreto 379 de 2012): Atendiendo la naturaleza del bien jurídico o la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente”.

Partiendo de las bases constitucionales expuestas en antecedencia, se diseña entonces mediante la Ley 906 de 2004 una estructura procesal con un estadio investigativo pre procesal denominado indagación o investigación no formal, que puede concluir con el archivo de las diligencias, la preclusión de las diligencias penales, o el ejercicio de la acción penal solicitando por parte del Fiscal la audiencia de imputación; luego viene el momento denominado Investigación formal que inicia con la audiencia de imputación, en la que se vincula formalmente al proceso a la persona que cometió una conducta típica.

En este estadio procesal se pueden llevar a cabo audiencias denominadas preliminares y cuya realización es contingente según el tipo de delito y las necesidades propias del mismo. Estas audiencias pueden ser de medidas cautelares personales y reales, de prueba anticipada, de legalización de pruebas, solicitudes para practica de pruebas que impliquen injerencias a garantías fundamentales y otras de variada índole nominadas e innominadas. Esta etapa finaliza con la preclusión o con el escrito de acusación.

El otro momento procesal es la fase del juicio, que consta de las audiencias de Acusación, Preparatoria, Juicio Oral y lectura de fallo.

Como se dijo la fase del juicio se diseñó iniciando con la Audiencia de Acusación mediante la cual se residencia en juicio a la persona del imputado y es este momento procesal la columna vertebral del proceso penal, la acusación es la que permite la medida de congruencia en la que el Juez puede moverse a la hora de dictar sentencia. Igualmente es el momento en que ocurre el descubrimiento de los elementos de conocimiento que realiza la Fiscalía a la defensa.

La Audiencia preparatoria es el momento procesal que permite la verificación del descubrimiento real y material de los elementos de conocimiento, las solicitudes de prueba, las solicitudes de exclusión, las estipulaciones probatorias, rechazo de elementos de conocimiento y finalmente el decreto de los elementos de prueba que se practicaran en el juicio y se prepara el desarrollo de la audiencia de Juicio oral.

Se diseñó la audiencia de juicio oral que se rige por principios como el de creación y producción de la prueba en el juicio, a diferencia de lo que campeaba en los sistemas de enjuiciamiento criminal anteriores que mantenían el principio de permanencia de la prueba; igualmente el principio de inmediación potenciado por la identidad de Juez de fallo en virtud del cual quien ve surgir la prueba es quien la valora; el principio de contradicción y el de publicidad.

En materia del tratamiento de las víctimas dentro del proceso penal y sus posibilidades jurídicas dentro del mismo, dieron igualmente un considerable giro en tanto que, la víctima de la comisión de la conducta delictiva antes participaba en el proceso penal, con la denominación de parte civil, pero con una finalidad más de corte patrimonial en pos de que las cosas volvieran a su estado anterior o se diera una indemnización de perjuicios.

Lo que no implica que las posibilidades de la parte civil dentro del proceso penal previsto en la Ley 600 de 2000, no permitieran comprender la nueva visión más amplia de derechos de las víctimas como lo indica la Corte Constitucional:

“No obstante, como las posibilidades de intervención de la parte civil están estrechamente ligadas a la concepción amplia de sus derechos y la norma refiere exclusivamente a los intereses económicos de ésta, la Corte declarará que el inciso primero del artículo 137 de la Ley 600 de 2000 es exequible en el entendido de que la parte civil tiene derecho al resarcimiento, a la verdad y a la justicia en los términos de la presente sentencia. (Corte Constitucional, C-228, 2002)

El nuevo tratamiento de la víctima dentro del proceso penal contenido en la ley 906 de 2004 tiene un entendimiento en planos diversos a las legislaciones procesales penales anteriores que es en la misma exposición de motivos presentada por el fiscal del momento Luis Camilo Osorio Isaza (2003), donde se aseguraba, que la nueva estructura del sistema de enjuiciamiento criminal permitiera a la víctima garantizar los derechos de verdad, justicia y reparación y que sus posibilidades de intervención durante las diferentes fases del

proceso penal en orden a lograr que se garantice su vida e integridad personal y su dignidad.

Así mismo que podía acceder en plano de igualdad para efectuar el incidente de reparación integral con miras a lograr una indemnización patrimonial por los daños causados con la comisión de delito. Igualmente se dio la participación y los espacios para que se dieran mecanismos de justicia restaurativa como la mediación, la conciliación pre procesal y el incidente de reparación integral.

Así que, con esta nueva visión de la víctima plasmada en el acto legislativo 03 de 2002 y desarrollada en la Ley 906 de 2004, fundamentada en que la víctima pueda intervenir del proceso con miras a lograr justicia, verdad y reparación, permite este sistema una mayor intervención en los distintos momentos procesales, de manera directa o mediante el Fiscal y el Ministerio Público.

Igualmente, el acto legislativo venido de comentar, estableció la obligación de protección y asistencia a la víctima por parte de la Fiscalía General de la Nación. Es posible que en ocasiones que determinará la ley que desarrolle el Acto Legislativo 06 de 2012, la víctima podrá ejercer la acción penal, desplazando a la Fiscalía y convirtiéndose en una verdadera parte del proceso.

Desde la entrada en vigencia e implementación del sistema acusatorio diseñado desde la Ley 906 de 2004, se presentaron demandas de exequibilidad de normas que reglamentan la participación de la víctima dentro del proceso penal. En varias de sus decisiones la Corte Constitucional ha considerado que existió una omisión legislativa, que subsana con una exequibilidad condicional a la interpretación consistente en mayor participación de la víctima en desarrollo del proceso, lo que ha llevado a pensar si esas mayores posibilidades de participación de la víctima permitidas por la Corte Constitucional son el correcto entendimiento de la participación de las víctimas en desarrollo del proceso penal, o si por el contrario apareja un desequilibrio del sistema.

1 Estructura del proceso penal a partir de la Ley 906 de 2004

1.1.Estructura del proceso penal ordinario.

En desarrollo de esta investigación es menester identificar las características procesales específicas del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal consagrado desde la Ley 906 de 2004, identificando consigo todas aquellas disposiciones jurídicas adicionales a las legales, entiéndase jurisprudenciales, que a nivel material le configuran particularmente, tras ello se explorara el concepto de víctima existente en la norma procesal aducida, las implicaciones de su intervención en el proceso penal, considerando primariamente las prerrogativas que le acogen para luego contrastarlas con los institutos procesales que se ven modificados por su inclusión.

Con el desarrollo teórico a través de las dos aristas señaladas ha de procederse a elucubrarse el constructo crítico contentivo de las verdaderas implicaciones que significan para la justicia penal en el país la intervención de las víctimas bajo las condiciones actuales en el proceso penal, elemento este último que será suficiente para presentar una reflexión que abarque las conclusiones del presente trabajo investigativo.

El antecedente básico al que se debe acudir para conocer a profundidad el sistema penal con tendencia acusatoria que ha sido implementando durante los últimos diez (10) años en Colombia es el Acto Legislativo 03 de 2002, específicamente en lo atinente al diseño resultado de las modificaciones realizadas sobre el aspecto funcional de la Fiscalía General de la Nación.

En dicho escenario constitucional se determinan dos funciones basilares a cargo de la fiscalía, de un lado efectuar la investigación, propiamente se refiere a dirigir a través de su cuerpo técnico de investigación, los servidores públicos revestidos de la función de policía judicial, a través de estrategias claras plasmadas en un programa metodológico la investigación de todas aquellas conductas que revistan las características de un delito; la otra función encaminada a ser la representación estatal en la causas criminales contra las personas cuya investigación haya arrojado como posibles perpetradores, sea en el grado y

bajo el título que sea, de los hechos de aspecto criminoso, esto mediante el ejercicio de la acción penal.

Sea pues el momento para advertir que uno de los cambios radicales surgidos a partir de dicha modificación constitucionales la de caracterizar a la fiscalía como verdadera parte dentro del proceso, sustrayéndole absolutamente toda facultad de connotada naturaleza judicial, porque ello no solo sería una abominación de lo que debe entenderse como proceso judicial sino porque haría imposible un ejercicio de defensa en un real plano de igualdad. (Acto Legislativo 03, 2002)

Si bien la disposición referenciada contiene el abanico funcional de la fiscalía, presenta en su numeral cuatro las características mínimas, y por ello fundamentales, de los juicios penales en Colombia, así su carácter público, su sometimiento a la oralidad como medio de comunicación entre las partes y el juez, la necesaria posibilidad de contradictorio entre las partes, la inmediación directa del operador judicial y su marcada tendencia a la concentración son los pilares que sostengan la actuación procesal en marco del enjuiciamiento penal. (Acto Legislativo 03, 2002)

Estos principios que tiene previsión constitucional en el artículo 29 son entendidos en liga con el artículo 250- 4 de la Carta Constitucional como lo advierte Urbano, (2012) cuando afirma que “los principios constitucionales del juicio, consagrados en el artículo 250.4, pues estos principios recogen los citados contenidos del artículo 29 y los repotencian de tal forma que los ligan, de manera inescindible, a la estructura probatoria del proceso penal.” (p. 182)

El principio de publicidad entendido como lo dice Urbano, (2011) “el proceso penal es público no solo porque se surta en auditorios abiertos, sino porque las premisas fácticas y jurídicas de la decisión y ésta surgen de cara a la sociedad”. (p. 186)

Es basilar la oralidad entendida como el medio de desarrollo de todo el proceso penal, pero a su vez como principio probatorio del juicio.

De este modo, el principio de oralidad privilegia una forma de manifestación del lenguaje y de comunicación entre el juez, las partes y los intervinientes; garantiza un mejor respeto de los derechos fundamentales que están en juego en el proceso penal y promueve la toma ágil que no infundada, de decisiones. (Urbano, 2011, p. 189).

Del potente principio de inmediación entendido desde sus dos aristas a saber:

En la doctrina se distinguen dos dimensiones del principio de inmediación: una subjetiva en virtud de la cual el Juez debe ver y oír la prueba por sí mismo, lo que conduce a que la sentencia se apoye en lo que el juez ha percibido en el juicio oral; y una objetiva, en razón de la cual los medios de conocimiento practicados deben ser directos o inmediatos, lo que cuestiona la legitimidad de la prueba de referencia y de la prueba practicada a través de funcionarios comisionados. (Urbano, 2011 p. 189).

La contradicción como principio del juicio se entiende como la facultad que tiene la defensa, para según Urbano (2011) “contradecir los cargos formulados en su contra y para hacerlo puede comparecer al juicio, ser oído públicamente contradecir la prueba de cargo presentar sus propias pruebas y recurrir las decisiones judiciales”. (p. 191).

Y finalmente entendemos como principio de concentración al hecho de compactar el desarrollo del juicio a una sección o como dice Urbano, (2011) “la prueba debe practicarse en un solo acto, esto es, sin solución de continuidad con la finalidad de no entorpecer la percepción que el juez debe formarse de los supuestos facticos de la decisión que ha de tomar” (p. 193).

Sin embargo para comprender todos los caracteres que componen el sistema penal vigente en Colombia, pues si bien cuando se estructura el alcance y funciones del ente persecutor penal, y se delinea la estructura del sistema, debemos entonces acudir al desarrollo legislativo penal contenido en la Ley 906 de 2004 y sus reformas, especialmente en sus normas rectoras que estructuran el proceso penal, de ellas se enfatizara frente a los manifestado en los artículos 2,5,6, 7, 8, 10, 11, 15, 16, 17, 22, 23 y 27 de la sección normativa enunciada.

La disección anterior no es caprichosa, por el contrario, busca señalar la verdadera y particularísima naturaleza del proceso penal, hecho sustentado por ejemplo desde el artículo 2 de la ley 906 de 2004. En él se salvaguarda el derecho constitucional y bien jurídico de la libertad, se desarrolla la única circunstancia en que puede verse menoscabado, a través de una decisión jurisdiccional, junto con las razones que tal autoridad ha de esgrimir para restringirlo y la manera en que las partes impugnaran al respecto.

Con él se comprende que el sistema punitivo vigente en Colombia tiene por egida, en lo que refiere al castigo, la privación de la libertad, el derecho penal como *ultima ratio* procura servir a modo de espada justiciera, siendo el elemento que entre los hombres determine la pena de quien afrentó el orden social, no siendo equivocado entonces expresar que su razón teleológica verdadera es la de la justicia.

La justicia como contrario de impunidad, supone la obligación estatal de investigar, juzgar y condenar conforme a la ley a los responsables de violaciones a bienes jurídicos tutelados por el Estado, cuya conducta se halle debidamente tipificado, no supone solamente la posibilidad de los particulares de acceder a la administración de justicia, lo cual sigue presente en aquel deber de juzgar, sino que garantiza la persecución del crimen y el castigo que le merece quien lo perpetra.

Dicha justicia será sometida bajo un criterio de objetividad, característica que señala el artículo 5 de la Ley 906 de 2004, el cual desde su redacción abarca tal imperativo a todas las etapas judiciales que ocurren en un proceso penal, adicionalmente las actuaciones surgidas en marco de él, del proceso, se someterán irrestrictamente a la normatividad preestablecida, no solo en su dicho también observando las formas procesales en ella contenidas, pues estas son el camino idóneo para garantizar los derechos constitucionales de los intervinientes en la actividad judicial de naturaleza penal.

Adicionalmente el operador judicial como director del proceso no solo se someterá al mandato señalado, también deberá revestir una serie de características especiales, todas ellas propias de un juzgador presente en un sistema acusatorio, pues su actitud ante las

partes y las pruebas, junto con sus decisiones, demostrarán en ultimas el verdadero grado de garantismo que se pregone de un litigio acorde a los designios constitucionales.

Así enunciado el respeto a las normas, entendiendo estas como todo el sistema normativo al que acudir en derecho penal, resalta la imparcialidad que del juez se espera, concepto que para el caso concreto no se agota exclusivamente en su conducta frente a las dos partes enfrentadas, sino que incluirá además la manera en que este interactúa con las pruebas testimoniales en juicio, sea el momento para acentuar el valor que la prueba testimonial reviste en nuestro sistema penal, pues ella actúa como conducto a los demás medios de prueba que existen en el sistema, inclusive la prueba indiciaria al partir de un hecho sustentado que se considere probado surge de un elemento de conocimiento que ingresó gracias a una prueba testimonial, por eso que la imparcialidad tenga un principal valor ante dicha prueba y que también proscriban en el proceso penal la práctica de pruebas de oficio.

El juez será el principal llamado a garantizar que en los procesos penales subsista la inmediación, la celeridad, la publicidad, la oralidad, la eficiencia y la contradicción.

Elementos todos los anteriores que definen al proceso penal, no solo en su etapa de juzgamiento, también deberán estar presentes en la etapa correspondiente a la indagación e investigación, momento en donde sobre la fiscalía como institución pública pesara una obligación enorme por actuar conforme a la realización de tales ideales.

La inmediación como principio propende por que la convicción a la que llegue el juez en marco de su actuación surja de un contacto directo de este con la prueba, para que así sea el realmente el llamado a determinar qué tan cierto fue lo que las partes desde su litigio le presentaron, la verdad procesal, la falta de ello como bien advierte Solorzano (2013) puede degenerar en una declaratoria de nulidad, principalmente ello ha sucedido en la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia en los casos en que la audiencia de juicio oral, se realizó bajo la dirección de dos o tres jueces diferentes, ello por resultar ser contrario al principio desarrollado, ideal este último que consigue desarrollarse de mejor manera gracias a la oralidad existente en el proceso penal, pues que mejor que la contienda

directa para que un operador judicial sopesa todas las vicisitudes propias de un juicio, legitimando aún más la decisión que este asuma.

La discusión mediante la palabra hablada resulta el principal sustento de la publicidad, la celeridad y la eficiencia, caracteres señalados anteriormente y que son verdadero rostro del sistema pretendido desde la Ley 906 de 2004; la publicidad como actúa principalmente desde dos escenarios diferenciados, la manifestación de todo acto procesal de una parte a otra, circunstancia consecuencia real de la oralidad y la otra correspondiente a la posibilidad de hacer partícipe a la comunidad del proceso, pues salvo escasas excepciones, cualquier persona podrá ingresar a una audiencia, hecho que en últimas legitima la justicia, pues permite al ciudadano saber de relación directa, de qué manera se imparte justicia en el país.

En cuanto a la celeridad, la eficiencia y la concentración procuran en últimas un juicio rápido, legal y definitivo, el cual será el camino a garantizar la tutela judicial efectiva, no solo como posibilidad del ciudadano de acceder a la administración de justicia, sino derecho de conocer los resultados del proceso en la mayor brevedad posible y con un alto grado de credibilidad ante el resultado.

El principio de contradicción es pieza fundamental para comprender la naturaleza del proceso penal, no obstante es también un derecho de la parte que asiste al mismo, es en esencia el litigio mismo, así lo entrevistó Solórzano (2013) pues considera que en virtud de dicho principio es que las partes tienen acceso a la prueba, participando en la práctica de ellas a través del interrogatorio cruzado de testigos y siendo ellos quienes los lanzan en últimas a la audiencia del juicio oral y no el juez, Carbonell, citado por Solórzano (2013) menciona que el principio de contradicción significa, entre otras cuestiones, que todo lo que se aporte al juicio puede ser objeto de refutación y que las partes tendrán a su disposición los mismos elementos para demostrar que les asiste la razón, sin que una parte tenga en sus manos la posibilidad de aportar pruebas de mayor valor o de mayor peso que la otra.

Puede entonces decirse que la contradicción es sostén necesario para predicar igualdad entre las partes, cualquier desbalance en ella podría significar una ruptura material

del debido proceso. Como derecho dicho principio sobresale en el artículo 8 del estatuto de enjuiciamiento criminal vigente en Colombia (Ley 906, 2004), principalmente en sus literales *h, i, j y k*, y aunque con ello se hable solo sobre la defensa hay que entender que si bien son derechos propios a dicha parte, esos identificados suponen la generalidad en que una parte intervenga dentro de un proceso penal de naturaleza acusatoria, aclarando que no son los exclusivos derechos de la defensa, que esta tiene un abanico más amplio y que de ellos se hace especial mención por la razón expuesta en este mismo acápite, al señalar que la razón primordial de un proceso penal es brindar un espacio civilizado para determinar si alguien es o no responsable de un delito y luego condenarlo por ello de conformidad con los mandatos constitucionales, por ello sobre sus derechos hay que guardar mayor recelo, puesto que es sobre quien ya pesa el reproche de haber obrado en contra de la ley.

Resta disertar preliminarmente al respecto del artículo 11 de la Ley 906 de 2004, para que con ello se pueda describir realmente la naturaleza del proceso penal colombiano vigente, tal apartado presenta las prerrogativas que les asisten a las víctimas en el enjuiciamiento criminal, no es el espacio para profundizar sobre ello, en la presente propuesta existe un aparte específico que habla sobre los derechos de las víctimas, pero si resulta necesario señalar que su derecho legal allí contenido es principalmente es de la información, el de tener la oportunidad de conocer lo que sucede en la causa que muy seguramente inicio con su denuncia y de recibir atenta asesoría de todo lo que en marco del proceso sucede, adicionalmente el literal *d* del norma concreta reza: “*A ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas*” (ley 906, 2004, art. 11); el supuesto presentado es la cabida principal por la cual las víctimas pueden intervenir especialmente en el proceso, sin embargo no quiere decir este que sean una parte y por ello hay que medir sus derechos en relación con su condición especial, temática que también se desarrollara en el espacio propio de las víctimas en este trabajo.

En resumen se identifican dos aristas principales en el derecho procesal penal colombiano, el respeto por un sistema dual de partes y todo lo que ello conlleva, el respeto por la legalidad, la imparcialidad esperada por el juzgador y la puesta en marcha de una plataforma oral, pública, concentrada, célere y eficiente que garantice el debate entre los

sujetos enfrentados, la captación del convencimiento del juez y el respeto por la dignidad humana y de otra parte el carácter eminentemente público del proceso, pues en él se ejecutan funciones importantísimas para la sociedad, la investigación y juzgamiento de las conductas que revistan las características de un delito, el castigo de los delincuentes, la administración de justicia y la realización de los derechos de las víctimas, todas ellas funciones conglomeradas en el estado pero sustancialmente distintas, que hace que necesariamente toda actuación en marco del derecho penal sea respetuosa del sistema en que se enmarque.

Partiendo de lo anterior es imperioso identificar las posibilidades que existen en cada etapa procesal, respondiendo siempre a los principios estructurados en las líneas anteriores.

1.1 .1. Indagación o investigación no formal

Este estadio previo al proceso penal está diseñado para que la Fiscalía desde lo metodológico realice los actos de investigación necesarios tendientes a lograr asegurar los elementos de conocimientos necesarios y demostrativos de la existencia de un comportamiento humano que reviste características de delito y la individualización de autores y partícipes. Igualmente se debe determinar si la acción penal se encuentra en posibilidad de ser ejercida o han sucedido fenómenos que la extinguen como la prescripción de la acción o la caducidad de la querella.

Este momento obedece a una de las funciones fundamentales asignadas a la fiscalía: investigar todo aquello que revista características de delito y para ello tiene un límite: dos, tres y cinco años según se trate de un delito común, o sea concurso de delitos o de personas o si se trata de delitos de competencia del Juez Penal del Circuito Especializado, el legislador originario no puso límite temporal a esta fase, pero con la una posterior reforma contenida en la Ley 1453 de 2011 en el parágrafo del artículo 49, que modificó el artículo 175 de la Ley 906 de 2004, se establecieron los límites temporales ya señalados, sin embargo debemos señalar que no fijaron las consecuencias procesales una vez se venzan esos periodos de tiempos establecidos.

En desarrollo de este momento investigativo es que el Fiscal diseña el plan metodológico y expide las órdenes a policía judicial para adelantar las pesquisas correspondientes y ubicar los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida necesarios para poder iniciar el ejercicio de la acción penal.

Este momento previo a la existencia de un proceso penal puede terminar con el archivo de las diligencias decretado por el Fiscal en razón a la atipicidad objetiva del comportamiento investigado; por la Preclusión o por la Audiencia de Imputación.

Relacionamos la Preclusión porque en efecto se permite que se termine la fase de indagación con la Preclusión para efectos de darle seguridad jurídica al investigado, aunque en verdad no se entiende como se dicta una preclusión cuando aún no se ha dado inicio a la acción penal, se advierte con claridad el contrasentido.

En esta fase pre procesal o indagación preliminar “las víctimas en la fase de indagación tienen derecho, además de recibir información sobre su caso y los aspectos relacionados con él, a obtener de la fiscalía la adopción de medidas de protección frente a probable hostigamientos, amenazas o atentados en su contra o de sus familiares y a intervenir activamente para lo cual puede designar un abogado que represente sus intereses y en caso de no contar con los medios económicos suficientes para contratar uno que se lo proporcione de oficio la misma Fiscalía ” (Sampedro, 2010. p. 111)

1.1.2. Investigación

La investigación se inicia con la audiencia Preliminar de Imputación de Cargos, esta audiencia que solicita el Fiscal al Juez con función de control de garantías, da inicio al proceso penal porque es a través de ella que se da la vinculación procesal, según el legislador de la Ley 906 de 2004, es un acto de comunicación mediante el cual se le ponen de presente a la persona indiciada los hechos con relevancia jurídica, esto significa que se efectúa por parte del fiscal la imputación fáctica y su consecuente imputación jurídica.

Esta Audiencia tiene efectos jurídicos especiales, en primer término permite la vinculación jurídica del indiciado al proceso; en segundo lugar se entiende iniciada la acción penal por lo que se interrumpe el conteo de la prescripción de la acción penal; igualmente impide la posibilidad de movimientos de los bienes sujetos a registro del imputado durante un término de seis meses, ello con miras a procurar una eventual reparación de perjuicios causados con el comportamiento delictivo; en cuarto lugar una vez realizada la imputación surge la carga para la Fiscalía de presentar dentro de un término definido el escrito de acusación o el de preclusión según el avance de las pesquisas.

Este estadio procesal puede concluir con preclusión, con aplicación del mecanismo de oportunidad o con el escrito de acusación, ya que una vez presentado ante el Juez de conocimiento se inicia la fase del Juicio. En esta etapa procesal pueden hacer presencia varias audiencias preliminares pero que son contingentes, es decir, no esenciales del proceso. Una de la audiencia que se puede dar de manera concentrada o independiente es la preliminar de solicitud de imposición de medida de aseguramiento.

1.1.3. Juzgamiento

El legislador de la Ley 906 de 2004 diseñó esta etapa procesal compuesta de cuatro audiencias, en primer lugar, la audiencia de acusación, en segundo lugar, la audiencia preparatoria, la audiencia de juicio oral en tercer lugar y finalmente la audiencia de lectura de fallo en cuarto lugar, estas audiencias permiten entonces escenificar la etapa del juicio.

La primera audiencia de la etapa del Juicio, que es la de Acusación, permite asegurar que se tenga dentro del proceso al Juez natural e imparcial y que se determine que lo actuado hasta ese momento se realizó de conformidad a la ley, pero sobre todo respetando las garantías fundamentales, en esta audiencia el ente persecutor de la acción penal residencia en juicio a la persona del imputado y se efectúa el descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía. Igualmente es el momento procesal oportuno para hacer el reconocimiento de las víctimas y de sus apoderados, reconocimiento puramente formal desde luego, en el entendiendo en que con anterioridad a esta audiencia y desde el inicio de la indagación a la víctima se le reconocen todos los derechos propios de su condición.

Luego en la segunda audiencia de la fase del juicio denominada audiencia preparatoria se verifica el efectivo y real descubrimiento de elementos de conocimiento por parte de la Fiscalía a la defensa y la parte acusada descubre los elementos materiales probatorios y la evidencia física que tenga en su poder. Fiscalía y Defensa enuncian y solicitan las pruebas que se practicaran en juicio y si acuerdan estipular la prueba de algunos hechos. Finalmente, el Juez decide, de las pruebas solicitadas por las partes cuales se decretan.

En el Juicio oral, se pregunta sobre la consideración de responsabilidad a la persona del acusado, posteriormente se procede a la presentación de la teoría del caso por las partes del proceso, luego se practican las pruebas y después de las alegaciones el Juez enuncia el sentido del Fallo, si es absolutorio fija fecha para la audiencia de lectura de fallo y si es condenatorio da el uso de la palabra a los sujetos procesales para que intervengan sobre punibilidad y subrogados penales, y luego el Juez fija fecha y hora para realizar la audiencia de lectura de fallo en cuyo desarrollo se lee el fallo y se da traslado para interponer el recurso de apelación.

Luego de que la sentencia condenatoria queda ejecutoriada se tienen 30 días para que el representante de víctimas solicite el trámite del incidente de reparación integral, en desarrollo del cual la víctima en plano de igualdad busca la fijación de los perjuicios producidos por la comisión de la conducta punible.

1.2. Estructura del proceso en los casos de terminación anticipada.

El proceso penal previsto en la Ley 906 de 2004, está diseñado en principio para terminar con una sentencia sea absolutoria o sea condenatoria, pero también se diseñaron unos mecanismos que permiten su terminación anticipada sin el cumplimiento de todas y cada una de las fases o etapas procesales propuestas para un proceso con el pleno de cumplimiento de garantías, explicado en el apartado anterior.

Esta terminación anticipada del proceso puede deberse a varios factores, unos relacionados con la denominada justicia premial, otros con la aparición de elementos de conocimiento en desarrollo de la investigación que hagan necesaria su terminación, otros relacionados con política criminal del estado. Estos eventos son: el allanamiento a cargos; la preclusión de la investigación; los pre-acuerdos y negociaciones; la aplicación del mecanismo de oportunidad. Reparemos entonces en cada una de dichas formas de terminación anticipada de la actuación penal.

1.2.1. La preclusión.

En la Ley 906 de 2004 se previó la posibilidad de terminar el proceso penal de manera anticipada, pero se estructuró de manera que se pudiera solicitar al Juez de conocimiento una vez iniciado el proceso penal, es decir una vez realizada la imputación de cargos, y así lo indicaba la norma del artículo 331 de la Ley 906 de 2004 que decía: “que en cualquier momento, a partir de la formulación de la imputación el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión, si no existiere mérito para acusar”, con claridad y armonía con la dinámica del procedimiento establecía que una vez iniciado el proceso era posible la solicitud del ente acusador al juez de dictar la preclusión en dicho proceso, pero luego la Corte Constitucional en sentencia C591 de 2005 declara inexecutable la expresión “a partir de la formulación de la imputación”, es decir de acuerdo con ello ahora se puede un finiquitar la indagación penal sin que se haya iniciado formalmente el proceso penal.

El párrafo del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 permite entender que también se puede solicitar la preclusión en la fase del juzgamiento, entonces se puede presentar la posibilidad de solicitar la preclusión y de que el juez la decrete durante la indagación, en la investigación y en la fase del juicio.

En consecuencia, y como se dijo la indagación podía terminar o con imputación o archivo de dichas diligencias, pero “sin embargo, la Corte Constitucional en la sentencia C -591 de 2005, declaró la inexecutable de la expresión “a partir de la formulación de la imputación” contenida en el art. 331 del C. de P.P., razón por la cual se abrió camino la posibilidad de optar por la solicitud de preclusión como forma de culminación de la

indagación, conociéndose esa forma como una preclusión desde la indagación o una preclusión sin imputación” (Pedraza, 2015. p. 18)

La investigación iniciada con la imputación de cargos y termina como se dijo anteriormente con la acusación o con la preclusión, entonces “después de formulada la imputación y del desarrollo de las labores investigativas, para culminar con la etapa de investigación debe entonces el fiscal evaluar prudentemente los elementos de convicción existente a efectos de decidir si con base en ellos se encuentran reunidos los requisitos exigidos para formular la acusación penal o si por el contrario solicita la preclusión por la presencia de una circunstancia legal. Si reclama la preclusión y esta es decretada por el juez, allí termina la investigación y de paso es definida la actuación penal, sin necesidad de habilitar el juicio” (Pedraza, 2015. p. 24)

En la fase del Juicio es posible solicitar la preclusión pero limita las causas que la determinan, la primera referida a la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal y la segunda que el hecho investigado no existió, entonces la “naturaleza de la preclusión en el juicio tiene connotaciones especiales, toda vez que solo puede presentarse por causas objetivas que hacen improseguible el ejercicio de la acción penal, sin abordar ninguna discusión en torno al contenido de la responsabilidad penal del acusado” (Pedraza, 2015. p. 26-27)

Como se dejó sentado es posible terminar la actuación penal en la fase de indagación, decretando la preclusión de la indagación, así como se puede dar fin al proceso penal en la investigación y el juicio decretando la preclusión del proceso. La solicitud es a cargo exclusivo y excluyente del ente acusador en el caso de que se verifique alguna de las causales contenidas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, en la fase de indagación e investigación, en el caso de la preclusión en la etapa del juicio se permite que además de la fiscalía la pueda solicitar el ministerio público y el defensor del acusado.

Es importante referir que las causales que motivan la terminación anticipada del proceso penal en la etapa del juicio se reducen a dos, imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal e inexistencia del hecho investigado.

1.2.2. Aceptación de cargos

El sistema de enjuiciamiento penal previsto en la Ley 906 de 2004 implemento un mecanismo para terminar anticipadamente un proceso, estableciendo un sistema de rebajas de pena, para incentivar a los imputados a prescindir de adelantarse todo el proceso, las rebajas están diseñadas de manera inversamente proporcional a las etapas del proceso, esto es, si se acepta la responsabilidad en la primera la rebaja será mayor y si es en la última etapa será menor.

En efecto, “el allanamiento a la imputación está concebido como una forma de terminación anticipada del proceso. Si el investigado acepta la imputación, lo actuado es suficiente como acusación, con lo cual se autoriza a convocar audiencia para la individualización de la pena y proferir sentencia.” (Bernal. y Montealegre, 2013, p 867)

Dichos beneficios desde que se establecieron en la primigenia Ley 906 de 2004 han tenido un régimen de reformas, que han disminuido los beneficios y con ello la utilidad práctica del mecanismo, pues inicialmente se consideró una rebaja en la pena de hasta el cincuenta por ciento si la aceptación de los cargos se efectuaba en la audiencia de imputación sin distingo ninguno sobre la forma como se llega a la imputación, posteriormente se reformó y si a la imputación se llega por captura en flagrancia la rebaja queda apenas en un 12.5 por ciento lo que desestima a dichos imputados a usar el procedimiento abreviado.

Los procesados pueden aceptar los cargos en la imputación en desarrollo de la audiencia de acusación y en desarrollo de la audiencia de juicio oral en el momento de la alegación inicial y su rebaja es apenas una sexta parte.

Una vez el procesado se allana a los cargos imputados, inmediatamente se procede a audiencia de verificación de la aceptación y se dicta la sentencia, con ello se evita habilitar las audiencias del juicio o por lo menos del juicio oral – etapa probatoria y de alegaciones-

1.2.3. Preacuerdos y negociaciones

La Ley 906 de 2004 contiene otra forma de terminación anticipada del proceso denominada preacuerdos y negociaciones y nos indica la teleología de este mecanismo procesal en su artículo 348 diciendo que “con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso.”

En efecto estos acuerdos presuponen aceptación de la responsabilidad, pero atenuada es decir disminuida la punibilidad ya sea por modificación de cargos o grados de participación o logro de beneficios o subrogados penales. La aceptación de responsabilidad implica la terminación anticipada con una sentencia condenatoria.

Sin embargo “a diferencia del allanamiento a la imputación, las alegaciones preacordadas suponen un consenso entre defensores, imputados y Fiscalía para llegar a una imputación determinada y en consecuencia disminuir la pena” (Bernal y Montealegre, 2013, p. 889).

Estos acuerdos que se dan entre las partes, “traduce inevitablemente el ejercicio de una justicia pronta, porque justicia tarda no es justicia, y cumplida porque el Estado, con la colaboración del propio procesado, ha logrado que se reconozca la existencia del delito, por parte de este, de una pena y de la obligación de reparar los daños causados con esa conducta delictiva. La verdad, en todos los órdenes, se ha impuesto” (Gómez y Castro. 2010. P 33 y 34)

1.2.4. Mecanismo de oportunidad.

Se tiene claro que existe la obligación para el ente acusado de investigar todo aquello que reviste características delictivas, es decir, se rige por el principio de legalidad procesal. así mismo se tiene una excepción a este deber general, en un mecanismo que permite suspender interrumpir y extinguir la acción penal, el legislador en la Ley 906 de 2004

denomino a este mecanismo procesal que puede entre otras terminar de manera anticipada el proceso, porque si se concreta extingue la acción penal.

En principio, la Fiscalía General de la Nación está en la obligación de perseguir a los autores y partícipes de las conductas delictivas, que lleguen a su conocimiento por los conductos que usted ya conoce; sin embargo, en ocasiones y atendiendo a la política criminal que adopte el Estado, la Fiscalía podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal.

Desde luego, esta posibilidad que tiene la Fiscalía es excepcional a la obligación de perseguir e investigar las conductas delictivas, y es totalmente reglada, de conformidad con el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal; existen así 17 causales en las que se puede aplicar el mecanismo de la oportunidad, que deben ser aplicados en armonía con la política criminal del Estado, y aplicando los criterios moduladores de la actividad procesal, esto es, el funcionario debe ponderar, realizar un test de razonabilidad, de proporcionalidad y de necesidad.

Desde luego, este mecanismo tiene un control de legalidad que debe efectuar el Juez de garantías dentro de los cinco días siguientes, siempre que se extinga la acción penal. Este control es obligatorio y se realiza en audiencia especial en la que la víctima y el ministerio público pueden controvertir la prueba aducida como fundamento de la decisión.

Se dice de dicho mecanismo que “logra la eficiencia del sistema frente a las conductas más graves e impactantes; favorece a la víctima y a los perjudicados con el reato, quienes rápidamente obtienen o aseguran la reparación; protege los derechos del imputado con la descriminalización de los delitos menores; economiza tiempo, recursos humanos, dinero y cargas síquicas y, finalmente, beneficia al Estado, al descongestionar y hacer más competente el aparato de justicia” (Fernández, 2005. p. 205 y 206)

2 Partes e intervinientes dentro del proceso penal

Según el título IV del Código de Procedimiento Penal de la Ley 906 de 2004, se diseñó un sistema de doble vía, en el que se denominó partes a la Fiscalía y Defensa, es decir a quienes tienen igualdad de posibilidades jurídicas en desarrollo del proceso penal frente al Juez imparcial. Es decir que solo existen dos partes Fiscalía y defensa.

En desarrollo del proceso legislativo que termina con la Ley 906 de 2004 esto se dijo sobre las partes del proceso penal: “Esto permitiría que el proceso penal se conciba como la contienda entre dos sujetos procesales – defensa y acusador – ubicados en un mismo plano de igualdad, al final del cual, como resultado del debate oral y dinámico, el tercero imparcial que es el juez tomará una decisión” (Gaceta Congreso. 2002. 531)

La idea de que fuera un sistema de enjuiciamiento criminal adversarial, esquematizado en la figura del triángulo equilátero en el que en los ángulos opuestos pero equidistantes del Juez que está en el vértice superior, permite entender que debe existir un equilibrio, una igualdad entre las partes, pero por otro lado denominó intervinientes especiales a la participación del ministerio y de la víctima.

Es claro que en este esquema propuesto desde el Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado en la Ley 906 de 2004, “existen partes procesales e intervinientes procesales. Las primeras son las directamente transadas en la litis penal, las que ejercen la acción y la contradicción y por lo cual tienen plenas facultades de actuación; y las segundas son sujetos procesales con algunos intereses importantes, pero no esenciales dentro del proceso penal y que por lo tanto, pueden ejercer algunas acciones en pos de la consecución de sus objetivos” (Cerón, L. pág. 152)

Es claro que el sistema de enjuiciamiento criminal propuesto en la Ley 906 de 2004 contiene “una actuación procesal de partes, y esta noción nos pone en el camino de un proceso penal en el que no necesariamente se asume una

perspectiva de conflicto entre el estado y el infractor, sino en el que, por el contrario, domina una concepción dialogal del sistema acusatorio” ((Bernal y Montealegre, 2013, p. 864 y 865).

La participación de estos dos intervinientes es restringida en posibilidades jurídicas, es decir no tienen la misma posibilidad con ocasión del desarrollo del proceso. Advirtiéndose que en el Acto Legislativo 06 de 2012, que reforma el artículo 250 de la Constitución Nacional, permite la posibilidad de que pueda mutar de interviniente a parte pero desde luego releva a la Fiscalía en la actividad de acusador, es decir, la víctima en los casos en que se regule la ley atendiendo a la naturaleza del bien jurídica podrá realizar el ejercicio de la acción penal y en ese proceso no participará la Fiscalía.

Recordemos entonces que debe entenderse por partes e intervinientes en el proceso penal, las personas que participan en el transcurso de un proceso penal, y que según el título IV del Código de Procedimiento Penal (Ley 906, 2004) son: a) La Fiscalía General de la Nación, que tiene bajo dirección y coordinación organismos que cumplen funciones de policía judicial, y que como se dijo es la encargada del ejercicio de la acción penal que implica la carga de la prueba; b) la Defensa; c) El Imputado o Acusado; y d) las Víctimas.

Igualmente debe tener en cuenta que, si bien es cierto y acorde con la sistemática del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio Público no se encuentra dentro del acápite de las partes, sí es un interviniente dentro de la actuación procesal: El Ministerio público es un órgano constitucional encargado de la defensa de los intereses de la Nación y de la sociedad, y dentro del proceso penal puede intervenir en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales, así mismo, este interviniente participa para garantizar que se respete en todo momento dentro de las etapas del proceso los Derechos Humanos.

Es importante advertir que existen sujetos que desarrollan actividades dentro del proceso, que no obedecen realmente a la condición de partes e intervinientes en el mismo, sino más bien a la de sujetos de actos procesales, que son “las personas cuya intervención no es permanente, o no abarca todo el procesado sino determinados actos o diligencias, se

les ha denominado < sujetos de actos procesales > para diferenciarlos de los sujetos procesales, ya que estos últimos tienen intervención en todo o parte del proceso” (Martínez, 1996) y dentro de los cuales encontramos, entre otros: Los peritos, los testigos, el tercero civilmente responsable, el llamado en garantía el tercero incidental.

Miremos un poco más profundamente cada una de las partes procesales:

2.1. Partes

2.1.1. Fiscalía General De La Nación

Con la Constitución Política de Colombia de 1991 se creó este órgano de la rama jurisdiccional, que se encuentra integrado por el Fiscal General de la Nación, el Vice fiscal General de la Nación y los Fiscales Delegados, que actúan ante los distintos órganos de Juzgamiento. Este órgano fue reorganizado por el tan discutido y polémico Acto Legislativo número 03 del 19 de diciembre de 2002, mediante el cual fueron modificados los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Nacional, en aras de fortalecer la capacidad de investigación de la Fiscalía, pero limitando su facultad de restringir derechos, e igualmente limitando su capacidad de tomar determinaciones judiciales.

En consecuencia, la Fiscalía realiza estrictamente la actividad pesquisidora o investigadora, y según los resultados, llevará a cabo la imputación ante los Jueces con función de control de garantías y acusación de los presuntos autores y partícipes del comportamiento delictivo, ante los jueces de conocimiento.

Frente al ejercicio de la acción penal el Acto Legislativo 06 de 2011 le quita el monopolio del ejercicio de la acción penal a la Fiscalía y posibilita que el ejercicio de la acción penal lo puede detentar la víctima, desde luego, reemplazando a la Fiscalía lo que implica que la víctima tendrá la condición de parte ejerciendo la acción penal.

Todo esto tiene como objetivo que la Fiscalía actúe dentro de los parámetros de una investigación orientada por el principio de objetividad y transparencia, con el respeto debido a las formas propias procesales y los principios legales y constitucionales.

En el adelantamiento de dicha investigación, según el caso, el Fiscal deberá asegurar la comparecencia al proceso de los supuestos infractores de la ley penal y para ello puede pedir al Juez de Garantías, adoptar la medida de aseguramiento que consagra nuestra legislación procesal penal.

Así mismo, a la Fiscalía le fueron asignadas otras funciones tales como la de poner a disposición del Juez con función de control de garantías a los detenidos, para que se ejerza el control material de legalidad sobre la aprehensión; solicitar al Juez de conocimiento se decreta la preclusión de la investigación penal o si se dan las condiciones presentar escrito de acusación ante el Juez de conocimiento para dar inicio a la fase del juicio; intervenir en todas las audiencias de la fase de juicio y en el desarrollo de la de juicio oral; así mismo solicitar las nulidades que considere necesarias con miras a sanear el proceso; la de tomar las medidas necesarias en procura de hacer efectivo el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios ocasionados por el delito.

También la de dar aplicación al mecanismo de la oportunidad para suspender, interrumpir o cesar el ejercicio de la acción penal; igualmente frente a los elementos materiales probatorios y evidencia física tiene el deber de asegurarlos y descubrirlos en el momento procesal oportuno; así mismo está facultada la Fiscalía para interponer y sustentar los recursos ordinarios y extraordinarios en contra de las decisiones proferidas por los jueces de control de garantías y de conocimiento en desarrollo de la actuación Penal; también tiene facultad para solicitarle al Juez de conocimiento la adopción de las medidas que sean necesarias para la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso penal.

2.1.2. Defensa

Constituye esta parte procesal, el profesional del derecho encargado de efectuar la defensa técnica del imputado o acusado, o de apoderar los intereses de cualquier otro de los sujetos procesales; es necesario y por tanto obligatorio, que este defensor o apoderado sea abogado titulado con tarjeta profesional vigente y activa. El abogado principal es nombrado por el procesado o será designado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública.

El nombramiento del defensor, bien que se trate de uno de confianza o el nombrado por el Sistema Nacional de defensoría Pública, se realiza desde la fase de indagación y claro se formaliza con la vinculación procesal – captura o audiencia de imputación - o en cualquier otro momento, y debe entenderse con vigencia hasta la terminación del proceso.

La designación del defensor debe efectuarse desde la indagación, formulación de la imputación o desde la captura si ella sucede primero, de todas formas, la persona debe contar con abogado desde la existencia de una indagación en su contra.

Es importante tener en cuenta que, una vez aceptada la designación, el defensor puede desplegar su actividad de defensa sin ninguna formalidad para su reconocimiento. Cuando la persona del sindicado carezca de recursos económicos y en consecuencia se encuentre en la incapacidad de proveerse la defensa con un abogado de confianza, existe una institución que se denomina Sistema Nacional de Defensoría Pública, la cual nombrará un defensor para que asuma la defensa del sindicado.

Igualmente, dentro del Sistema Nacional de Defensoría Pública, mediante la celebración de convenios con las facultades de derecho debidamente acreditadas, los miembros activos de sus respectivos consultorios fungen como defensores públicos en los procesos de competencia de los jueces penales municipales.

De conformidad con el artículo 121 del Código de Procedimiento Penal, el defensor podrá con autorización del imputado, nombrar un abogado suplente que actuará bajo la responsabilidad del principal, pudiendo ser removido en cualquier momento.

2.1.3. El Imputado

De conformidad con el artículo 126 del Código de Procedimiento Penal, se denomina imputado toda persona a quien se le atribuya la autoría o participación en una conducta punible (Ley 906, 2004), esto es, cuando exista sindicación directa, cargos concretos en contra de una persona, adquiriendo ésta la condición de parte como imputado, cuando se realiza su vinculación con la formulación de la imputación; por otro lado tomará el nombre de “acusado”, a partir de la presentación de la acusación por parte de la Fiscalía.

Si al Fiscal no le ha sido posible localizar a la persona para formular la imputación, o es procedente que se le imponga medida de aseguramiento, debe pedir al Juez que ejerce función de garantías que lo declare persona ausente; una vez declarada persona ausente por el Juez, se le nombrará un abogado del Sistema de Defensoría Pública, que representará al ausente en todo el transcurso del proceso.

Para declarar a una persona “ausente”, el Fiscal debe pedirle al Juez de control de garantías lo haga, anexando los elementos demostrativos de la insistencia en ubicarlo y la imposibilidad de lograrlo.

El Juez procede así al emplazamiento de la persona mediante edicto que se fijará en lugar visible de la secretaría por 5 días hábiles y se publicará en un medio de prensa de cobertura local. Cumplido lo anterior, el Juez hará la declaración de persona ausente, actuación que registrará, al igual que la identidad del abogado asignado como defensor.

En caso de que el indiciado no comparezca a la audiencia de imputación estando citado en debida forma, y no acredita sumariamente el motivo de su inasistencia, el Juez puede declarar contumaz y realizar la diligencia con el abogado de confianza si asistiere o nombrara un defensor del Sistema Nacional de Defensoría Pública, según lo contenido en el artículo 291 de la Ley 906 de 2004.

El artículo 8 del C. de P.P., informa que, con miras a efectuar el pleno ejercicio del derecho de defensa, tanto el imputado como el acusado deben contar con un abogado para

el ejercicio de su defensa técnica, bien sea de confianza o el asignado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública (Ley 906, 2004). El derecho de defensa se ejerce materialmente, es decir, lo ejerce directamente el sindicado, ya que la defensa desde el punto de vista “técnico” se ejercerá a través del abogado.

El derecho de defensa está integrado por la defensa material y técnica, y como se dijo, se entiende por defensa técnica la ejercida por el profesional del derecho, sea el de confianza o el de la defensoría pública que puede ser abogado de la defensoría o estudiante de derecho miembro activo de consultorio jurídico. La defensa material es la que se ejerce directamente por el imputado que la Ley 906 de 2004 le dio mayores posibilidades de hacer actividad de manera directa, por eso el acusado puede en desarrollo de la audiencia de juicio oral interrogar de manera directa peritos y testigos.

2.2. Intervinientes

2.2.1. Víctimas

Se entiende por víctima de acuerdo con el legislador “las personas naturales y jurídicas, y demás sujetos de derecho, que individual y colectivamente hayan sufrido un daño directo como consecuencia del injusto” (Artículo 132 de la Ley 906 de 2004). Según las normas rectoras las víctimas deben recibir atención y protección por parte de la Fiscalía General de la Nación; tienen derecho a recibir información sobre cuáles instituciones que pueden brindarles apoyo y qué tipo de apoyo, además sobre la forma como debe formularse la denuncia, cómo deben pedirse las protecciones y las otras que el legislador enlistó en el artículo 136 del Código de procedimiento penal.

Desde luego es importante advertir que la idea de la concepción de la víctima debe entenderse en una dimensión más amplia, incluso “por encima de las definiciones que en la actualidad ofrece la Ley 906 de 2004, como acontece con el artículo 132, partiendo del contenido actual del artículo 250 de la Carta Fundamental, el cual fue modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, en su numeral 6º se indica con claridad meridiana que

corresponde a la Fiscalía General de la Nación solicitar las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito, por manera que es posible sostener que con respaldo constitucional existe un concepto de mayor amplitud que el de víctima, como estimamos lo es el de afectado con el delito.” (Gaviria 2011 p. 377 y 378)

En consecuencia, las víctimas tendrán derecho a intervenir en la actuación penal, para que se garanticen los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, por lo que el legislador procesal penal estableció en el artículo 137 de la Ley 906 de 2004 las reglas para su intervención así:

- a) Las víctimas pueden solicitar al Fiscal medidas de protección frente a las amenazas o atentados que se ocurran en su contra o de sus familiares.
- b) Para realizar el interrogatorio de la víctima debe tenerse en cuenta su dignidad.
- c) Para la intervención de la víctima no es necesario abogado, pero a partir de la audiencia preparatoria debe ser asistido por abogado o estudiante de consultorio jurídico.
- d) Cuando existe pluralidad de víctimas, el Fiscal durante la investigación ordenará que se designen máximo dos abogados.
- e) Si la víctima por diversas circunstancias no puede nombrar abogado, la Fiscalía nombrará uno de oficio.
- f) Para proteger a las víctimas, el Juez podrá, si así lo considera conveniente, realizar audiencia a puerta cerrada
- g) Las víctimas pueden pedir al Juez, luego de establecerse la responsabilidad penal, el incidente de reparación integral.

Es importante tener en cuenta que la víctima puede volverse parte de conformidad con el Acto Legislativo 06 de 2011, es decir, que la víctima en casos que determine la ley atendiendo a la naturaleza del bien jurídico, puede ejercer la acción penal convirtiéndose en parte, ya no como un interviniente.

En este caso se desplaza a la Fiscalía y la víctima mediando su apoderado judicial fungirán como parte dentro del proceso ejerciendo la acción penal de manera directa.

2.2.2. Ministerio Público

Si bien es cierto, de conformidad con la sistemática del Código de Procedimiento Penal, no se encuentra al Ministerio Público dentro del acápite de las llamadas Partes, no podemos negar que aquel es un interviniente dentro de la actuación procesal.

El Ministerio Público es un órgano de raigambre constitucional, y está especialmente encargado de la defensa de los intereses de la Nación y de la Sociedad en general, entrando a jugar parte dentro del proceso penal con intervenciones tendientes a la defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales; así mismo, este interviniente participa dentro del proceso para garantizar que se respeten en todo momento los Derechos Humanos, como expresión suma que son de los mismos Derechos Fundamentales. Acorde con el artículo 111 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906, 2004), son funciones del Ministerio Público interviniendo dentro del proceso penal:

1. Como garante de derechos humanos fundamentales:
 - a) Vigilancia en las actuaciones de la policía judicial que puedan afectar garantías fundamentales.
 - b) Participar en diligencias o actuaciones realizadas por jueces o Fiscales, que impliquen afectación a derechos fundamentales.
 - c) Procurar que con las decisiones judiciales se cumplan los cometidos de lograr la verdad y la justicia.
 - d) Procurar el cumplimiento del debido proceso y del derecho a la defensa.
 - e) Procurar que las condiciones de privación de la libertad en general se cumplan de conformidad con los Tratados Internacionales, la Constitución y la ley.
 - f) Puede el Ministerio Público participar en las audiencias públicas si lo considera necesario.

2. Como representante de la sociedad.

- a) Solicitar condena o absolución de los acusados según el caso.
- b) Procurar la indemnización de perjuicios y el restablecimiento del derecho en los eventos de perjuicio a intereses colectivos.
- c) Velar porque se respeten los derechos de las víctimas, testigos y demás intervinientes en el proceso.
- d) Denunciar fraudes y colusiones procesales.
- e) Debe tenerse en cuenta que dentro de los órganos que ejercen funciones de policía judicial, de conformidad con el artículo 202 del Código de Procedimiento Penal, se encuentra también la Procuraduría General de la Nación, por lo que puede en ocasiones pedir prueba anticipada cuando ejerce las funciones de policía judicial.

3. Participación de la Víctima dentro del proceso penal.

Las víctimas como interesados en las resultas del proceso penal, son reconocidas constitucionalmente como *intervinientes especiales*, condición que necesariamente les significa una serie de prerrogativas especiales, las cuales no obstante deben responder a la dinámica propia del proceso, pues aunque la realización de sus derechos se encuentran correlacionados con la actuación procesal, su intervención si fuese intensa no solo podría vulnerar derechos fundamentales de las verdaderas partes del proceso, particularmente de la defensa, sino que podría terminar desquebrajando el balance del proceso en que interviene.

También la víctima puede intervenir como verdadera parte de conformidad con el artículo 2 del Acto Legislativo 03 de 2011 que modifica el artículo 250 de la Constitución Nacional en su Parágrafo 2°. (Corregido por el artículo 1° del Decreto 379 de 2012), que dice: “Atendiendo la naturaleza del bien jurídico o la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente”, esta reforma permite que la víctima en ciertos eventos que dicen relación con la naturaleza del bien jurídico puede ejercer la acción penal relevando

así a la Fiscalía. En estos eventos la víctima mediante su apoderado judicial será la parte que ejerza la acción penal por tanto la Fiscalía saldrá de la ecuación y el equilibrio procesal escenificado como se dijo con el símil del triángulo equilátero queda reconfigurada con la víctima como persecutor de la acción penal en una esquina y en la otra esquina, pero equidistante del juez imparcial, está la defensa.

Esta reforma Constitucional que permitirá a futuro cuando el legislador penal la desarrolle la posibilidad que la víctima ejerza directamente la acción penal, en los casos y eventos en que la misma los permita, este acto legislativo fue demandado por inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional quien en sentencia C-433/2013, se inhibe para fallar de fondo. Pero la demanda consideraba la existencia de una sustitución constitucional en la medida en la que se considera que la acción penal es monopolio del ente Fiscal en nuestro ordenamiento constitucional. Esto dijo la Corte Constitucional frente a dicho cargo:

“Ahora bien, si por monopolio de la acción penal los actores entienden exclusividad absoluta, la premisa resulta incorrecta, pues, aunque su ejercicio corresponde por regla general a la Fiscalía General de la Nación, existen excepciones puntuales contenidas en la propia Carta Política. Así lo demuestran las funciones de investigación de altos funcionarios que debe asumir la Cámara de Representantes, la instrucción que se adelanta en los casos asumidos por la Justicia Penal Militar, o los procesos de conocimiento de los hechos que suelen llevar a cabo los pueblos indígenas para el juzgamiento de conductas socialmente nocivas, en ejercicio de la autonomía jurisdiccional que la Constitución les reconoce.” (Corte Constitucional, C-1154, 2005)

Así mismo, se pronuncia en cuanto a que dicha reforma implique un eventual sistema paralelo de enjuiciamiento criminal efectuando las siguientes consideraciones:

Así, de acuerdo con la demanda el Acto Legislativo demandado crea un sistema penal alternativo, en el que las víctimas o autoridades no judiciales tienen a su cargo la acción penal, proposición que excede en mucho la lectura inicial según la cual en un conjunto de

casos determinados, y bajo parámetros sentados por el constituyente derivado, víctimas y autoridades distintas de la Fiscalía podrían llegar a ejercer la acción penal. Al pasar de describir excepciones puntuales, guiadas por criterios previstos en el Acto Legislativo 06 de 2011, a la supuesta creación de un sistema penal alterno, la demanda cae en pleno subjetivismo.

De igual forma, cuando se propone en la demanda que el Legislador, al desarrollar el Acto Legislativo con base en los parámetros de naturaleza del bien jurídico y lesividad de la conducta, podría desplazar de manera absoluta y definitiva al actual ente investigador y dejar la acción penal en cabeza de las víctimas o de autoridades administrativas en todos los casos, renunciando así a los deberes estatales en materia penal y contrariando los artículos 116 y 250, inciso primero de la Constitución, los accionantes proponen hipótesis futuras que solo podrían ser juzgadas en caso de que efectivamente se expida la ley que imaginan, pero no en este momento, en el cual debe la Corte restringir su análisis al correcto ejercicio de la competencia de reforma que el propio Texto Superior confiere al constituyente derivado. (Corte Constitucional, C-1154, 2005)

Sin duda deberá esperarse a la ley que desarrolle el Acto Legislativo 06 de 2011, para efectos de poder determinar con precisión cómo será la figura que permita el ejercicio de la acción penal de manera directa por parte de la víctima en qué casos y como.

En la Ley 906 de 2004 existe una definición amplia de quienes, para sus efectos, son víctimas. Concepto que desde su génesis no resultaba tan garantista, por el contrario, restringía dicha condición para aquellas personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto.

El legislador al calificar la naturaleza del daño que habían de recibir las víctimas para ser consideradas como tales, es lesivo con los principios constitucionales de igualdad y realización de los derechos de las víctimas, aparte desarrollado desde el entramado jurídico internacional que pertenece a la constitución desde el bloque de constitucionalidad, sino

que, en palabras del guardián constitucional cuando a través de providencia C-516 de 2007 que declaró parcialmente exequible la norma en comento resulta:

“... que plantea un problema de imputación, en cuanto pone de manifiesto el nexo de causalidad que debe existir entre el daño y el comportamiento de una persona. De tal manera que cuando el legislador en el artículo 132 asigna al daño el calificativo de “directo” para el sólo efecto de determinar la calidad de víctima, está condicionando tal calidad a la concurrencia de un elemento de imputación que corresponde a un análisis posterior que debe efectuar el juez, al determinar tanto la responsabilidad penal como la civil del imputado o acusado. Este calificativo indudablemente restringe de manera inconstitucional la posibilidad de intervención de las víctimas en el proceso penal y su derecho a un recurso judicial efectivo. La determinación de la calidad de víctima debe partir de las condiciones de existencia del daño, y no de las condiciones de imputación del mismo”. (Corte Constitucional, C-516, 2007)

Bajo ese espectro, se abre un amplio abanico de posibilidades de intervención de terceros distintos a las partes en el enjuiciamiento criminal, más aún cuando el tema de la víctima del delito desde una óptica diferente y puesta a tono con la nueva tendencia mundial desde la Victimología, que emerge como nueva ciencia.

Esta ciencia ha permitido reparar una visión en unos planos diversos al tratamiento resarcitorio de perjuicios que nuestros sistemas de enjuiciamiento criminal anteriores le daban a la víctima. Para efectos de esta investigación, resulta interesante entender que desde el plano de la política criminal los derechos de las víctimas se estructuran en torno a cinco conceptos: información, participación, protección, asistencia y reparación (Tamarit, 2006), en efecto, son los conceptos que fueron incluidos en el Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollados en la Ley 906 de 2004.

Frente al derecho a que las víctimas sean informadas del avance de indagaciones e investigaciones, se encuentra desarrollado en la normarectora contenida en el artículo 11 de la Ley 906 de 2004 literal e., que desarrolla los derechos de la víctima, específicamente el

derecho que tienen desde el primer contacto la información pertinente para garantía de sus derechos y poder acceder a la verdad de lo sucedido, esta norma fue desarrollada por el artículo 136 que consigna que la Fiscalía General de la Nación y la policía judicial le deben suministrar información, sobre qué organizaciones le pueden dar apoyo, que tipo de apoyo, la manera de presentar la denuncia, cómo solicitar y qué tipo de protección puede solicitar; cómo puede acceder a asesorías jurídicas y psicológicas; el trámite dado a su denuncia o querrela; informar fechas de audiencias; el derecho que tiene a iniciar el incidente de reparación integral.

El concepto de participación, se encuentra desarrollado en varias normas, que permiten entender los derechos de las víctimas a intervenir en desarrollo de la actuación penal, con miras a lograr contenidos de verdad, justicia y reparación, por ello se garantiza la participación en todas las fases del proceso penal, desde luego, en ocasiones limitada a su presencia y en otras con actividades específicas, así lo contempla el artículo 137 de la Ley 906 de 2004., y fija unos baremos que permiten dicha intervención.

Frente al plano de protección, esta expresada en los artículos 11, 137, que determinan que la Fiscalía debe velar por la seguridad de las víctimas para incluirlas en programas especiales. La asistencia tiene desarrollo en el artículo 11 desde un plano integral no solo referido a asistencia jurídica sino además psicológica. La reparación está prevista mediante un trámite incidental, que se realiza una vez resuelta de forma definitiva y en firme la responsabilidad penal, tendiente a cuantificar los perjuicios irrogados con el daño que se causó con la conducta punible. (Ley 906 de 2004)

3.1. Víctimas desde la óptica internacional.

En materia de víctimas la visión internacional es trasformada de la perspectiva resarcitoria a una arista de mayor cobertura de derechos, en la que se pueda comprender la reparación del daño, el conocimiento de lo sucedido y el logro de contenidos de justicia, es decir, que la tutela judicial efectiva del derecho de las víctimas se entiende mediante el logro de la reparación, la verdad de los hechos y que se logre la realización de justicia.

El artículo 3 del Código de Procedimiento Penal que informa la prevalencia de los tratados y convenios internacionales que sobre derechos humanos se encuentren debidamente ratificados por formar bloque de constitucionalidad, es decir que dichos tratados hacen parte de nuestra legislación cuando se encuentran debidamente ratificados, por ello resulta importante entender la mirada actual del derecho internacional público, pues según Gaviria (2011) “es importante recordar que por encima de las disposiciones de la Ley 906 de 2004 se encuentran los preceptos de la Constitución Política Nacional, lo mismo que todas aquellas normas de rango constitucional que no aparecen directa o expresamente en el cuerpo de nuestra Carta Fundamental, las cuales hacen parte de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad ”(Gaviria 2011 p. 156)

Esta visión sobre la víctima de los organismos internacionales la desarrolla la sentencia C228 de la Corte Constitucional de 2002 en la que refiere a las disposiciones de la Declaración Americana de Derechos del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sistema de Naciones Unidas, y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y se detalla la evolución de la concepción de las víctimas, por ello considero menester transcribir in extenso parte de la sentencia de la Corte Constitucional así:

“En 1948, tanto la Declaración Americana de Derechos del Hombre¹ como la Declaración Universal de Derechos Humanos², marcan el inicio de una tendencia en el derecho internacional por desarrollar instrumentos que garanticen el derecho de todas las personas a una tutela judicial efectiva de sus derechos, a través de la cual no sólo

¹ *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, OAS Res. XXX, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (1948), reimprimido en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/IL82 doc.6 rev.1 p. 17 (1992). Artículo XVIII. Derecho de justicia. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

² *Declaración Universal de Derechos Humanos*, A.G. res. 217 A (III), ONU Doc. A/810 p. 71 (1948). Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

obtengan reparación por el daño sufrido, sino también se garanticen sus derechos a la verdad y a la justicia.

En el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido algo similar al afirmar que

“(…) la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.”³ (subrayado agregado al texto)

En 1988 dijo la Corte Interamericana lo siguiente:

"Esta obligación implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párrafo. 24.

derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos (subrayas no originales)”⁴

En un caso reciente, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló como contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos, las leyes que dejaban a las víctimas sin la posibilidad de saber la verdad y obtener justicia, a pesar de que el Estado estaba dispuesto a reconocerles una reparación económica.⁵ Dijo entonces la Corte Interamericana:

“41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

“42. La Corte, (...) considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez (fundamento 166), Sentencia del 29 de julio de 1988.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú), Sentencia de 14 de Marzo de 2001. La Corte Interamericana decidió que las leyes de amnistía peruanas eran contrarias a la Convención 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 haber aceptado su responsabilidad y decidido otorgar una reparación material a las víctimas.

artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. (...)

“43. La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de auto amnistía, incurrir en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de auto amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.”
(subrayado fuera de texto)

Este derecho ha sido recogido y desarrollado en múltiples instrumentos internacionales. Así, por ejemplo, en la Convención Americana de Derechos Humanos, se consagra el derecho de toda persona a un recurso judicial efectivo⁶, el cual ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como ya se anotó, no sólo como el derecho a

⁶ Convención Americana de Derechos Humanos, Serie sobre Tratados, OEA, No. 36, 1144, Serie sobre Tratados de la ONU, 123 entrada en vigor 18 de julio de 1978, reimprimido en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6.rev.1 p. 25 (1992). Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

*una reparación económica, sino además como el derecho a que la verdad sobre los hechos sea efectivamente conocida y se sancione justamente a los responsables.*⁷ Igualmente, el *Pacto de Derechos Civiles y Políticos consagra el deber de los Estados partes de proveer recursos judiciales eficaces para la protección de los derechos humanos.*⁸

*Esa tendencia del derecho internacional también está presente en el sistema de Naciones Unidas. En particular, el 29 de noviembre de 1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por consenso la "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder"*⁹, según la cual las víctimas

⁷ Ver entre otros, Caso Barrios Altos de la Corte Interamericana, Sentencia de 14 de Marzo de 2001; Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, Caso Suárez Rosero, Sentencia del 12 de noviembre de 1997; Caso 10987 (Argentina), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, No. 30/97, OEA/Ser.L/V/II.98, doc6, rev., 13 de abril de 1998; Caso No. 10843 (Chile), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, No. 36/96, OEA/Ser.L/V/II.95, doc.7 rev., 14 de marzo de 1997.

⁸ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, AG. res. 2200A (XXI), 21 UN. GAOR Supp. (No. 16) p. 52, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 UNTS. 171, *entrada en vigor* 23 de marzo de 1976. Artículo 2. 1. "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."

⁹ *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985. Acceso a la justicia y trato justo. "4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional. 5. Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos. 6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información; b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las

"tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido" y para ello es necesario que se permita "que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones, siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente".

Dicha tendencia a no reducir los derechos de las víctimas o perjudicados a la búsqueda de una reparación pecuniaria también se refleja en el derecho internacional humanitario. El Protocolo I reconoce el "derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros"¹⁰, lo cual no está referido únicamente a la posibilidad de obtener una indemnización económica.¹¹

Más recientemente, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional –aun cuando todavía no se encuentra en vigor y sin que ello signifique un pronunciamiento de esta Corte sobre su constitucionalidad– se consagraron expresamente los derechos de las víctimas a presentar observaciones sobre la competencia de la Corte o la admisibilidad de la causa, a que se haga una presentación completa de los hechos de la causa en interés de la justicia, a ser tratadas con dignidad, a que se proteja su seguridad e intimidad, a que se tengan en cuenta sus opiniones y observaciones, a ser reparadas materialmente y apelar ciertas decisiones

actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente; c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial; d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia; e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas. 7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

¹⁰ Ver el artículo 32 del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

¹¹ El derecho a saber la verdad en el caso de personas desaparecidas o fallecidas durante el conflicto en la Antigua República de Yugoslavia fue recogido en el Tratado de Paz entre Croacia y Bosnia y Herzegovina, concluido el 21 de noviembre de 1995 en Dayton (Estados Unidos) y firmado en París el 14 de diciembre de 1995, en los siguientes términos (traducción no oficial): "2. Los Estados Parte se comprometen a permitir el registro de tumbas y la exhumación de cadáveres de fosas individuales o colectivas que se encuentren en su territorio, así como el acceso de personal autorizado dentro de un período de tiempo definido para la recuperación y evacuación de los cadáveres de militares o civiles muertos con ocasión del conflicto armado y de los prisioneros de guerra fallecidos."

*que afecten sus intereses.*¹² *Los Estatutos de los Tribunales Internacionales para Ruanda y Yugoslavia, contienen disposiciones relativas a la protección de las víctimas.*¹³

En el contexto europeo también se han reconocido de manera amplia los derechos de las víctimas, que comprenden no sólo la indemnización de perjuicios, sino el derecho a que se haga una investigación exhaustiva que otorgue claridad sobre lo ocurrido y conduzca a la sanción justa de los responsables. En 1977 el Comité de Ministros del Consejo de Europa expidió la Resolución (77) 27, con recomendaciones para la indemnización de las víctimas del delito¹⁴. En 1983 se redactó la Convención Europea para la compensación de las víctimas de los crímenes violentos, con el fin de ocuparse de la situación de las víctimas que hubieran sufrido daños corporales o menoscabo de salud y de las personas

¹² Artículos 19.3, 65.4, 68, 75 y 82.4, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional. A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998.

¹³ Estatuto para el Tribunal Internacional para el Juzgamiento de personas responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991, (traducción no oficial) Artículo 20. Apertura y conducción del proceso. 1. La Cámara de Primera Instancia debe ocuparse de que el proceso sea imparcial y expedito y que la instancia se desarrolle de conformidad con las reglas de procedimiento y de prueba, que los derechos del acusado sean plenamente respetados y que la protección de las víctimas y de los testigos sea debidamente asegurada. Artículo 22. Protección de las víctimas y de los testigos. El Tribunal Internacional prevé en sus reglas de procedimiento y de prueba medidas de protección para las víctimas y los testigos. Las medidas de protección comprenden, como mínimo, las audiencias a puerta cerrada y la protección de su identidad. (subrayado fuera de texto). Estatuto del Tribunal Internacional de Rwanda. Artículo 14. Reglas de procedimiento y de pruebas. A los efectos de las actuaciones ante el Tribunal Internacional para Rwanda, los magistrados del Tribunal Internacional adoptarán las reglas de procedimiento y de pruebas aplicables a la etapa preliminar del proceso, al juicio propiamente dicho, a las apelaciones, a la admisión de pruebas, a la protección de las víctimas y testigos y a otros asuntos pertinentes del Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia, con las modificaciones que estimen necesarias. Artículo 19. Iniciación y tramitación del juicio. 1. La Sala de Primera Instancia deberá velar porque el procedimiento sea justo, expedito y que se tramite de conformidad con las normas de procedimiento y de pruebas, con pleno respeto de los derechos del acusado y con la consideración debida a la protección de las víctimas y los testigos. Artículo 21. Protección de las víctimas y de los testigos. El Tribunal Internacional para Rwanda, adoptará disposiciones, en sus reglas de procedimiento y de prueba medidas de protección para las víctimas y los testigos. Las medidas de protección comprenden, como mínimo, las audiencias a puerta cerrada y la protección de su identidad. (subrayado fuera de texto).

¹⁴ Resolución (77) 27, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de septiembre de 1977.

*dependientes de quienes mueran como resultado de estos delitos, pero donde también se hace referencia a la obligación de proteger a las víctimas y de otorgarles ciertos derechos a participar en el proceso penal.*¹⁵ Posteriormente, en 1985, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó la recomendación R (85) 11 sobre la posición de la víctima en el procedimiento y en el derecho penal;¹⁶ y, en 1987 como complemento, se formuló la recomendación R (87) 21, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de los procesos de victimización.¹⁷ Recientemente, como parte de los derechos fundamentales reconocidos por la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales consagró el derecho a un recurso judicial efectivo.¹⁸

En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos dijo en 1996 lo siguiente:

“95. La Corte observa que el artículo 13 (derecho a un recurso efectivo) garantiza la disponibilidad a nivel nacional de un recurso para proteger los derechos y libertades que consagra la Convención, cualquiera que sea la forma en que el derecho interno los asegure. El efecto de este artículo es, por lo tanto, exigir un recurso interno a través del cual la autoridad nacional competente decida sobre el fondo de la queja y otorgue el remedio adecuado, aun cuando los Estados parte gozan de discrecionalidad para adaptarse a las obligaciones derivadas de esta norma. (...) En cualquier caso, el recurso

¹⁵ Convención Europea de 24 de noviembre de 1983, sobre la compensación a las víctimas de delitos violentos. El Consejo de Europa también ha expedido normas y recomendaciones relativas a los derechos de las víctimas de los delitos.

¹⁶ Recomendación (85) 11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal.

¹⁷ Recomendación (87) 21, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 17 de septiembre de 1987, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización.

¹⁸ Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000 O.J. (C 364) 1, en vigor desde Dic. 7, 2000. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Artículo 47. “Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.”

requerido por el artículo 13 debe ser efectivo, tanto en la ley como en la práctica, en particular en el sentido de que su ejercicio no debe ser impedido injustificadamente por las acciones u omisiones de las autoridades del Estado demandado”.

(...)

“98. (...) el artículo 13 impone a los Estados, sin perjuicio de que haya otros recursos disponibles en el ordenamiento interno, una obligación de realizar una investigación exhaustiva y efectiva de los incidentes de tortura.”(traducción no oficial) (subrayado fuera de texto).¹⁹

Como resultado de esta tendencia en el derecho de los derechos humanos, la comunidad internacional ha rechazado los mecanismos internos que conduzcan a la impunidad y al ocultamiento de la verdad de lo ocurrido.²⁰ Si bien este consenso se refiere a violaciones graves a los derechos humanos, el lenguaje de los textos citados, así como la interpretación judicial de los mismos, igualmente mencionada, tiene un alcance que rebasa tales delitos o crímenes.” (Corte Constitucional, C-228, 2002)

Es entonces claro que las organizaciones internacionales tienen una mirada más amplia frente al tratamiento de las víctimas y el aseguramiento de la tutela efectiva de sus derechos entendidos desde el constructo del conocer la verdad, lograr contenidos de justicia y lograr un resarcimiento de perjuicios.

3.2.Desde la Constitución.

Recordemos que para introducir el sistema con tendencia acusatoria fue necesario modificar la Carta Magna, mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, que modificó el

¹⁹ Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Aksoy vs Turquía, sentencia del 18 de diciembre de 1996.

²⁰ Ver Cassel Jr., Douglas W. International Truth Commissions and Justice; Huyse, Luc. Justice after Transition: On the choices successor elites make in dealing with the past”. En Transitional Justice, Volume I: General Considerations, páginas 326 a 349; Mendez, Juan E. The Right to Truth. En Reigning in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Rights: Proceedings of The Siracusa Conference, 17-21 Septiembre, 1998, Christopher C. Joyner Ed., 1998.

artículo 250 y en él se definieron las funciones basilares de la Fiscalía General de la Nación, que son las de investigar las conductas que tengan características delictivas y ejercer la acción penal, pero en desarrollo de esas funciones centrales la constitución señala en el numeral primero, que la Fiscalía debe tomar las medidas necesarias para la protección de las víctimas; en el numeral sexto se debe solicitar en la jurisdicción las medidas de asistencia a las víctimas, restablecimiento del derecho y reparación integral; en el numeral siete le asigna a la Fiscalía la función de velar por la protección de las víctimas y señala que la ley fijara los términos en que puedan intervenir las víctimas.

Es claro que la Constitución Colombiana entiende a la víctima en los planos de protección, asistencia, participación, información e indemnización, pero señala que dichos derechos se hacen efectivos mediante la Fiscalía General de la Nación, es decir el encargado de velar por las víctimas en desarrollo de un asunto penal es el Fiscal del caso.

Además, que es la parte idónea para asegurar sus derechos y garantías pues se trata del Fiscal que es el encargado de ejercer la acción penal y la acusación de las personas que cometen los delitos. Es que el Acto Legislativo 03 de 2002 diseñó una Fiscalía especial, le quitó el poder jurisdiccional, pero le asignó la obligación de asistir a la víctima y solicitar todo lo necesario a los Jueces en pos de garantizar todos sus derechos.

Por ello en la Constitución se establece que las víctimas tienen derechos como a ser informados, a participar dentro de proceso penal, a tener protección, a ser asistidos y desde luego al logro de una reparación, pero asignado el encargo de que dichos derechos se materialicen se le asigna esa obligación a la Fiscalía. Es decir que es garantía de pleno de derechos de la víctima la Fiscalía en desarrollo del proceso penal.

3.3.Desde la Ley 906 de 2004

La ley 906 de 2004 desde la estructura revisada en el acápite primero, miraremos qué participación tiene la víctima en desarrollo de las fases del proceso, esto es cuáles son las posibilidades de participación o intervención en la etapa de la indagación o investigación

no formal; cuáles en la fase de la investigación; y qué posibilidades en el Juicio y cuáles una vez determinada la responsabilidad penal con sentencia en firme.

Frente a la fase de indagación dígame que esta fase inicia desde la noticia criminal, y en desarrollo de una de las funciones basilares de la Fiscalía que es la investigación, el ente persecutor del delito despliega mediante la policía judicial la labor investigativa tendiente a establecer si en verdad existió el hecho, si el mismo resulta constitutivo de delito, si el ejercicio de la acción penal se encuentra vigente y poder determinar o individualizar a los autores y partícipes del delito.

Así como asegurar los elementos de conocimiento que permitan el ejercicio de la acción penal. Esta fase puede concluir con el archivo de la investigación o con la preclusión de la investigación; o dar aplicación al mecanismo de la oportunidad; o realizar la imputación de cargos.

En desarrollo de este estadio pre-procesal la víctima de acuerdo con la Ley 906 de 2004, de manera general en la norma rectora contenida en el artículo 11 literal d), que contempla el derecho que tienen las víctimas a ser oídas y a que se permita el aporte de elementos de conocimiento, y adicionalmente pueden intervenir en las audiencias de preclusión y aplicación del mecanismo de oportunidad, pues pueden oponerse a ello de acuerdo con las previsiones de los artículos 79, 324, 325, 326, 327 y 333. Adicionalmente, algunos autores consideran que:

Las víctimas tienen reconocida la posibilidad de participación en la etapa de indagación, que, si bien es dirigida por la Fiscalía General de la Nación, constituye el marco propicio para que el ente investigador ofrezca toda la información necesaria para el conocimiento de lo que se investiga. (Bernal y Montealegre, 2013, p. 218).

En desarrollo de la fase de investigación que como dijimos inicia con la audiencia de imputación de cargos y finaliza esta etapa con la acusación o preclusión o aplicación del mecanismo de oportunidad.

En este estadio que inicia con la audiencia de imputación de cargos que es audiencia necesaria, pero existen otras audiencias que son contingentes, es decir que en desarrollo de esta fase se pueden practicar un sinnúmero de audiencias preliminares que son contingentes, no son de la estructura del proceso, la víctima en todas las audiencias puede estar presente salvo las reservadas.

En el grueso de las audiencias tiene intervención limitada a su presencia, pero existen algunas que puede solicitar medidas cautelares reales, y desde luego se puede intervenir para oponerse en las audiencias de preclusión y de legalización del mecanismo de la oportunidad. Frente a las medidas de aseguramiento que se pueden imponer temporalmente al imputado, el único facultado legalmente para su solicitud era el Fiscal de acuerdo con el primigenio artículo 306 de la Ley 906 de 2004, pero la Corte Constitucional en (Sentencia C-209 de 2007) al considerar que existía una omisión legislativa declara exequible la mencionada norma condicionada a la interpretación de que se dé posibilidad a la víctima para solicitar la medida de aseguramiento, al considerar que:

“8.3. Observa la Corte que la solicitud de medidas de aseguramiento o de protección ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento, según corresponda, tal como ha sido diseñada en la Ley 906 de 2004, sólo puede hacerla el fiscal. Esta fórmula pretende desarrollar el deber de protección de las víctimas establecido en el artículo 250, numeral 7 de la Carta, en concordancia con el literal b) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004.

No obstante, la fórmula escogida por el legislador deja desprotegida a 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.

Por lo tanto, esta omisión excluye a la víctima como interviniente especial, que por estar en mejores condiciones para contar con información de primera mano sobre la necesidad de medidas de protección o aseguramiento podría efectivamente solicitar al juez competente la medida correspondiente requerida.

8.4. No se vislumbra una razón objetiva y suficiente que justifique esta exclusión. Permitir la solicitud de medidas de aseguramiento o de protección directamente ante el juez competente por la víctima, sin mediación del fiscal, no genera una desigualdad de armas, no altera los rasgos fundamentales del sistema penal con tendencia acusatoria, ni implica una transformación del papel de interviniente especial que tiene la víctima dentro de este sistema procesal penal. Antes bien, asegura en mayor grado la adecuada protección de la vida, integridad, intimidad y seguridad de la víctima, de sus familiares y de los testigos a favor, así como de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

8.5. Esta omisión genera además una desigualdad en la valoración de los derechos de la víctima, al dejarla desprotegida en circunstancias en las que deba acudir urgentemente ante el juez competente para solicitar la adopción de una medida de protección o aseguramiento, o la modificación de la medida inicialmente otorgada.

8.6. Finalmente, esta omisión entraña el incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal, en la medida que la deja desprotegida en circunstancias apremiantes o ante la omisión del fiscal en el cumplimiento de su deber de proteger a las víctimas y testigos de posibles hostigamientos o amenazas, y de solicitar las medidas necesarias para promover los fines previstos en el artículo 308 de la ley, los cuales guardan estrecha relación con los derechos de la víctima a la verdad y a la justicia.

Por lo anterior, y por el cargo analizado, se declarará la exequibilidad del artículo 306, del artículo 316 y del artículo 342 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la víctima también puede acudir directamente ante el juez competente, ya sea el de control de garantías o el de conocimiento, según corresponda, a solicitar la medida respectiva.

Lo anterior no significa que el juez competente, al recibir de manera directa la solicitud de la víctima en el sentido de que se imponga una medida de aseguramiento o una medida de protección específica, deba proceder a dictarla sin seguir el procedimiento señalado en las normas aplicables. Así, por ejemplo, en el caso de las medidas de aseguramiento debe previamente escuchar al fiscal, a la defensa y al Ministerio Público, como lo exige el propio artículo 306 acusado.” (Sentencia C-209 de 2007)

Siguiendo esta línea de pensamiento expuesta por la corte se reforma el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal mediante la Ley 1453 de 2011 permite que la víctima o directamente su apoderado puedan solicitarla, lo último a pesar del verdadero papel del fiscal en dicho momento procesal, tal y como lo precisan Bernal y Montealegre (2013) “la etapa de investigación en sentido estricto, ya que en ese momento procesal es el fiscal quien asume el papel protagónico, y será quien podrá adoptar o solicitar todas aquellas medidas que considere necesarias para garantizar los derechos de las víctimas” (p. 218)

La Ley 1453 de 2011 que permite la solicitud de la medida de aseguramiento tiene como su antecedente las sentencia de la Corte Constitucional que venía insistiendo en la posibilidad de dicha solicitud, que no se entiende en la medida en que es una de las funciones del ente persecutor penal, que no de un interviniente, esto lo podrá hacer solo cuando la víctima ejerza la acción penal.

La Ley 906 de 2004 estableció la posibilidad de acuerdos que implican la terminación del proceso, dichos acuerdos buscan permitir la humanización del proceso penal, lograr los contenidos de justicia, activar la solución de los conflictos surgidos con la comisión del delito; propiciar la reparación integral de perjuicios. El legislador previó que en desarrollo de dichos acuerdos se indemnice a las víctimas. Si se trata de víctimas de delitos de contenido patrimonial el acuerdo no puede llevarse a cabo sino se reintegran los valores apropiados.

Dentro de la etapa del juicio se suceden cuatro audiencias que son la audiencia de acusación, la audiencia preparatoria, la de juicio oral y la de lectura de fallo. En la primera audiencia de esta etapa busca el saneamiento del proceso, la acusación del procesado, el

descubrimiento probatorio y el reconocimiento de la víctima. En esta Audiencia en su primer momento de acuerdo con el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, solo pueden intervenir para solicitar nulidades, recusaciones, impugnación de competencia u observaciones al escrito solo se concede la palabra a La fiscalía ministerio público y defensa.

En desarrollo del otro momento que es el descubrimiento este se sucede solo entre las partes es decir Fiscalía y defensa, las previsiones normativas excluyen la posibilidad de intervención sobre descubrimiento probatorio. Su participación en la audiencia está dirigida a su reconocimiento como víctima y su representante legal, que de no tenerlo se debe designar uno de oficio que atienda dicha defensa de intereses.

En el curso de la Audiencia Preparatoria las partes acuerdan, postulan y debaten sobre las pruebas que se van a construir en la audiencia de juicio oral, y el legislador desde el artículo 355 de la Ley 906 de 2004 informa que para la validez de la misma solo es menester la presencia del juez, el fiscal y defensor, en consecuencia comienza la restricción de la participación de la víctima en dicha audiencia, igual el artículo 356 habla que las partes, y de todos los numerales se permite advertir que las partes son Fiscalía y Defensa, en igual línea el artículo 357 que informa que “durante la audiencia el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión” y de manera excepcional le permite al interviniente especial el Ministerio Público solicitar pruebas, que sean esenciales y que las partes no las solicitaran.

Igualmente, solo es posible realizar estipulaciones probatorias solo entre las partes, así lo establece el artículo 356 – 4 cuando informa “las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias” (Ley 906, 2004). La sistemática del Código de Procedimiento Penal implica que siempre que habla de partes, se refiere única y exclusivamente al ente persecutor de la acción penal y a la defensa.

Para la Audiencia de Juicio oral las partes obligatorias son el Fiscal, el defensor y el procesado si se encuentra privado de la libertad, recordar que en esta audiencia que tiene varios momentos preclusivos que en su orden son: la alegación inicial, la presentación de la

teoría del caso, la fase probatoria, las alegaciones de conclusión y el anuncio del sentido del fallo.

De conformidad con los artículos 371 alegación inicial, 391,392 y 393 de la Ley 906 de 2004 que implican que solo las partes las pueden interrogar y contrainterrogar en desarrollo de la declaración de los testigos mediante la técnica del interrogatorio cruzado; la construcción de la audiencia de juicio permite establecer que la víctima no participa de la teoría del caso ni de la fase probatoria solo de conformidad con tal artículo 443 inciso segundo, participa en los alegatos de conclusión mediante el apoderado de víctimas, sin derecho a réplica.

Luego del anuncio de la lectura del fallo si el mismo es condenatorio, se da un traslado a las partes para que se expresen sobre subrogados penales y dosificación punitiva y está claro que se trata de las partes es decir fiscalía y defensa.

En el incidente de reparación integral, que es un estadio posterior a finiquitar el proceso penal y deducir de manera definitiva la responsabilidad penal, pues el presupuesto para tramitarlo es la sentencia condenatoria en firme.

El incidente puede ser solicitado a expensas del Apoderado representante de la víctima; Ministerio Publico y el fiscal. Desde luego en este momento la intervención es en igualdad de condiciones que la defensa.

3.4.Desde la Jurisprudencia

La Corte Constitucional y la Corte Suprema en su sala de casación penal, desde sus providencias han permitido que la víctima tenga una mayor participación dentro del proceso penal, miremos los alcances otorgados a la participación de la víctima en desarrollo del proceso penal:

3.4.1. Corte Constitucional

3.4.1.1.De la indagación – Archivo de las diligencias penales –

En desarrollo de la fase de indagación la Corte Constitucional, dictamina que cuando el Fiscal resuelva archivar por atipicidad objetiva, dicha decisión debe ser notificada a la víctima para que esta pueda disentir de ella hasta llegar a acudir al Juez con función de control de garantías, para hacer el control sobre dicha decisión.

“La decisión de archivo puede tener incidencia sobre los derechos de las víctimas. En efecto, a ellas les interesa que se adelante una investigación previa para que se esclarezca la verdad y se evite la impunidad. “Por lo tanto, como la decisión de archivo de una diligencia afecta de manera directa a las víctimas, dicha decisión debe ser motivada para que éstas puedan expresar su inconformidad a partir de fundamentos objetivos y para que las víctimas puedan conocer dicha decisión. 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, para el ejercicio de sus derechos. Igualmente, se debe resaltar que las víctimas tienen la posibilidad de solicitar la reanudación de la investigación y de aportar nuevos elementos probatorios para reabrir la investigación. Ante dicha solicitud es posible que exista una controversia entre la posición de la Fiscalía y la de las víctimas, y que la solicitud sea denegada. En este evento, dado que se comprometen los derechos de las víctimas, cabe la intervención del juez de garantías”. (Corte Constitucional, C-1154, 2005)

Significa lo anterior que es obligación de la Fiscalía comunicar a las víctimas la orden de archivo de la actuación que pueda producirse como decisión que le pone fin a la indagación.

Y a su vez la víctima *podrá intervenir en la en la celebración de acuerdos y preacuerdo entre la Fiscalía y el imputado o acusado* insistir en la reanudación de la indagación, lo que implicaría la revocatoria de la orden de archivo, siempre y cuando satisfaga los presupuestos exigidos en el inciso segundo del art. 79 para efectos de la reanudación, o sea, la aportación o el surgimiento de nuevos elementos probatorios desconocidos para el momento en que se ordenó el archivo. También, puede acudir al Juez

de control de garantías en caso de existir controversia entre su posición de reanudación y la posición de la Fiscalía, lo cual no significa un control de legalidad del Juez de garantías a la decisión de archivo de las diligencias.

3.4.1.2. Sobre preacuerdos y negociaciones.

En materia de acuerdos la Corte Constitucional decide que la víctima debe tener una mayor participación en desarrollo de estos acuerdos celebrados entre las partes para terminar anticipadamente el proceso. Y declara la exequibilidad condicionada de los artículos 348, 350, 351 y 352 de la Ley 906 de 2004:

“en el entendido que la víctima también, para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal y el juez encargado de aprobar el acuerdo”. (Corte Constitucional, C – 516, 2007)

3.4.1.3. De la prueba anticipada.

En la fase de investigación la Corte Constitucional ordena que se entienda que muy a pesar de que el artículo 284 – 2 no contempla la posibilidad que la víctima pueda solicitar prueba anticipada, esta pueda hacer solicitud de prueba anticipada y dice:

“(i) La norma excluye a la víctima de los actores procesales que pueden solicitar la práctica de pruebas anticipadas para lograr el esclarecimiento de los hechos, de las circunstancias de su ocurrencia, la determinación de los responsables, de la magnitud de los daños sufridos y el esclarecimiento de la verdad; (ii) no se observa una razón objetiva que justifique la exclusión de la víctima de esta facultad, como quiera que su participación en esta etapa previa al juicio no conlleva una modificación de los rasgos estructurales del sistema penal introducido por el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, no altera la igualdad de armas, ni modifica la calidad de la víctima como interviniente especialmente protegido; (iii) esta omisión genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal en las etapas previas al juicio; y (iv) entraña un incumplimiento, por parte del legislador, del deber de configurar una verdadera intervención de la

víctima en el proceso penal que le impide asegurar el derecho a la verdad y del derecho de las víctimas consagrado en el literal d) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004. Por lo anterior, esta omisión resulta inconstitucional. En consecuencia, a la luz del cargo analizado, deberá condicionarse la constitucionalidad del numeral 2 del artículo 284 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la víctima también puede solicitar la práctica de pruebas anticipadas ante el juez de control de garantías”. (Corte Constitucional, C – 209, 2007)

En consecuencia, la corte constitucional ordena que se entienda que la víctima intervenga en la investigación solicitando pruebas anticipadas, es decir que pueda acudir a la asegurar elementos de conocimiento, mediante el mecanismo procesal de la solicitud de prueba anticipada.

3.4.1.4. De la formulación de la acusación.

El estadio procesal diferenciado como fase del juicio cuenta con cinco audiencias basilares, la audiencia de acusación; la Audiencia Preparatoria; la Audiencia de Juicio Oral; y la Audiencia de Lectura de Fallo. En Desarrollo de la audiencia de acusación, el legislador solo previó que se reconociera formalmente a la víctima, sin más intervención dentro del curso procesal de la audiencia, pero la Corte Constitucional también considera que:

“Tanto la limitación que hace el artículo 337, de restringir la finalidad de la entrega del escrito de acusación “con fines únicos de información”, como la omisión de incluir a la víctima (o a su apoderado) en la audiencia de formulación de acusación para que haga observaciones, solicite su aclaración o corrección o para que se manifieste sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades, significa un incumplimiento de los deberes constitucionales que tiene el legislador en la protección de los derechos de la víctima. Por lo expuesto, la Corte declarará la inexequibilidad de la expresión “con fines únicos de información” contenida en el inciso final del artículo 337 de la Ley 906 de 2004. Igualmente, declarará la exequibilidad del artículo 339 en el entendido de que la víctima también puede intervenir en la audiencia de

formulación de acusación para elevar observaciones al escrito de acusación o manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades.” (Corte Constitucional, C – 209, 2007)

Es decir, insiste en que para suplir la deficiencia legislativa en la protección de los derechos que a las víctimas les reconoce nuestro ordenamiento constitucional y legal, debe darse el traslado correspondiente al momento de saneamiento del proceso, para que pueda ejercer materialmente la posibilidad de solicitar nulidades, o impugnar competencia, o recusar al Juez y finalmente hacer observaciones al escrito de acusación.

3.4.1.5. De la audiencia preparatoria.

De conformidad con la arquitectura legislativa de la Ley 906 de 2004, se previó que en medio de la audiencia preparatoria las partes realizaran observaciones al descubrimiento probatorio, enunciaran y solicitaran los elementos de conocimiento con los que se pretende demostrar la teoría del caso. Significa ello que dejó por fuera de esa posibilidad a interviniente especial víctima. Pero la Corte Constitucional dijo:

“(ii) no se observa una razón objetiva que justifique la exclusión de la víctima de esta facultad, como quiera que su participación en esta etapa previa al juicio oral, sólo tiene como finalidad el descubrimiento de elementos probatorios, pero no su contradicción o su práctica, por lo cual no conlleva una modificación de los rasgos estructurales del sistema penal, no altera la igualdad de armas, ni modifica la calidad de la víctima como interviniente especialmente protegido; En consecuencia, a la luz del cargo analizado, se declarará la exequibilidad del artículo 356 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la víctima también puede hacer observaciones sobre el descubrimiento de elementos probatorios y de la totalidad de las pruebas que se harán valer en la audiencia del juicio oral. (Corte Constitucional, C-209, 2007)

Es decir, a pesar de catalogar a la víctima como un “*interviniente especialmente protegido*”, le da la misma posibilidad de las partes, y permite que pueda intervenir completo en

desarrollo del propósito esencial de esta audiencia preparatoria, para que pueda hacer observaciones sobre el descubrimiento y sobre las solicitudes probatorias de las partes.

3.4.1.6. De la solicitud de pruebas.

La Corte Constitucional dio vía libre para que la víctima pueda solicitar pruebas en la audiencia preparatoria, cuando declara la exequibilidad condicionada del artículo 357 de la Ley 906 de 2004, considerando que:

“La efectividad del derecho a acceder a la justicia, en el que se inscriben los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas, se encuentra en una relación directa con el derecho a probar. El derecho a conocer la verdad sobre los hechos que entrañan el agravio a la víctima, está inescindiblemente vinculado con la posibilidad de probar; el derecho a la justicia resulta inconcebible al margen de una posibilidad real de incidir probatoriamente en el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades; y el derecho a la reparación, cuando se ejerce en el proceso penal, se consolida a partir de la determinación de la responsabilidad por el hecho punible.”

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

Es decir, permitió con el instrumento de la exequibilidad condicionada que la víctima pueda solicitar pruebas en la audiencia preparatoria, muy a pesar de que no pueda introducirla en el juicio o protegerla, pues en la fase probatoria del juicio la víctima solo participa de la etapa de las alegaciones de conclusión.

3.4.1.7. De la audiencia de juicio oral.

En desarrollo de la audiencia de Juicio oral la víctima interviene mediante su abogado representante de manera directa solo en las alegaciones de conclusión en todo lo demás debe participar mediando la Fiscalía, en ello la Corte Constitucional no vario al considerar lo siguiente:

“(i) excluyen a la víctima de los actores procesales que pueden controvertir los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física presentados en la etapa del juicio oral, así como interrogar al testigo y oponerse a las preguntas que se planteen en el juicio oral; (ii) sin embargo, dado que la posibilidad de ejercer estas facultades ocurre en la etapa del juicio oral, sí existe una razón objetiva que justifica la limitación de los derechos de la víctima, como quiera que su participación directa en el juicio oral implica una modificación de los rasgos estructurales del sistema penal acusatorio que comporta una alteración sustancial de la igualdad de armas y convierte a la víctima en un segundo acusador o contradictor en desmedro de la dimensión adversarial de dicho proceso; (iii) por ello, esta omisión no genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal, sino que busca evitar que la defensa quede en una situación de desventaja en el juicio oral dados sus rasgos esenciales definidos por el propio constituyente; y (iv) tampoco supone un incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal, como quiera que la posibilidad de que la víctima (o su apoderado) intervenga para controvertir los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física presentados en la etapa del juicio oral, así como interrogar al testigo y oponerse a las preguntas que se planteen en el juicio oral, se ejercerá a través del fiscal con base en la actividad propia y en la de las víctimas en las etapas previas del proceso, según los derechos que le han sido reconocidos en esta sentencia y en la ley. En efecto, a lo largo del proceso penal, en las etapas previas, la víctima ha podido participar como interviniente especial en la

construcción del caso para defender sus derechos, de tal forma que en el juicio mismo éstos se proyectarán mediante la actividad fiscal” (Corte Constitucional, C-209, 2007)

Lo anterior significa que la participación de la víctima en la Audiencia Pública está limitada a la consideración de la calidad que asignó el legislador como interviniente especial para guardar armonía con el equilibrio de partes en un sistema adversarial.

3.4.1.8. Del traslado para intervenir sobre condiciones de dosificación punitiva y solicitud de subrogado penal previsto en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

Una vez finalizadas las alegaciones de conclusión, viene el anuncio del sentido del fallo, si el mismo resulta ser condenatorio según la directriz del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, el Juez da el uso de la palabra a fiscalía y defensa para que intervengan sobre las condiciones subjetivas del acusado con relevancia para efectos de punibilidad y subrogados penales.

La Corte Constitucional cuando reviso la Constitucionalidad del artículo venido de comentar, considero que el mismo era exequible pero condicionado a la siguiente interpretación:

“El artículo 250.7 de la CP establece que corresponde al Legislador fijar los términos de intervención de las víctimas dentro del proceso penal, razón por la cual la omisión aludida entraña el incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una verdadera “intervención” de la víctima en el proceso penal, particularmente en la etapa de individualización de la pena y sentencia, en los términos que se lo impone el artículo 250.7 de la Carta, en concordancia con los artículos 29, 229 de la misma. Por las consideraciones expuestas la Corte declarará la constitucionalidad condicionada del artículo 100 de la Ley 1395 de 2010, bajo el entendido de que el juez concederá brevemente y por una sola vez la

palabra a la víctima o su representante para que se refiera a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del acusado, y si lo considera conveniente, a la probable determinación de la pena aplicable y la concesión de algún subrogado, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía.” (Corte Constitucional, C-250, 2011)

4. Equilibrio del sistema (alcances de la participación de la víctima)

El proceso penal propuesto en la Ley 906 de 2004, el legislador partiendo de las previsiones constitucionales sobre garantías y lineamientos de estructura y en su autonomía de configuración, diseñó un sistema adversarial, en el que diferenció entre partes e intervinientes, entendiendo por partes a la Fiscalía y la defensa, es así como las partes están en igualdad de condiciones, tiene igualdad de armas, igualdad de participación en el proceso.

Teniendo en cuenta que los intervinientes son otros partícipes del proceso, pero que no se encuentran en un plano de igualdad. Es de advertir que con posterioridad al diseño del sistema de enjuiciamiento criminal plasmado en la Ley 906 de 2004, se reformó la Constitución mediante el Acto Legislativo 06 de 2011 y allí se previó la posibilidad de que la víctima ejerza la acción penal en casos que diseñara el legislador, atendiendo a la naturaleza del bien jurídico protegido por el tipo penal, es decir, permite que pueda ser parte dentro del proceso desplazando a la Fiscalía y ejerciendo la acción penal.

En un sistema de enjuiciamiento criminal fundamentado sobre la base de la presunción de inocencia, y en medio de un sistema adversarial en donde el equilibrio se centra en la igualdad de las partes. La configuración legislativa debe permitir esa igualdad entre el ente persecutor penal y quien se defiende, pero también debe tensarse con la idea de la participación de la víctima en pos de que ella pueda lograr los contenidos de justicia, verdad y reparación.

Es claro, que con esas premisas en mente el arquitecto de la Ley 906 de 2004, sigue esa línea que es la propuesta en la Constitución, y logra el cometido cuando desarrolla la protección especial de la víctima de dos maneras: de un lado permitiendo el acceso a la indagación y al proceso como interviniente especial y del otro le asigna a la Fiscalía dentro de sus funciones el deber de permitir información, brindar protección, asistencia y lograr contenidos de reparación.

Entonces el correcto entendimiento de la participación de la víctima se realiza es mediante la Fiscalía general de la Nación, baste recordar normas contenidas en los artículos 92, 99, 101, 102, 114 numerales 6 – 8 – 12 , 133, 134, 135,136, 137, 308-2, 311, 324-1, 326-g-h-i, 328, 342, del Código de Procedimiento Penal (Ley 906, 2004) en las cuales se establece que el Fiscal puede solicitar medidas cautelares en favor de las víctimas; puede ordenar la restitución inmediata de los objetos del delito recuperados, autorizar el disfrute provisional de bienes, reconocer ayudas económicas del fondo de compensación de víctimas; el Fiscal puede solicitar la cancelación de registros fraudulentos; puede el Fiscal iniciar y tramitar el incidente de reparación integral.

El Fiscal en desarrollo de las funciones Constitucionales tiene la atribución de velar por la protección de las víctimas y solicitar al Juez las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, el restablecimiento del derecho y la reparación integral; igualmente el Fiscal debe adoptar medidas de protección y atención a las víctimas; y debe solicitar al Juez las medidas necesarias tendientes a dar atención y protección a la víctima.

La Fiscalía debe poner en conocimiento a la víctima todos los derechos que reconoce la ley en atención a su condición; el Fiscal debe suministrarle toda la información relacionada con atención, apoyo y asistencia; las víctimas pueden intervenir durante todas las fases del proceso en pos de garantía de sus derechos a verdad garantía y reparación mediante el Fiscal del caso; si el imputado resulta un peligro para la víctima puede solicitar al Juez de garantías que le imponga una medida de aseguramiento de detención preventiva, tendiente a conjurar ese peligro para la víctima.

En los casos de aplicación del mecanismo de oportunidad referida a la causal primera procede solo si existe reparación integral a la víctima; las obligaciones que debe hacer cumplir el Fiscal en el periodo de prueba en desarrollo de la aplicación del mecanismo de oportunidad él debe determinar que el imputado cumpla con la reparación integral y realice actividades tendientes a la recuperación de las víctimas y la colaboración activa y efectiva en la recuperación de la víctima; en la fase de juicio el Fiscal puede solicitar al Juez medidas tendientes a la protección de la víctima.

Es decir, frente al trato de la víctima en desarrollo del proceso penal, especialmente de su participación en las diferentes etapas de la actuación con miras al logro de las garantías reconocidas a dicha condición, está claro que es deber de la Fiscalía General de la Nación, es la encargada de asegurar su correcta participación en el proceso, cuando la víctima es interviniente en el proceso.

Como es claro en el tema de los acuerdos, en estos la participación y protección de sus garantías los detenta el Fiscal, pero la Corte Constitucional “excedió, aunque con un sentido reforzante de protección, el trazo legislativo. El estatuto le permite a la víctima intervenir específicamente con una representación togada a partir de la audiencia preparatoria. Antes esa representación esta en cabeza del Fiscal” (Gómez y Castro, 2010, p.103)

Queda claro que la participación de la víctima de manera directa y mediando la Fiscalía, es más que suficiente para que sean efectivos los derechos que se le reconocen.

Ofrecer más participación cuando la víctima actúa como interviniente genera un desequilibrio del sistema pues se convertiría en otra parte, lo que significa una desventaja pues se entendería Fiscalía y víctima en contra del procesado.

Tal y como fue desarrollado en cada uno de los acápites anteriores, el sistema adversarial propio de la justicia penal colombiana, se cimentó en un litigio compuesto por dos partes, las cuales entre si y guardando las proporciones en relación a su naturaleza, se hallan en igualdad de armas, de oportunidades y de derechos, siendo así que en las

postrimerías del proceso tanto Fiscalía como Defensa propugna encausar el convencimiento de un tercero imparcial y neutral, como es el juez, hacia la teoría por cada uno de ellos propuesta.

También es cierto, sin perjuicio de lo anterior, que la valía tan elevada de lo que es tratado dentro de dicha actividad de enjuiciamiento que se permite que intervengan especialmente unos terceros que guardan un interés particularísimo sobre el resultado del litigio, siendo las víctimas y el ministerio público, sujetos de derechos procesales de especial protección constitucional y legal, pero que bajo un examen minucioso de su participación en el proceso no son propiamente partes.

La actuación del ministerio público brinda de garantías a quienes concurren al proceso, además sirve los intereses de la sociedad en lo que respecta a lo público; las víctimas como principales afectados de la ejecución de la conducta punible buscan principalmente hallar la verdad de lo que les ocurrió y obtener justicia por la situación en las que se vieron vulneradas, por ello se les ha otorgado progresivamente durante los últimos años mayores herramientas para intervenir en las diferentes etapas de las que consta un proceso penal, acciones todas ellas que si bien buscan la realización de sus derechos, desdibujan su naturaleza de tercero en infinidad de ocasiones.

Pues, aunque el fin último del proceso penal es garantizar la justicia, a través de un espacio civilizado en consecuencia del respeto que dé él se espera frente a los derechos fundamentales del acusado, se restringe a ello, a conseguir que quien fuere responsable de la ejecución de una conducta punible reciba su justa condena por ello, el pronunciamiento del juzgador se referirá exclusivamente a la responsabilidad penal de contra quien se dirige la acción penal y sobre la pena que se le imponga en caso de ser hallado responsable, es entonces un escenario de contienda en que alguien acusa y otro se defiende, no obstante el sistema excesivamente garantista de la víctima antes de dirigirla a coadyuvar a la fiscalía le transforma en otro acusador, uno privado, uno sobre quien no se emitirá reproche alguno, pero que si podrá amenazante señalar a quien se encuentre en el estrado bajo juicio de todo el poder público.

No se trata de asumir que si en una contienda dos arremeten contra uno el último se vea necesariamente vencido, es la limitación que existe para una defensa contrarrestar a una parte que no opera bajo las mismas reglas de juego que las demás partes, así, por ejemplo:

1. Puede solicitar *mutou proprio* un elemento con vocación de prueba para que sea valorado en el juicio sin antes haber sido descubierto a la defensa, ello porque su capacidad de solicitud probatoria no se restringe a la fiscalía, lo cual más allá de ser lo justo para el acusado seria el desarrollo adecuado de la constitución, pues es función de dicha institución garantizar los derechos de las víctimas en curso de un proceso judicial, como se demostró en los acápites anteriores.
2. La víctima puede solicitar una medida de aseguramiento, pero esa función es propia de un ente acusador, es decir de la parte que acusa, esa posibilidad permite entender una mutación de interviniente a víctima, pues las medidas de aseguramiento nada tienen que ver con valoraciones de justicia, es una excepción al principio de libertad, para efectos de asegurar los fines del proceso, pero perse no apunta a lograr contenidos de justicia.

Dentro de los fines que la constitución asigno al mecanismo procesal penal denominado medida de aseguramiento, están la protección del proceso investigativo y el recaudo de los elementos de conocimiento; así como la posibilidad de que la persona evada el cumplimiento a los dictados de la justicia, y finalmente que en efecto la persona sea un peligro para la comunidad en general y para la víctima en particular.

Como se entiende estos eventos solo atañen al fuero del ente acusador, pero desde luego a decisión del juez con función de control de garantías, salvo el caso de que la persona sea un real y verdadero peligro para la víctima.

De todos modos, aunque se trate de este último caso, es obligación establecida en la constitución para la Fiscalía de velar por los derechos de las víctimas.

No es correcto permitir que este tipo de solicitudes las pueda hacer la víctima, solo porque se considere en la eventualidad de que un Fiscal sea negligente o actué con incuria frente a su cargo y desatienda las obligaciones propias de su cargo.

Por ello al entregar esa posibilidad que deviene lógica para el caso de la Fiscalía por su papel de parte acusadora en el proceso, no sucede lo mismo con la representación de víctimas. En el caso en que la víctima actué como parte de conformidad con el Acto Legislativo 006 de 2011, si tiene las mismas garantías y oportunidades jurídicas del procesado, pero releva a la Fiscalía General de la Nación.

Adviértase que en este caso nos permite demostrar mejor el punto, pues cuando ejerce la acción penal, es decir actúa como parte la Fiscalía es sacada de la ecuación para garantizar el equilibrio que debe tener el sistema acusatorio para no lesionar los derechos del procesado.

3. No se pueden predicar razones de igualdad para permitir mayores posibilidades de intervención procesal de la víctima, en la medida en dicha predica debe ser relativo a los pares que en este caso no lo son, pues solo son parte la Fiscalía y el que soporta el proceso penal que es el sujeto pasivo de la acción penal.

El interviniente especial que es la víctima no puede tener las mismas posibilidades jurídicas en desarrollo de la actuación por que como se dijo es un interviniente que goza de posibilidades directas de participación, pero el grueso de su actividad y consecución de sus reconocidos derechos a conocer a ser asistido a participar a lograr la verdad, la justicia y reparación, pero es deber es una obligación Constitucional de la Fiscalía General de la Nación.

Darle más posibilidades jurídicas de participación para dar condiciones de igualdad no es correcto pues que uno es parte y el otro es interviniente especial que debe estar arropado por la parte que ejerce la persecución penal.

4. Es importante resaltar que en la posibilidad que tiene la víctima de ejercer la acción penal (Acto Legislativo 06 de 2011), su condición es la de parte y sustituirá totalmente a la Fiscalía porque como se insiste no pueden existir dos acusadores. Es claro que cuando la víctima tenga el ejercicio de la acción estará en ese momento en igualdad de condiciones a las de la defensa.

5. Conclusiones

Luego de desandar el sistema acusatorio en desarrollo de este esfuerzo investigativo, realizando la revisión de los cambios constitucionales (Actos legislativos 03 de 2002 y 06 de 2011) que cimentaron las bases para entronizar en Colombia un sistema de enjuiciamiento criminal de corte acusatorio, que se desarrolló desde la estructura del esquema del proceso penal, establecida en la Ley 906 de 2004 y sus reformas posteriores, así como las modificaciones introducidas por la Corte Constitucional en sus sentencias de Constitucionalidad del cuerpo normativo de la ley procesal penal de trato, que en razón de la exequibilidad condicionada a un interpretación específica modifica de cierta manera el sistema procesal penal, originalmente establecido desde el plano de la víctima sus derechos, garantías y su participación en desarrollo del proceso penal se consideran las siguientes argumentaciones a modo de conclusión:

1. El acto legislativo 03 de 2002 estableció la estructura del sistema acusatorio como un sistema de partes, una parte la Fiscalía como ente persecutor de la acción penal y el otro la defensa en un plano de igualdad frente al Juez imparcial.

Le da un enfoque diferente a la víctima y diseña que el logro de esos derechos y garantías se concretara mediante las funciones del Fiscal.

Posteriormente el Acto Legislativo 06 de 2011 fija constitucionalmente la posibilidad de que el ejercicio de la acción penal no sea de ejercicio exclusivo y excluyente

de la Fiscalía General de la Nación, sino que la pueda ejercer el representante de la víctima en ciertos tipos de delitos atendiendo a él bien jurídico comprometido.

Se puede decir entonces que la víctima desde el punto de vista constitucional tiene dos condiciones de participación dentro del proceso Penal, la primera como interviniente especial con amparo especial de la Fiscalía en el logro de derechos y garantías; y la segunda en calidad de parte ejerciendo la acción penal, caso en el cual releva la Fiscalía en el tema del ejercicio de la acción penal y la posibilidad de efectuar la acusación, actuando en calidad de parte dentro del proceso.

Cuando la víctima tiene el ejercicio de la acción penal remplace a la Fiscalía, y se convierte en una verdadera parte entendiendo que ese es el equilibrio que debe tener un sistema de enjuiciamiento criminal.

Repárese en que esta reforma constitucional, que modifica la una de las funciones basales de la Fiscalía que es ejercer la acción penal en el sentido en que ya no es detentadora del monopolio de la acción penal, que la víctima en ocasiones mediante su apoderado judicial puede ejercerla, permite reafirmar la idea constitucional de un sistema de partes, es decir que cuando la víctima tome la opción de ejercer directamente el ejercicio de la acción en los casos que reglamente la ley atendiendo a la naturaleza de él bien jurídico, desplaza al Fiscal y permanece el equilibrio de partes.

Ahora de parte que ejerce la acción penal la encarna la Víctima de manera directa mediante su apoderado realiza acusación y solicita condena en juicio, desplazando a la Fiscalía, es decir solo existen las partes víctima ejerciendo la acción penal y el procesado mediante su defensa técnica.

2. Que son funciones constitucionales y legales de la Fiscalía General de la Nación prestar la asistencia, la información, la seguridad y la participación en las etapas procesales de la víctima; en desarrollo de esas funciones debe dotar a la víctima

de todas las posibilidades y solicitar al Juez de garantías o de conocimiento se tomen todas las decisiones tendientes a el logro de todo los derechos reconocidos en el plexo normativo contenidas en los artículos 92, 99, 101, 102, 114 numerales 6 – 8 – 12 , 133, 134, 135,136, 137, 308-2, 311, 324-1, 326-g-h-i, 328, 342, del Código de Procedimiento Penal (Ley 906, 2004) en las que se el Fiscal puede solicitar medidas cautelares en favor de las víctimas; puede ordenar la restitución inmediata de los objetos del delito recuperados, autorizar el disfrute provisional de bienes, reconocer ayudas económicas del fondo de compensación de víctimas.

También puede el Fiscal solicitar la cancelación de registros fraudulentos; puede el Fiscal iniciar y tramitar el incidente de reparación integral; así misma, en desarrollo de las funciones constitucionales tiene la atribución de velar por la protección de las víctimas y solicitar al Juez las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, el restablecimiento del derecho y la reparación integral.

Igualmente el Fiscal debe adoptar en lo de su competencia medidas de protección y atención a las víctimas; y en su momento solicitar al Juez las medidas necesarias tendientes a dar atención y protección a la víctima; la Fiscalía debe poner en conocimiento a la víctima todos los derechos que reconoce la ley en atención a su condición; el Fiscal debe suministrarle toda la información relacionada con atención, apoyo y asistencia; las víctimas pueden intervenir durante todas las fases del proceso en pos de garantía de sus derechos a verdad y reparación mediante el Fiscal del caso; si el imputado resulta un peligro para la víctima puede solicitar al Juez de garantías que le imponga una medida de aseguramiento de detención preventiva, tendiente a conjurar ese peligro para la víctima; en los casos de aplicación del mecanismo de oportunidad referida a la causal primera procede solo si existe reparación integral a la víctima.

De igual manera sucede con las obligaciones que debe hacer cumplir el Fiscal en el periodo de prueba en desarrollo de la aplicación del mecanismo de oportunidad él debe

determinar que el imputado cumpla con la reparación integral y realice actividades tendientes a la recuperación de las víctimas y la colaboración activa y efectiva en la recuperación de la víctima; en la fase de juicio el Fiscal puede solicitar al Juez medidas tendientes a la protección de la víctima.

En consecuencia, la víctima tiene toda la protección necesaria para garantía de sus derechos mediante la Fiscalía General de la nación.

Es decir, frente al trato de la víctima en desarrollo del proceso penal, especialmente de su participación en las diferentes etapas de la actuación con miras al logro de las garantías reconocidas a dicha condición, está claro que es deber de la Fiscalía General de la Nación. Es el encargado de asegurar su correcta participación en el proceso, cuando la víctima es interviniente en el proceso.

3. Que las posibilidades procesales de participación previstas en el original diseño del legislador de la Ley 906 de 2004, se encontraban en armonía con un sistema de partes equilibrado y que permiten la posibilidad de lograr hacer ciertos y reales los derechos reconocidos a las víctimas, desde luego entendiendo que la Fiscalía cumpla con sus deberes constitucionales y legales.
4. Dentro del abanico funcional del Agente del Ministerio Público como interviniente especial dentro del proceso penal se encuentra el de velar por el respeto de los derechos de las víctimas, interviene en las audiencias en donde se vaya a disponer de la acción penal para que no se afecten los derechos de las víctimas a la verdad justicia y reparación.

Este otro sujeto coadyuva entonces a que el conjunto de garantías a que tiene derecho la víctima sean realmente materializadas en desarrollo de la actuación procesal. Este interviniente también es garante del logro de las garantías de las víctimas en medio del

desarrollo de un proceso penal adelantado bajo las previsiones normativas de la Ley 906 de 2004.

6. Bibliografía

- Bernal, J. y Montealegre, E. (2013) El Proceso Penal -Estructura y garantías procesales. Tomo II, 6ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Carbonell, citado por Solorzano, C. R. (2013) Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral. 4º ed. Bogotá D.C: Ediciones Nueva Jurídica.
- Cerón, L. (2008) La Víctima en el Proceso Penal Colombiano – Un análisis constitucional de la Ley 906 de 2004 desde la perspectiva victimológica – Primera Edición. Santafé de Bogotá. D.C. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Congreso de la República de Colombia. (19 de diciembre de 2002) Por medio de la cual se reforma la Constitución Nacional [Acto Legislativo 03 de 2002]. DO: 45040
- Congreso de la República de Colombia. (31 de agosto de 2004) Por la Cual se expide el Código de Procedimiento Penal. [Ley 906 de 2004]. DO: 45658
- Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2010) Por el cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. [Ley 1395 de 2010]. DO: 47768

- Congreso de la República de Colombia. (24 de junio de 2011) Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad [Ley 1453 de 2011]. DO: 48110
- Congreso de la República de Colombia. (24 de noviembre de 2011) Por el cual se reforma el numeral 4 del artículo 235, el artículo 250 y el numeral 1 del artículo 2015 de la Constitución Política. [Acto Legislativo 06 de 2011]. DO: 48263
- Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.
- Corte Constitucional. (3 de abril de 2002) Sentencia C-228/02. [MP Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett] Tomado directamente del portal virtual de la Corte Constitucional. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-1154-05.htm>
- Corte Constitucional. (15 de noviembre de 2005) Sentencia C-1154/05. [MP Manuel José Cepeda Espinosa] Tomado directamente del portal virtual de la Corte Constitucional. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-1154-05.htm>
- Corte Constitucional. (11 de junio de 2006) Sentencia C-454/06. [MP Jaime Córdoba Triviño] Tomado directamente del portal virtual de la Corte Constitucional. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2006/C-454-06.htm>
- Corte Constitucional. (21 de marzo de 2007) Sentencia C-209/07. [MP Manuel José Cepeda Espinosa] Tomado directamente del portal virtual de la Corte Constitucional. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2007/C-209-07.htm>
- Corte Constitucional. (11 de julio de 2007) Sentencia C-516/07. [MP Jaime Córdoba Triviño] Tomado directamente del portal virtual de la Corte Constitucional. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2007/C-516-07.htm>
- Corte Constitucional. (6 de abril de 2011) Sentencia C-250/11. [MP Mauricio González Cuervo] Tomado directamente del portal virtual de la Corte Constitucional. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-250-11.htm>
- Corte Constitucional. (10 de Julio de 2013) Sentencia C-413/13. [MP Luis Ernesto Vargas Silva] Tomado directamente del portal virtual de la Corte Constitucional. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-250-11.htm>

- Fernández, W (2005) Procedimiento penal acusatorio y oral – Una reflexión teórica sobre la reforma constitucional de 19 de diciembre de 2002 y la Ley 906 de 2004, nuevo CPP – Volumen I. Bogotá. Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Gaviria, V. E. (2011) Víctimas, acción civil y sistema acusatorio. Bogotá. Externado de Colombia.
- Gaceta del Congreso 531 del 21 de noviembre de 2002. Tomado directamente del portal virtual del
- Gómez, G. y Castro, F. (2010) Preacuerdos y negociaciones en el Proceso Penal Acusatorio Colombiano. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Martinez, G. M. (1996). Procedimiento Penal Colombiano. Bogota: Temis.
- Osorio Isaza, L.C. (2003) Proyecto de Ley Estatutaria N° 001 de 2003. Por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Recuperado de: [ftp://ftp.camara.gov.co/proley/Legislatura%202003%20-%202004/PLE.001-2003C%20\(CODIGO%20PROCEDIMIENTO%20PENAL\).doc](ftp://ftp.camara.gov.co/proley/Legislatura%202003%20-%202004/PLE.001-2003C%20(CODIGO%20PROCEDIMIENTO%20PENAL).doc)
- Pedraza, M. A. (2015) La Preclusión de la Actuación Penal. Bogota D.C. Ediciones Nueva Juridica.
- Sampedro, J.A. (2010) Las víctimas y el sistema penal. Bogota D.C. Editorial Universidad Javeriana.
- Solorzano, C. R. (2013) Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral. 4° ed. Bogotá D.C: Ediciones Nueva Jurídica.
- Tamarit Summalla, J. M. (2006). Victimología, Justicia Penal y Justicia Reparadora. Bogota: Grupo Editorial Ibañez.
- Urbano Martinez, J. J. (2011). La nueva estructura probatoria del proceso penal. Bogota: Juridicas Andres Morales.