

Entre el Desprecio y el Garantismo,
las dos caras de la víctima en el
Proceso Penal en Colombia.

(Crítica socio-jurídica)

Liz Rodríguez Buitrago

**Entre el Desprecio y el Garantismo, las dos caras de la víctima en
el Proceso Penal en Colombia**

(Crítica socio-jurídica)

Director

Profesor. Doctor. Diego Eugenio Corredor Beltrán

Liz Rodríguez Buitrago

Candidata al Título de Magister en Derecho Penal

Universidad Santo Tomás

Bogotá 2014

TABLA DE CONTENIDO

Introducción (Metodología, Justificación y planteamiento del problema) 1

Primera parte

Entre Honneth y Ferrajoli. Teorías contrarias pero justificativas en el sistema penal colombiano

CAPÍTULO I 20

A. Sobre la teoría crítica en Axel Honneth y el fundamento para estudiarlo dentro de la ciencia penal 22

B. Elementos que construyen el desprecio entre Honneth y su paralelo en la intervención de la víctima en el proceso penal colombiano 27

C. La dinámica del desprecio en Honneth acoplada al sistema procesal penal colombiano 37

CAPÍTULO II 42

A. El garantismo constitucional a partir del derecho penal 42

B. Los derechos fundamentales dentro del derecho penal
Garantista 47

C. Lo metafísico del garantismo frente al desprecio de Honneth, teorías aisladas que se predicán en la misma sociedad 52

Segunda parte

Análisis a la institución jurídica de la víctima en el proceso penal colombiano

CAPÍTULO III	57
A. Influencia trasnacional y el manejo del concepto de víctima	59
B. Garantías que resalta la Corte Constitucional de especial Importancia para la víctima dentro del proceso penal	64
C. Fase técnica donde la víctima puede intervenir, desarrollo normativo	74
CAPÍTULO IV	79
A. Aplicación a un caso concreto	79
B. Preliminares previstos en la norma y resaltados por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional	80
C. Análisis de la intervención de la víctima en un procesopenal de ley 906 de 2004	83
D. Garantismo o desprecio en el sistema jurídico colombiano	89
CONCLUSIONES	93
BIBLIOGRAFÍA	97

INTRODUCCIÓN

La presente investigación busca abordar la categoría¹ de <<la víctima>>la cual se encuentra dentro de la legislación procesal penal colombiana y justificarla teniendo en cuenta su participación en el proceso penal a la luz de un enfoque crítico social, así mismo revisar los pronunciamientos de la Corte Constitucional frente a la intervención de la víctima y determinar si existe una postura uniforme frente a una concepción teórica que nos permita describir los diferentes matices que tiene la víctima en un caso concreto.

En otras palabras, lo pretendido en la presente investigación es respondernos el siguiente interrogante a saber: indagar si existe una garantía eficaz hacia las víctimas en relación con su intervención en el proceso penal colombiano que se cumpla durante todas las etapas. Para intentar lograr dicho cometido buscaremos descifrar los contenidos teóricos, y prácticos que se encierran dentro de la categoría *víctima* vistos desde la sistematicidad de una esfera jurídica cuya prioridad es la persona humana la cual sin importar que por cuestiones de azar tenga que hacer parte de un proceso penal como sujeto al cual se le han negado sus derechos subjetivos, pueda ésta contar con una serie de mecanismos que le permitan asistir a todas las etapas donde un ente acusador tendrá que determinar

¹ Preferimos emplear la noción de *categoría* toda vez que desde una premisa dogmática de la *textura abierta del derecho* en donde los contenidos dependerán de las significaciones que sobre el particular se encuentren o los cambios mismos de la sociedad, la jurisprudencia o las leyes, entendemos que podemos abrigar una serie de conceptos y acoplarlos a la categoría que pretendamos explicar.

si se configuraron los elementos que le ocasionaron un daño para después intentar –siempre y cuando sea posible- reconocerle nuevamente sus derechos.

El objetivo general se enmarcó en determinar si las contribuciones de la teoría del desprecio expuestas a partir de la teoría crítica de Axel Honneth llegan a ser ciertas o por lo menos se ajustan al modelo puesto como es el sistema procesal penal colombiano en lo que tiene que ver con la actuación de la víctima. Para ello, nos adentramos en el estudio de la teoría crítica de la tercera generación de la Escuela de Fráncfort, esto es, alejados de la influencia de Habermas en cuanto a la acción comunicativa para explicar los fenómenos, Axel Honneth propone en su teoría del desprecio varios enunciados que fueron tenidos en cuenta al momento de diseñar la metodología de la investigación los cuales serán explicados en dicho acápite, de manera breve y los cuales son pilares de toda la investigación.

Como objetivos específicos se trazaron, el justificar a partir de una postura teórica una forma que describa la forma de percibir la sociedad; determinar cuáles han sido las reglas especiales en cuanto a la protección de la víctima se refiere durante el proceso penal; establecer los momentos en que la víctima participa dentro del proceso penal y determinar si se cumplen ya en el plano empírico cada regla puesta en la ley 906 de 2004 en lo que atañe a la intervención de la víctima se refiere.

Para lograr a satisfacción los objetivos propuestos, se dividirá la investigación en dos fases, la primera consta de dos capítulos en donde desarrollaremos los estudios dogmáticos que brindarían el marco teórico de la referencia, de ahí que en el capítulo primero se desarrolle la explicación del *desprecio* a partir de la filosofía social sobre la cual Axel Honneth como representante de la tercera generación de la escuela de Fráncfort desarrolla a partir de las categorías propias de la Teoría Crítica. Una vez explicada y acoplada al ordenamiento procesal penal colombiano los postulados del filósofo y sociólogo alemán, nos adentramos en la parte *garantista* del derecho expuesta por Luigi Ferrajoli y su premisa de constitucionalizar el derecho penal. Finalmente, será después de abordar ambos autores y sus contrastes estructurados a partir de ejercicios de analogía en la práctica judicial, sacaremos unas conclusiones a nivel teórico que soportaran la construcción de la segunda parte de la investigación.

En la segunda fase, encontraremos los capítulos tres y cuatro donde en un primer momento, se describe la intervención de la víctima en el proceso penal a partir de la legislación y jurisprudencia de la Corte Constitucional, allí se evidencia la influencia del neo-constitucionalismo que traspasa las fronteras de lo penal y permea todo el estatuto del derecho procesal penal en lo que tiene que ver con la noción y desarrollo de víctima. También expondremos cómo la Corte Constitucional fijó parámetros para que sean efectivos en cada intervención del proceso penal estableciendo cargas a diferentes autoridades para la protección de

los derechos de las víctimas y así determinar el esquema procesal de la víctima dentro de todo el proceso penal.

En el último capítulo, expondremos una casuística tomando como referencia la lectura de una sentencia teniendo ya como herramientas tanto teóricas como normativas los enunciados de los primeros capítulos pero sin que estos influyan en los resultados encontrados, aquí se contrasta en la parte final, lo percibido con lo aplicado.

Finalmente, se revelaran las conclusiones que arroja la investigación en lo que tiene que ver con la lectura sistemática de lo encontrado no solo a nivel empírico sino el refuerzo que trae consigo el justificar posturas a partir de presupuestos teóricos los cuales ayudan a entender más el sistema del derecho penal y su entorno.

Ahora bien, como metodología propuesta que sirviera a la debida explicación de nuestros propósitos investigativos, se pretendió en un primer momento reconocer lo híbrida que puede resultar la situación por lo menos al poner en escena: Una teoría del desprecio fundada en la Crítica Social de Axel Honneth y sus intentos teóricos explicativos de cómo la constante lucha de reconocimiento se hace desde la esfera del derecho, la forma de ver el derecho por un lado. A su vez, las lecturas de unas pretensiones garantistas de un autor Italiano como Ferrajoli pero vistas

ambas desde el laboratorio social que tenemos por defecto como es Colombia y su sistema jurídico.

Y quizás el punto de aterrizaje de esa hibridez anteriormente describa que nos permite justificar cómo interactúa todo lo descrito, obedece en parte a que compartimos la explicación que realiza Honneth en donde el mejor escenario capaz de explicar un reconocimiento de garantías constitucionales pero que a su vez se fije en el drama de la persona que lucha por no ser ignorada puede a nuestro juicio revelar lo asombroso de las situaciones concretas que se pueden presentar cuando estudiamos dos posturas teóricas dentro de un sistema jurídico penal visto desde el padecimiento de la víctima. Pero todo lo dicho, desde la esfera del derecho. Así las cosas, será este nuestro punto de partida.

En otras palabras, al ver el derecho como un sistema coherente, completo, y con fórmulas de corrección interna, se han construido postulados que buscan precisamente lograr esa sistematicidad dentro del Derecho, permitiendo garantizar una confianza en que la forma de actuar de un sujeto se soporta en los postulados normativos y que por tanto se encuentra amparado por el sistema jurídico, pues si el Derecho no otorga soluciones a las situaciones concretas, “entonces se pone en duda su capacidad para ser un medio válido de protección” (Matías 2011) , y por consiguiente, pierde su sentido garante de derechos.

Es así, como el ordenamiento jurídico nace de elementos exógenos al Derecho, como la política, la economía, la moralprocedimental (igualdad y universalidad) o la cultura, donde éstos generan puntos orientadores para el desarrollo de lo jurídico como sistema, a partir de lo cual se pretende dar una armonía al ordenamiento y consecuentemente, una racionalidad que le otorgue características de previsibilidad.

En consecuencia ante tanta incapacidad a nivel del derecho en lo que tiene que ver con la premisa de la reducción de complejidad de la sociedad, y teniendo en cuenta que muchas veces como ya se dijo que la ciencia jurídica se queda corta como quiera que sus efectos no permeen toda la sociedad en su integridad, se hace necesario recurrir a otras técnicas o saberes que puedan ayudar a solucionar esos problemas si quiera de manera teórica con breves explicaciones en la práctica tal como se verá al final de la presente investigación.

Como se desprende de lo antes dicho, y ya aplicado a la investigación en concreto, a nivel metodológico, se pretende formular dos análisis; una lectura muy particular de la sociedad a partir de la teoría crítica de Axel Honneth quien actualmente es uno de los académicos más significativos de la tercera generación de la Escuela de Fráncfort y su explicación de una sociedad guiada por capas sociales superiores donde son unos pocos los que en últimas determinan qué es necesario para esa porción de la sociedad llamada marginada y los parámetros para definirla, más no para solucionarla, dando origen a una patología llamada

desprecio y, la otra lectura, que se enfoca dentro del instituto de la teoría del derecho a partir de una premisa garantista de Luigi Ferrajoli mediante la cual espera constitucionalizar el derecho penal y hacer que el Estado como entidad encargada de la protección de los derechos humanos, en su actuar, tenga en cuenta a la persona misma.

Planteados los dos tipos de análisis, se estudió a partir de Honneth la depuración de la teoría crítica en donde, más que una fórmula para concentrarnos en un aspecto dogmático específico, se toma como parte metodológica la cual se va seguir en la presente investigación esto es, “interpretar textos claves de la teoría crítica [y no solo dentro de esta] de tal forma que correspondan a la solución de un problema dado” (Honneth, 2011, pág. 14). En este último sentido se justifica tomar autores que puedan aportar al diseño de la investigación y que le sean útiles para justificar lo que se pretende demostrar.

Aquí se aprovecha para explicar a la comunidad académica que se implementaron unas ideas de Niklas Luhmann, que aunque no tiene nada que ver con la teoría crítica, se encontraron aportes significativos en lo que tiene que ver con la noción de sociedad, pero ésta vista, como un sistema complejo que se auto-referencia y de lo cual sirve para intentar sostener la explicación de por qué el sistema jurídico colombiano se encuentra inmerso dentro de ese sistema llamado sociedad, se aclara que se deja de lado el estudio de la autopoiesis y sus críticas, toda vez que

por un lado excedería el alcance de esta investigación y por otro, el enfoque es el individuo y no el conjunto sistémico.

Continuando, al interior de la teoría de Honneth se observa que éste se deja influenciar por los postulados de Michael Foucault en lo que tiene que ver específicamente de la existencia del “lenguaje como sistema de reglas que excluye, en cierto modo, a los sujetos, convirtiéndolos en causalmente afectados por cadenas de acontecimientos” (Honneth, 2011, pág. 16).

Por lo anterior, Honneth empieza a comprender que ya dentro del mismo lenguaje las personas se empiezan a sentir excluidas o arrastradas por fenómenos que ellos no pueden controlar, y que las clases con mayor incidencia en la toma de decisiones son las que en últimas determinan lo que es necesario para la colectividad.

De ahí que a partir de ese obstáculo Honneth entiende que el individuo como tal apunta durante su existencia en la búsqueda de un reconocimiento ante el constante desprecio que vive en su cotidianidad, no obstante dicho reconocimiento, entiende Honneth que debe ser proyectado por el Derecho como fuente de protección material de garantías constitucionales y que por lo mismo, de las cargas del lenguaje jurídico, se puede hablar que el sistema jurídico puede hacer eco en la sociedad para que el reconocimiento cubra el entorno social.

Así las cosas, el cometido de la investigación a partir de lo anterior resultó convincente cómo núcleo central de la temática a desarrollar y, fue tomada como referencia, haciendo posible contrastar dicho esquema teórico que da muestra de una sociedad que vive en el desprecio cuyo génesis es el individuo y bajo tales circunstancias, se contrastó con la teoría garantista del derecho penal de Luigi Ferrajoli el cual tiene una visión que apunta a un ideal metafísico que debe tener todo Estado Social de Derecho puntualmente en sus actuaciones que en materia penal se debe procurar una mayor garantía y protección de derechos.

Contemplado el enfoque crítico social y penal a nivel dogmático, en la investigación no se plasma una conexión entre uno y otro autor sino se contrastan en punto de la discusión entre garantismo y desprecio pero ya enfocados en una materia más específica como es la protección de la víctima en el derecho procesal penal colombiano, pero para poder determinar si es la sociedad la que en últimas refleja esas patologías del desprecio o es el sistema jurídico, se requiere agregar al individuo alejado de cualquier tipo de perturbación social el cual nos permite entrar en un estudio específico entre el garantismo ofrecido por el sistema procesal penal colombiano y la realidad encontrada a partir de un caso concreto y así poder entender la dinámica desde un punto de vista individualista-garantista del derecho procesal penal dentro de la sociedad.

Y así, finalmente visibilizar la etiqueta social puesta a esa persona la cuál entro siendo víctima dentro del proceso penal pero que dependiendo de factores como

el azar, los resultados variarán en torno a su reconocimiento de sus derechos subjetivos de manera total o parcial.

Como justificación y planteamiento del problema, y al tener un poco de consciencia histórica sobre el padecimiento social que han vivido por determinadas épocas determinados grupos o comunidades que, por sus creencias o tradiciones han visto resquebrajados todos sus derechos por más que la cultura occidental se encontrara en un punto de alto prestigio, *vg*, lo sucedido en la Alemania nazi nos permitió recordar ese antiguo debate sobre si un derecho es válido pero injusto. También sobre qué garantías puede tener el desprotegido cuando el monopolio de la fuerza la detenta el Estado el cual es juez y acusador.

Nos referimos aquí a las reflexiones hechas por Hannah Arent (2013) cuando expone sobre dicho momento oscuro el cual cerró los ojos del pueblo alemán y sus filosofías jurídicas y sociales para apuntar a escabrosos juicios sobre un pueblo judío. Personas que únicamente fueron consideradas como víctimas una vez el silencio que dejó la segunda guerra mundial reveló el sufrimiento de aquellos ignorados por el propio sistema jurídico. Quizá es éste y no otro el mayor punto de sensibilidad que nos permite poner en la esfera jurídico y social la importancia que debe dársele a la víctima no sólo después de contabilizada la tragedia como en verdad sucedió en Alemania sino desde aquel momento en que empieza a ser desconocido un sujeto por el propio Estado.

Entonces, el trato jurídico que el mismo derecho dejó en evidencia sobre la víctima develaba la necesidad de que organismos internacionales fueran creados para juzgar crímenes que atentaran contra la humanidad misma, incluso desde dichos entes internacionales y gracias a la cooperación y adhesión a un mejor mundo globalizado, el derecho poco a poco se ha venido homogenizando por lo menos en los países occidentales que reflejan una obediencia segmentada a fallos que trascienden las fronteras del derecho interno y permean las instituciones de derecho público.

Es por ello que dichas tendencias son percibidas cuando intentamos ver el sistema jurídico colombiano y su obediencia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su discurso de protección a los sujetos de derecho, tomando como base justificadora el Pacto de San José de Costa Rica. Es ahí donde se han venido creando categorías de víctima dentro de atípicas situaciones de desplazamiento forzado, de desaparición o liquidaciones extrajudiciales e incluso al individuo que tiene la calidad de victimario pero también de víctima dentro de un proceso penal.

Y así es como llegamos al interior del proceso penal colombiano, regido por el Acto Legislativo 03 de 2002, esto es, la Ley 906 de 2004, observamos que existen atribuciones a sujetos que no son una parte procesal, como es el caso de las víctimas que son llamadas “intervinientes especiales”. Pero lo principal de dicha reglamentación se encuentra en que se establecen los fundamentos de la

participación por parte de los intervinientes – que son distintos de las partes - en el proceso.

En este último sentido se encuentra que la víctima al interior del proceso penal es definida por el artículo 132 de la ley 906 de 2004, donde se describe que: “se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto”.

En realidad, no se trataba de una simple enunciación política que se materializaba en un código de procedimiento penal, aquí según el artículo 132, de la Ley 906 de 2004, “la condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con este”.

Sobre este punto, la Corte Constitucional en sentencia C 516 de 2007 MP. Jaime Córdova Triviño, hizo referencia a que el daño que recae sobre la víctima no es un daño cualificado, razón por la que declaró inexecutable la palabra “directo” toda vez que entregaba una cualidad al daño que había recibido y que sólo podía ser determinada en una etapa posterior del proceso, y por otra parte ese calificativo sale de los estándares internacionales.

Ahora bien, desde el inicio de la concepción del “*IusPuniendi*” en cabeza del Estado éste se ve lesionado por el delito, en cuanto “su poder, el orden que él dispensa, la ley que él estableció” (Foucault, 2011, pág. 79); consecuencia de esto se da la exclusión de la víctima en el proceso que, en palabras de Zaffaroni (2001) sucede lo que él llama “la expropiación de los conflictos (de los derechos de la víctima)” (p.80).

De tal suerte, pareciera que los cambios modernos en la legislación, por lo menos en el sistema procesal penal colombiano, esto es, la ley 906 de 2004, el procedimiento penal pretende encontrar en cada noticia criminal tres focos que la positividad penal exige, toda vez que el Estado debe procurar, (i) buscar la verdad de los hechos, (ii) castigar al infractor por trasgredir los bienes jurídicos tutelados y (iii) permitirle a la víctima su intervención en las etapas de investigación y juzgamiento estipuladas previamente para ello, como quiera que, por sólo enunciar los fundamentos jurídicos que existen para ello, encontramos:

A nivel de la Constitución Política de 1991, el artículo 1º prescribe la Cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho que, en palabras de Mir Puig (1994) “Se pretende, por esta vía, acoger una modalidad de Estado social —esto es, que tome partido efectivo en la vida social— al servicio de todos los ciudadanos” (p.33); que a su vez se refuerza en el artículo 2º básicamente en proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y a partir de estos enfoques constitucionales *prima*

facie, es donde se despliegan dentro de la misma Constitución, los artículos 250, numerales 1, 6 y 7, esto es, garantizar protección, asistencia y garantizar los derechos de las víctimas; el acceso a la justicia de que trata el artículo 229, la igualdad material pero específicamente ante los jueces el artículo 13; la efectividad de los derechos en el artículo 228.

A nivel de jurisprudencia constitucional los cual tiene fuerza vinculante y es fuente de derecho, según la Sentencia C-083 de 1995 MP Carlos Gaviria Díaz como también las sentencias unificadoras, entre ellas la Sentencia SU 1184 de 2001, MP Eduardo Montealegre Lynett cuando hace referencia específica a que:

Las víctimas de los hechos punibles tienen no sólo un interés patrimonial, a su vez buscan el reconocimiento de su derecho a saber la verdad y a que se haga justicia. Por su parte, el derecho a saber la verdad implica el derecho a que se determine la naturaleza, condiciones y modo en que ocurrieron los hechos y a que se determine los responsables de tales conductas. El derecho a que se haga justicia o derecho a la justicia implica la obligación del Estado a investigar lo sucedido, perseguir a los autores y, de hallarlos responsables, condenarles. De ahí que ostenten la calidad de sujetos procesales (Sentencia SU 1184 de 2001, MP Eduardo Montealegre Lynett)

De igual forma, se encuentra la formulación contenida en la sentencia C-209 de 2007 MP Manuel José Cepeda Espinoza mediante la cual se iguala a la víctima en

las mismas condiciones que el procesado en lo que al derecho de contradicción en cuanto a pruebas se refiere:

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 (C Constitucional, Sentencia C209 de 2007 MP. Manuel José Cepeda Espinoza)

A nivel de proposiciones normativas dentro del Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004 se encuentra: (i) la concepción de tratar a los intervinientes resaltando la dignidad humana, artículo 1; (ii) la protección de la víctima frente al delito, inclusive, restringiendo la libertad del imputado, artículo 2º (iii) los derechos de las víctimas, artículo 11; (iv) el principio del restablecimiento del derecho, artículo 22; las medidas cautelares sobre los bienes del procesado, en aras de garantizar la indemnización de las víctimas, Capítulo III, Título II; la definición de víctima en el artículo 132, (v) el procedimiento para llevar a cabo el incidente de reparación integral, Capítulo IV; la víctima como interviniente en el proceso penal, Capítulo IV del Título V.

Ahora bien, en relación con lo anterior, en la práctica se da la impresión que aunque pareciera existir un compendio constitucional, normativo y jurisprudencial completo y bien garantizado, al parecer todo lo que se prescribe es una exigencia

política para satisfacer el populismo penal, de ahí que como hipótesis sostendré que por lo menos en cuanto a la víctima se refiere, se prescriben procedimientos extensos pero muy precarios en cuanto a eficacia que se cumplan en su totalidad.

Sobre el particular, en el bosquejo histórico encontrado dentro de la sentencia C 260 de 2011 en donde la Corte Constitucional analizaba una Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 397 (parcial) de la Ley 906 de 2004, se encontró que el magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio, plasmó en la cita pie de página número 51 una traducción del artículo “TREATING CRIME VICTIMS FAIRLY: INTEGRATING VICTIMS INTO THE FEDERAL RULES OF CRIMINAL PROCEDURE”, donde hace una breve reseña histórica de cómo cada sistema jurídico en diversos Estados ha optado por crear mecanismos dentro del derecho penal para que el concepto de víctima y con ello su desarrollo sea garantizado al interior de dicho ordenamiento.

Ahora bien, no proponemos demorarnos en hacer un exhaustivo análisis de dicho artículo, tan sólo nos basta en primera medida tomar dicho fallo como punto de partida frente a nuestro tema de investigación y a la vez observar que, incluso dentro de los fallos de la Corte Constitucional, en la *ratio* que argumenta los fallos, se encontró que el magistrado antecede la influencia del sistema acusatorio norteamericano, es por ello que al encontrarlo viable y con mucho acierto, tradujo un apartado de cómo en los Estados Unidos se llegó a la protección de las víctimas a partir del “*Crime Victims' Rights Act*”, de los cuales se extrae lo siguiente:

“En 1996 se presentó una enmienda a la Constitución dirigida a proteger los derechos de la víctima, que reconocía, entre otros, los derechos de la víctima de delitos a ser tratada con justicia, respeto y dignidad; a ser informadas oportunamente y a estar en las diligencias donde el acusado tenga el derecho a estar presente; a ser escuchadas en toda diligencia relativa a la detención y liberación del acusado, a la negociación de la condena, a la sentencia y libertad condicional; a que se adopten medidas razonables de protección a su favor durante el juicio y posteriormente, cuando la liberación o fuga del condenado pueda poner en peligro su seguridad; a un juicio rápido y una resolución definitiva del caso sin dilaciones indebidas; a recibir una pronta e integral reparación del condenado; a que no se difunda información confidencial. Si bien esta enmienda no fue adoptada, en el año 2004, el Congreso de los Estados Unidos adoptó el Crime Victims' Rights Act, que recogió tales derechos (Butler, Russell P. What Practitioners and Judges Need to Know Regarding Crime Victims' Participatory Rights in Federal Sentencing Proceedings, 19 Federal Sentencing Reporter 21, Octubre de 2006)”

En este último sentido, en cuanto a la evolución de los derechos de las víctimas, el sistema procesal penal colombiano, de la ley 906 de 2004 en su artículo 11, establece que las víctimas tienen distintos derechos al interior del proceso, no siendo estos taxativamente estipulados sino simplemente enumerados tal como lo afirma la sentencia C 516 de 2007 . Así pues los derechos de las víctimas se

extienden a su participación en el proceso penal en calidad de interviniente tal como lo señala el artículo 250 de la Carta y lo ratifica la sentencia C-591 de 2005.

Una vez se reconocen los derechos de la víctima, se procede a establecer garantías de los mismos en las intervenciones en el proceso penal. Así pues, la Corte Constitucional ha establecido los momentos en que la víctima puede entrar en el proceso bajo una máxima: “la posibilidad de intervención directa es mayor en las etapas previas o posteriores al juicio, y menor en la etapa del juicio.”.

En palabras de la Corte Constitucional se dijo: “El artículo 250 no prevé que la participación de las víctimas esté limitada a alguna de las etapas del proceso penal, sino que establece que dicha intervención se dé en todo el proceso penal. Sin embargo, tal posibilidad ha de ser armónica con la estructura del proceso acusatorio, su lógica propia y la proyección de la misma en cada etapa del proceso”

En consecuencia, se establece que aquel proceso donde se olvide a la víctima - tal como se mal acostumbró en otrora a la justicia - vulnera derechos de esta a la verdad, a la justicia, a la reparación integral y consecuentemente al debido proceso; además es un procedimiento que si bien se enmarca dentro de los parámetros legales, no se enmarca en las garantías constitucionales, los derechos fundamentales y las obligaciones internacionales del Estado.

Bajo la anterior descripción se justifica plantear una investigación a partir de un análisis jurisprudencial tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, de cómo ha sido la intervención de la víctima en el proceso penal y así percibir las dificultades o avances frente a los derechos de las víctimas.

Primera Parte

-ENTRE HONNETH Y FERRAJOLI, TEORÍAS CONTRARIAS PERO JUSTIFICATIVAS EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO-

CAPÍTULO 1º

Tal como lo exponíamos en la introducción el pretender explicar un fenómeno o justificar la categoría de la *víctima* nos lleva al callejón sin salida de la hibridez teórica, práctica e incluso fáctica. Y quizá dentro del mismo caos existan elementos que ayuden a explicar o por lo menos comprender el porqué de las cosas, más cuando nos atrevemos a emplear las ideas o propuestas teóricas de un *crítico social* dentro de las esferas del derecho penal.

Y quizá es el elemento llamado *esfera*, el que nos llama la atención de Axel Honneth. Puede que guarde similitud con la noción de sistema en Niklas Luhmann o en la de campo jurídico de Pierre Bourdieu, pero en todos estos existe un elemento atómico en común y es que los tres sin llegar a resumir sus grandes apreciaciones teóricas pretenden explicar situaciones no desde supuestos universales sino con referentes manejables para no pasar por pretensioso como algunos lectores de Luhmann sostienen.

Y es así como llegamos al punto que nos ocupa y es intentar a partir de las lecturas que sobre Honneth se hizo, y apoyados en la posibilidad de incurrir en

malas interpretaciones teóricas a las que se puede llegar cuando se lee cualquier tipo de autor según lo expone Harold Bloom (2012) entendemos que en Honneth existe una forma particular de entender la evolución social y es por medio de la esfera del derecho.

Para Honneth, el sufrimiento social o mejor, las expresiones de deprecio se encuentran en las instancias jurídicas a las que las personas llegan cuando encuentran resumidas sus posibilidades de tener dominio sobre sus propios actos o porque bien otro sujeto o el mismo Estado se los está negando. Ello lleva a que de las tres esferas que para Honneth pueden existir, sea la del Derecho la que nos permita resolver dichas necesidades.

Atendiéndonos a lo anterior, y al observar que dentro del derecho penal, se reúnen muchas características expuestas, esto es, una necesidad de restablecimiento o reconocimiento de bienes jurídicos tutelados, la urgencia de que el Estado en ejercicio del *iuspuniendi* sancione las conductas atípicas y culpables, Honneth tiene asidero en el sistema penal colombiano porque la propia esfera del derecho le garantiza a la víctima unos derechos para acudir a instancias de investigación criminal o judicial. En otras palabras, tener la seguridad de intentar ser reconocido por las mismas instituciones por ser mandatos que el propio derecho expone para su organización interna.

A. Sobre la Teoría Crítica en Axel Honneth y el fundamento para estudiarlo dentro de la ciencia penal

De las diversas maneras que hay para iniciar una investigación tanto en la dogmática penal como en la procesal, hemos decidido implementar una forma metodológica novedosa en esta primera parte en donde nos detendremos a explicar algunas nociones teóricas de uno de los actuales miembros de la Escuela de Frankfurt de la tercera generación quien, alejado de la sombra de su maestro Jürgen Habermas, decidió como diría Harold Bloom (2009) superar aquella ansiedad de la influencia que marca las concepciones teóricas y proponer o atreverse a crear equívocos teóricos.

Se trata del profesor Axel Honneth, filósofo y sociólogo Alemán quien ha dedicado su tiempo en la academia y sobre todo en el *institut* para avanzar en los estudios de la filosofía social. Es de anotar que como noción preliminar, el autor implementó como metodología, la interpretación de “los textos claves de la Teoría Crítica de tal forma que [puedan corresponder] a la solución de un problema dado” (Honneth, 2011, p. 15), tal como de manera novedosa pretendemos hacer en la presente investigación.

Bajo la anterior propuesta del autor, nos detendremos en una forma específica de ver la sociedad, y será a partir de la *teoría crítica* como metodología a seguir, en donde queremos aproximarnos a describir qué sucede cuando un sujeto quien

habitúa dentro de la sociedad colombiana, accede al sistema penal bajo la calidad de víctima. Y a partir de ello, observar y definir las problemáticas que trataremos en una y otra parte de la investigación.

Entrando ya en el tema, y al aproximarnos a la explicación sobre qué es teoría crítica para Honneth, encontramos que dicho autor arranca con una lectura un poco pesimista al entender que aquella forma de emprender estudios decayó hace mucho tiempo (Honneth, 2011, pág. 127); y quizá hizo esa referencia porque la primera idea que surge al interior de la academia cuando de teoría crítica se refiere, es que se trata de pensamientos de izquierda donde se pretende atacar la estructura capitalista dentro de un sistema de libre mercado.

Pero así como no se pretende explicar la teoría crítica desde sus orígenes, sí podemos exponer cómo Honneth construye sus enunciados y a partir de allí, nos valdremos de éstos para exponer proposiciones en relación con la víctima dentro del proceso penal, comoquiera que vemos muy viable apuntar a los defectos del sistema jurídico, y en especial del procesal penal tomando como referencia a Honneth.

Estando dentro del margen de lo ya expuesto, iniciamos con la siguiente explicación: la *teoría crítica* trata de una metodología empleada para estudiar la sociedad y cuyo resultado debe generar una crítica con elementos identificables tanto de las normas que regulan el comportamiento, como la forma de superar

esos obstáculos. De ahí que afirmemos que “por <<Teoría Crítica de la sociedad>> debe entenderse aquí solamente aquel modo de pensamiento de la teoría social que comparte una cierta forma de crítica normativa” (Honneth, 2011, pág. 127).

Es evidente que la anterior noción, ya nos sirve de referencia para la presente investigación emprendida, toda vez que, encontramos en los estudios de teoría crítica de Axel Honneth ese referente necesario para explicar lo que en la hipótesis de la investigación planteamos, esto es, sospechar que el individuo, del cual se habla que tiene cobertura y garantía de sus derechos constitucionales por parte del Estado colombiano en todo nivel, al parecer en la práctica judicial, existe una diferencia marcada no revelada en lo que tiene que ver con la víctima y su intervención en durante todo el proceso.

Lo antedicho se afirma a nivel del sujeto porque tal como lo revela Honneth (2012) en su obra *Reificación*², “encontramos allí que existe al interior de las personas unos estados internos los cuales revelan datos interesantes en cuanto a la forma de concebir sus relaciones frente al Estado; esto es, porque al parecer los individuos se sienten ignorados y utilizados por los modos capitalistas de producción que a la postre en nada los representan y mucho menos que hablar frente a sus necesidades, además porque el individuo únicamente ve en las

² En esta obra encontramos que Honneth realiza una investigación un tanto histórica sobre la aparente evolución del concepto de “cosificación de las personas” o reificación como lo explica a partir de las teorías de Lukács, Heidegger y J. Dewey.

normas presupuestos que, pueden ser poco entendidos, tardíos y hasta confusos o alterados por sujetos de mayor conocimiento, y en últimas, *son los de ruana* los que pagan con su libertad o la pérdida de sus bienes tan preciados, entre ellos, la libertad o la vida.”

Así pues como era de esperarse, y paralelo a la teoría, por lo menos en Colombia puede que no estemos tan lejos de semejante apreciación toda vez que el inconformismo hacia las instituciones y sobre todo hacia las entidades que ejercen de cierta manera la autoridad –fiscalía, policía judicial, jueces, legislador- se percibe desprecio. De igual forma, independiente de cómo se quiera ver la sociedad, deben existir unas consecuencias que puedan ser traducidas a partir de lecturas de observación o insatisfacción cuando aplicamos a casos concretos análisis crítico como pretendemos hacer en la parte penal y más que todo en la procesal en cuanto a los derechos de la víctima se refiere.

Y es justo aquí cuando encontramos el apoyo de la teoría crítica, puesto que si de una forma novedosa que nos pueda ayudar a explicar fenómenos se refiere, con Honneth, la ciencia penal puede ser vista no solo desde la crítica normativa sino desde la premisa del sujeto, el cual tiene en su parte interna, expectativas de convivencia que se presumen sin obstáculos, incluso, el individuo por lo general parten de tener ya asegurados sus bienes jurídicamente tutelales bajo el entendido que “los sujetos se mueven bajo circunstancias naturales con la seguridad de su propia volición; sin ser desviados por ninguna orientación

performativa, (...) [viviendo] su vida con la tranquila certeza de querer solo aquello que sus necesidades naturales les aconsejan” (Honneth, 2011, p. 81)

Ahora bien, como se desprende de lo antedicho, observando al individuo, en éste encontramos que su planeación para vivir no se desprende de un contrato social sino de vivir sin perturbaciones; sin embargo siendo conscientes que la sociedad se muestra mucho más compleja de lo previsible, el mismo sujeto ve en el Derecho Penal aquella barrera edificada a partir de sus códigos contrarios o conformes a derecho, que protegen aquellos bienes tutelados de las personas y dentro de los cuales se refleja una serie de consecuencias para los que trasgredan esos bienes protegidos.

No obstante lo anterior, la ciencia penal avanza a la par de los procesos de constitucionalismo del derecho según leemos en Ferrajoli (2010), y bajo el abrigo de tratados internaciones de naciones más civilizadas o con más experiencia en cuanto a herramientas judiciales se refiere, y teniendo de presente que por más que el individuo pretenda vivir en tranquilidad y los códigos presuman un orden o consecuencias por la vulneración de las reglas fijadas, surgen categorías de referencia para que el propio sistema sea aún más garantista; de ahí que crearon el concepto de víctima con bastante contenido normativo que regula y promete hacer efectivo toda una serie de preceptos con un mismo propósito, el resguardar y servir de apoyo al sujeto que ha sido objeto de una trasgresión penal.

Pero no será en esta parte donde desarrollemos todo lo que la víctima hoy tiene dentro del derecho procesal penal para hacer valer sus derechos constitucionalmente reconocidos. En este apartado continuaremos con unos elementos del pensamiento de Honneth que nos ayuden a entender el porqué de las reacciones de las personas frente al Derecho Penal que en apariencia los protege. Pero será la misma elaboración teórica creada a partir del desprecio la que nos encause a desarrollar los objetivos expuestos en la investigación.

Ahora bien, para explicar con más precisión el por qué los individuos no sienten la plena confianza en su sistema penal, debe ser porque ya desde los inicios de la convivencia dentro de los parámetros fijados dentro de los Estados modernos, el discurso de protección ha venido siendo objeto de una serie de desmanes lo cual motivó a los sujetos a sentirse cosificados contrario a la dignidad que debe prevalecer en todo el esquema penal garantista de pleno siglo XXI. En conexión con lo antedicho, se profundizará aún más esos pensamientos del individuo hasta comprobar dicho desprecio en cuanto a la representación de la víctima dentro de los procedimientos penales se refiere.

B. Elementos que construyen el desprecio en Honneth y su paralelo en la intervención de la víctima en el proceso penal colombiano.

Anteriormente ya habíamos evidenciado que en las aproximaciones que realiza Honneth (2011), se encuentra que el autor alemán inicia con una concepción

individualista de la persona, pero a nivel externo, esto es, al observar la interacción social del Estado frente sujeto, suponemos se genera una dinámica donde el primero pretende resolver esos conflictos naturales del segundo a los que ha estado obligado a soportar por el simple hecho de permanecer en una sociedad. Pero dicha respuesta a los conflictos no nacen de común acuerdo entre quien detenta el monopolio del poder legislativo o quien administra los recursos de la nación y el *padeciente*, al parecer, existen personas con mayores cualidades intelectuales o económicas que controlan y aseguran el funcionamiento social.

Pero en lo referente de dicha dinámica por satisfacer necesidades, Honneth plantea que existe una moral colectiva presente en la sociedad que es la que se manifiesta ante los medios de comunicación tanto institucionales como privados; esto es, son aquellos llamados que se hacen al Estado para que solucione obstáculos dentro de la vida normal de las personas. Y lo anterior, por lógica de decisiones, se materializa de la siguiente manera: primero haber pasado por el órgano creador de leyes para después concluir en las instancias judiciales que son las que en últimas se valen de dichos presupuestos legalmente establecidos para dar respuesta a esas necesidades, esto es, materializar garantías o derechos.

Aquí podemos interpretar lo antedicho y enfocarnos dentro del sistema procesal penal colombiano, el cual al haber sido tantas veces reformado para un país donde las vías de hecho sobrepasan los procedimientos creados para la solución de conflictos, las víctimas fueron vistas como esa colectividad que por su misma

naturaleza de desprotegidas en tiempos pasados, se hizo necesario reagruparlas y darles relevancia dentro del esquema procesal penal, intentando plantear alternativas para que intervinieran durante todo el proceso penal y así llegar a reconocer a la víctima no solo a nivel jurídico sino social.

Pero más allá de las pretensiones normativas, existen unos elementos a nivel teórico que permiten explicar por qué la víctima dentro de nuestra hipótesis expuesta se siente despreciada dentro del ordenamiento procesal penal colombiano por más que exista todo un desarrollo legislativo al respecto, para ello nos valdremos nuevamente de los planteamientos de Honneth.

Como primer elemento, y bajo los estudios de G. H. Mead, Honneth (2011) encuentra que existe en el individuo **un elemento psíquico** donde se inician las patologías sociales³; aquí, “lo psíquico se constituye cuando el sujeto se ve obstaculizado en la resolución de problemas; en este caso, el actor toma conciencia de su subjetividad” (p.20). Ahora bien, comprendido lo anterior de manera general, ahora emularemos lo expuesto en relación a la intervención del denunciante el cual pasará después a tener la calidad de víctima dentro de un proceso entendiéndola nosotros como la subjetivización positiva.

³ Es de aclarar que cuando empleemos dicha expresión, la hemos de entender tal como el autor la concibe, esto es, como aquel proceso evolutivo de la sociedad contemporánea (Honneth, Crítica del agravio moral, 2009, pág. 53)

En este caso, se difiere en un primer momento que muchas veces las denuncias o querellas se quedan en un simple formato realizado por el auxiliar de fiscal o del agente de policía que recibe la *noticia criminis* y bien sea por el volumen de trabajo dentro de la respectiva oficina de asignaciones, ya en el despacho, o porque no tiene la trascendencia política o televisiva, pasa la reclamación a hacer parte de los anaqueles, quedando con ello archivada la denuncia o querella generando con ello una subjetivización negativa del sujeto, el cual se siente ignorado por el sistema.

Junto a estos dos aspectos principales, al parecer, en la realidad, el ente investigador no actúa de oficio como se esperaría, sino de manera rogada, y es ese el mayor obstáculo que el denunciante encuentra en la protección de sus derechos cuando, a modo de ejemplo una vez trasgredidos sus bienes jurídicamente tutelales cuya repercusión se encuentra tipificada dentro de los códigos penales, la víctima formula querrella o denuncia quedando a partir de ahí supeditada a los turnos de asignación de fiscal y posterior reparto para investigadores, donde el volumen de trabajo hace de una urgencia de justicia y atención inmediata, un proceso tortuoso y algo lento.

De dichas patologías institucionales, observamos además que los asuntos penales cogen distintos rumbos; es decir, algunos temas por ser más relevantes a los medios de comunicación locales o a la Fiscalía misma, tienen mayor impacto y por ende, son más ágiles que las demás denuncias. Entonces pareciera que se

presentaran dos aristas: por un lado, las instituciones de investigación se muestran ante los medios de comunicación como eficientes; por otra parte, el individuo comúnmente marginado se siente subjetivizado al ver que su caso no tiene la importancia para ser igualmente movido.

Así las cosas esa subjetividad crea una representación negativa hacia las instituciones por no haber creado alternativas que procuraran la respuesta a esas necesidades de atención a los punibles ya garantizados a nivel positivo, y que ante tanta quietud por el ente investigador –policía judicial-, se va unificando esa inconformidad a partir de la distorsión y trasmisión del discurso dando origen a una patología social de desprecio.

Aquí consideramos oportuno, exponer a nivel teórico-social cómo es que a partir de una toma de conciencia subjetivizada del individuo, algo particular como sería el archivo de una investigación, termina repitiéndose tantas veces a un número indeterminado de denunciantes o querellantes que se convierte en un malestar general traducido en términos del Derecho a una absoluta negación al acceso a la justicia, pero que a nivel de la teoría crítica se concibe como una categoría del **desprecio**.

Es de este modo, como justificamos la forma metodológica empleada para el análisis de la investigación, y es que partimos de la noción de desprecio trasladada del plano teórico crítico a un fenómeno jurídico dentro de lo procesal

penal; por lo anterior, encontramos fundamentada y acertada la tesis de Honneth en el desarrollo de las negaciones sociales en el plano procesal penal tratándose de la víctima.

Ahora bien, frente a lo anterior encontramos que ante las constantes necesidades con las que nace un individuo y su forma de interactuar con las instituciones del Estado para solucionarlas, pero sobre las cuales no se logra mucho o nada, ese desprecio se difunde a partir de un segundo elemento llamado **discurso**, el cual, “tiene una función de dominio, como parte de una función social” (Honneth, 2011, p. 16). Es así como la comunicación traspasa las barreras interpersonales de la inconformidad y se difunde por todos los medios hasta encontrar el receptor que se atreva a formular una solución, que en términos del Derecho son los jueces o los pronunciamientos de las Altas Cortes cuando dicho tema es tratado dentro de sus fallos.

Pero ya para en el plano judicial y para brindar una alternativa a esa negación, encontramos en la teoría de Honneth que perfectamente se acopla a la problemática planteada, un tercer elemento y es **el principio del reconocimiento** presente en la mayoría de relaciones jurídicas que justifican un abrigo ante tanto desprecio.

En cualquier caso, y a nivel de la investigación que nos ocupa, vemos algo confuso: tratándose de las víctimas dentro del proceso penal, en lo que tiene que

ver con su reconocimiento, por más estipulaciones encontradas en distintos niveles dentro del ordenamiento jurídico, en últimas dependerá de la decisión de un fiscal y de su cuerpo de investigación asignar dicha calidad como quiera que la facultad de denunciar es el primer paso pero no ahí mismo adquiere la calidad de víctima *prima facie*. Entonces la protección a la víctima salvo casos de extrema obviedad, tendrán que esperar o depender de los primeros resultados del informe que se le presente al fiscal como en efecto ocurre en la práctica jurídico-penal por más que ya exista en la ley procesal penal dicho reconocimiento.

Pero aparte de ver con buenos ojos toda la estructura legal construida, sobre lo anterior y a manera de crítica, entendemos que puede existir reglamentaciones y normatividad creada por el legislador; también ya encontramos una variedad de instituciones las cuales se espera atiendan o mejor desarrollen los postulados positivos, y hasta aquí el reconocimiento ya por lo menos está enunciado desde el punto de vista formal, pero encontramos un matiz donde entre dicho reconocimiento y la materialización de todo lo encontrado en las leyes que tratan el tema de la víctima, se van las esperanzas del sujeto que muchas veces después de su denuncia no se llegó a nada concreto, entonces a nivel psíquico, quedo como víctima-subjetivizada sin atención por parte del ordenamiento penal, sintiéndose por así decirlo etiquetado por haber padecido una carga que no estaba obligado a soportar.

Otro aspecto salta a la vista cuando nos enfocamos frente a las autoridades que toman decisiones; aquí ya hemos hablado en demasía sobre el ente investigador-acusador –fiscalía-, pero qué sucede en el eventual caso en que el desprecio surja por parte del juez mismo, lo cual no resulta tan indolente cuando por lo menos en el sistema judicial colombiano estamos en presencia de una obediencia a los precedentes que profieran las altas cortes y si dentro de sus decisiones, las cuales son fuente de derecho y obediencia por parte de los jueces inferiores se ha llegado a la conclusión en un hipotético caso de no reconocer a la víctima y poniendo talanqueras para su intervención en el proceso.

Con todo, hasta aquí lo que podemos observar son esos elementos que pueden generar el desprecio y que se agrupan de la siguiente forma: (i) el elemento psíquico que es aquel donde el sujeto se da cuenta de que sus necesidades no han sido resueltas⁴, (ii) el elemento discursivo donde se trasmite dicha insatisfacción⁵, (iii) el elemento del reconocimiento pero visto como una negativa de desprecio⁶. De lo señalado entonces se comprende cómo es que las patologías

⁴ Lo anterior podemos encontrarlo a nivel de recepción de denuncias presentadas a nivel nacional recepcionadas por la Policía Nacional en sus distintos órdenes pero que en últimas se archivan o por el volumen de trabajo no son atendidas con la celeridad apropiada. En el mismo sentido podemos referirnos cuando la misma Fiscalía tiene conocimiento de la noticia criminal y tarda de manera injustificada para imputar.

⁵ Aquí entran en juego los medios de comunicación personales de una misma colectividad o incluso de sus abogados de oficio y cuya proposición se mueve en la falta de eficiencia por parte de la Fiscalía frente a los procesos en sus distintas fases.

⁶ Aquí se puede explicar de manera justificada cómo la víctima es recibida al momento de acudir ante la policía a dejar su denuncia observando con dicha práctica un primer reconocimiento al llenar los respectivos formatos, y si tiene éxito la investigación al momento en que el Fiscal decida que existen los méritos suficientes para imputar, ahí podría ser también reconocida como víctima quedando a la par del fiscal durante todo el proceso con unas breves intervenciones.

de lo social se van dando y se pueden estructurar de manera dinámica en lo que a la víctima dentro del sistema procesal colombiano se refiere.

Y nuevamente aquí empleamos las bases teóricas de (Honneth, 2009) para criticar la institución de la víctima en el sistema jurídico colombiano. En este punto, nos valemos de la filosofía social para encontrar en ella una “reflexión en cuyo marco se discuten las pautas de las formas atinadas de la vida social” (p. 53). Esto es, así como existen unos mecanismos para que la víctima dentro de todo el escenario penal pueda hacer parte, ya hemos expuesto que al parecer dentro de la práctica penal se observa otro estado de cosas que se repite de manera constante.

Entonces, si lo anterior se vuelve un hábito, en donde pueden existir todas las garantías reflejadas en el ordenamiento positivo pero poco se materializan puntualmente cuando la denuncia no pasa del primer diagnóstico, el individuo que ha sido objeto de una trasgresión a sus derechos tutelados por parte de un tercero, es cosificado por el propio sistema, esto es, se crea un falso velo donde en apariencia la víctima es protegida pero el reconocimiento o cosas semejantes dependerán de informes, indagaciones o de terminologías que muy seguramente un agredido no tendrá conocimiento sintiéndose despreciado por completo.

Sobre este particular entenderíamos acoplada la postura teórica de Honneth en el procedimiento penal colombiano pero visto desde la víctima ante una negativa de

justicia en las primeras fases de investigación, las cuales sino son “aprobadas” según los informes o no se cumplen los tecnicismos, no sólo sus derechos quedaron sin ser reivindicados, también se genera el hábito de rechazo hacia las instituciones de derecho optando quizás la víctima por intentar justicia a su propia mano o vivir en una constante de temor frente al agresor, haciendo más evidente el sentimiento de desprecio que las entidades reflejan hacia el usuario por su propia inactividad.

C. La dinámica del Desprecio en Honneth acoplada al sistema procesal penal colombiano

Hasta lo aquí visto podemos observar lo adecuado que ha sido hasta el momento el manejo de la teoría crítica como una forma de observar las instituciones del derecho penal pero vistas desde el individuo en razón a que los efectos pueden llegar a ser reveladores en cuanto a casos particulares. Entonces, continuando con Honneth y su “análisis de los procesos de individualización (...) antes de dilucidar sus relaciones recíprocas” (Honneth, 2011, p. 23), expondremos a continuación a la víctima vista como un invisible pero antes dilucidaremos el por qué nos referimos de esta forma.

Empezando, comprendemos que los procesos de indivisibilidad a nivel teórico se conciben una consecuencia negativa cuando el reconocimiento no se realiza de manera material, esto quiere decir que cuando el individuo no ha sido tenido en cuenta ni en sus formas de vida como tampoco frente a sus necesidades, pareciera que “la invisibilidad [surgiera como] (...) un proceso activo, en el cual se evidencia el desprecio” (Honneth, 2011, pág. 32).

Por el contrario la visibilidad, significa que se ha reconocido a la persona en donde sus llamados han sido completamente atendidos; nuevamente aquí se ha de tener presente ese estado psíquico que se manifiesta como una patología social en

donde “el individuo afectado sabe de su invisibilidad por falta de reacciones específicas por parte de los demás” (p.32); y es que en realidad, acercándonos al tema en concreto, cuando la víctima no es atendida o mejor no se le reconoce su papel dentro del proceso, pareciera que vive en un estado completo de incompreensión.

Esa tesis práctica pasa de justificar aquel malestar particular a uno mayor, es decir, cuando las inconformidades resultan sumatorias entre varios individuos, se desarrolla la idea de “sufrimiento social”⁷, entendido no como la condición histórica presente en la comunidad en lo que se refiere a las necesidades que se reflejan en la ignorancia del político cuando pretende afrontar dicho reto, sino como aquella premisa que no fue atendida por más que ya existía el reconocimiento en códigos y leyes.

Entonces, bajo la coherencia interna de la teoría de Honneth, encontramos como propuesta para examinar lo anterior la tesis del reconocimiento, la cual ha demostrado según el autor que “es la herramienta adecuada para desentrañar las experiencias sociales de injusticia en su conjunto” (Honneth, 2011, p. 36),

⁷ Si bien es cierto que el sufrimiento social se encuentra en la filosofía marxista, la Escuela de Fráncfort al adoptar la Teoría Crítica ha venido desarrollando dentro de cada axioma dogmático postulados de sufrimiento social que sobre el particular Axel Honneth los intenta plasmar en sus escritos; y quizá son uno de los argumentos que le permitieron desarrollar la teoría del desprecio pero que nosotros lo introducimos reflejado en las instituciones de derecho público hacia los sujetos que acuden en busca de soluciones o protecciones jurídicas.

poniendo de relieve los conflictos sociales o normativos como es el caso del estudio de la víctima en el sistema jurídico penal.

Pero aquí existe un revés al momento en que se determina qué ha de entenderse por injusticia, toda vez que si las víctimas en los procesos penales se encuentran ignorados, a éstas le recaen dos negaciones y una contrariedad, esto es, primero, por más que se encuentran legitimadas para exigir obligaciones de solidaridad frente a la sociedad y el Estado –reconocimiento formal-, se sienten despreciadas por la institución que investiga (*primera negación*) y como si fuera poco, cuando la víctima manifiesta su insatisfacción, los funcionarios encargados de atenderlas exponen que la ley los protege, cosa que a nivel psíquico en la víctima no sucede así (*segunda negación*). Contrariedad se encuentra cuando es el mismo juez quien no lo determina pese a saber la preponderancia que tiene la víctima a nivel constitucional.

Bajo el anterior entendido, por más que se afirme la existencia de un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho por lo menos en Colombia, pareciera que dentro de la arquitectura social, los menos favorecidos en cuanto al acceso a la justicia en lo que a los procesos y actuaciones penales se refiere, son las víctimas las más despreciadas, como quiera que dependerán de lo que determine el juez o el ente investigador por injusticia, de ahí que Honneth (2011) entiende que “las posibilidades de formular y manifestar posibilidades de injusticia social

son limitadas y controladas por los procesos estatales o empresariales, para apartarlas bajo el umbral de la articulación política” (p.63).

Por ello, encontramos una serie de dificultades ante tantos mecanismos de protección a las víctimas, puesto que concebimos la existencia de filtros en donde aquel que los pueda traspasar, será el que finalmente logre el reconocimiento; de ahí que las anotaciones de Honneth cuando se refiere a la lucha constante por el reconocimiento, haga el autor énfasis en que “quedan en gran parte al margen del discurso público precisamente aquellos fragmentos del horizonte individual de experiencias que consisten en violaciones y privaciones específicas de clase, y pasan a ser difícilmente defendibles para los individuos” (Honneth, 2011, p. 65).

Ahora bien, en el intento de poder describir la fórmula que pueda proveer una solución a ese desprecio constante y la vulneración del ideal de justicia que tiene la víctima, observamos que la mayoría de insatisfacciones son presenciadas durante la permanencia dentro del proceso penal donde se enfrenta la víctima a normas que aunque brindan esa garantía que se acciona frente a instancias judiciales en cualquiera de esos procedimientos puede quedar sin ser reconocida como víctima.

Hasta aquí, a modo de conclusión podemos ofrecer una interpretación razonable en cuando al nivel abstracto de la víctima y su padecimiento psíquico el cual termina convirtiéndose en una patología jurídica con eco en la sociedad. En este

sentido los elementos de la teoría de Honneth nos ayudaron a exponer directamente las posibles adversidades que vive la víctima en el proceso penal. Del mismo modo, al haber revelado los aspectos negativos, en el siguiente capítulo analizaremos a un autor bastante garantista como es el caso de Luigi Ferrejoli y la argumentación a todas las normas que tratan de la víctima para finalmente concluir qué tan yuxtapuestos están ambos autores o si nos encontramos con discursos diferentes pero con una única consecuencia.

CAPÍTULO 2º

A. El garantismo constitucional a partir del derecho penal.

En este segundo apartado de la investigación pretendemos desarrollar algunas ideas de una de las posturas más generosas en cuanto a pretensiones de derechos se refiere dentro de lo que la nueva corriente doctrinaria ha denominado el neo-constitucionalismo⁸. No obstante, no expondremos toda la vertiente político constitucional de los últimos tiempos, por lo tanto nos basta con aclarar que lo que Ferrajoli hizo en un primer momento fue crear una meta-teoría para la ciencia penal, pero tal pretensión supero las expectativas de una materia en específico y se terminó convirtiendo en una apuesta dentro del derecho constitucional moderno como quiera que sus presupuestos buscan en principio y bajo la interpretación que hoy le encontramos, brindar alternativas teóricas frente a los derechos de las personas in extenso.

Conforme a lo anteriormente expuesto, observamos de las lecturas de Ferrajoli, las cuales son básicamente tres, esto es: *democracia y garantismo*(2008), *Derechos y garantías* (2010) y *garantismo* (2009) que en al interior de los textos se

⁸ EL neo-constitucionalismo es, por decirlo así la evolución teórico constitucional del siglo XXI la cual busca mejorar las pretensiones doctrinarias y prácticas del constitucionalismo vigente a finales del siglo XX. De manera sucinta nos referimos que el neo-constitucionalismo le apuesta a una construcción meta-teórica del derecho a partir de los postulados constitucionales pero con temas de vanguardia que apuntan a mayores exigencias hacia el Estado en lo relacionado con lo social, la administración de justicia, el poder de los jueces, las diversas formas de interpretación no análogas entre otros. Dentro de los máximos exponentes del neo-constitucionalismo encontramos a Miguel Carbonell, Luigi Ferrajoli, Ricardo Guastinni, Paolo Comanducci, José Juan Moreso, Luís Prieto Sanchís, Carlos Bernal Pulido entre otros.

encuentran las réplicas, críticas y respuestas de tu teoría, y es por esta razón que no se abordó la *teoría del garantismo* sino las actualizaciones y respuestas que el mismo Ferrajoli ha dado en su discurso a sus detractores o a los que se identifican con él pero a partir de equívocos teóricos formulan los nuevos matices de la teoría garantista.

De ahí que el lector puede estar seguro que lo aquí expuesto tiene arraigo en la teoría penal del garantismo pero con sus nuevas formulaciones, correcciones o aclaraciones; y además, porque al entender que la presente investigación tiene rasgos de ser multidisciplinaria, qué mejor punto de estudio que un autor con una concepción del derecho penal que poco a poco ha venido ejerciendo una influencia sobre el movimiento neo-constitucionalista, cuyos efectos se espera tengan eco en la normatividad existente o por lo menos se deje influenciar de dicho fenómeno tal como lo observamos en sentencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia.

En dichos fallos, las altas corporaciones y gracias a los estudios de maestría y doctorado por parte de magistrados y magistrados auxiliares, la argumentación de las decisiones ha tenido un fuerte arraigo teórico sustraído de las universidades europeas. Entonces no estamos del todo alejados de las pretensiones del neo-constitucionalismo, si las leyes apuntaran a que en de sus debates como eventualmente se hace, exista un desarrollo de esas teorías que han venido construyendo una mejor manera de ver el derecho.

Entrando en materia, encontramos que en sus inicios, Ferrajoli intenta justificar su esquema garantista haciendo retrospectiva en las instituciones jurídicas del siglo XX y comienzos del XXI, las cuales veían el derecho penal como aquella representación donde la fuerza del Estado se justificaba para imponer castigos o sancionar por la trasgresión de un delito. Dicho esquema tenía que evolucionar después de la posguerra en donde se pasó de un Estado de Derecho Legal a un Estado Social y Democrático de Derecho.

Ahora bien, dentro de las características que el profesor italiano intenta argumentar como connotaciones del garantismo, encontró que “ya no es posible concebir el derecho como instrumento de la política, sino que es ésta la que debe ser asumida como instrumento para la actuación del derecho” (Ferrajoli, 2008, p. 211). Y con dicha premisa pareciera que se empezó a marcar una diferencia teórica de la forma de ver el derecho.

En este último sentido, la teoría de Ferrajoli, enmarca postulados que son útiles hoy en día para intentar constitucionalizar aún más el derecho penal y justificar el garantismo brindando un significativo papel al juez y su jurisdicción para resolver las disputas entre personas. De ahí que Ferrajoli (2008) entre a definir el garantismo como “un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a éstos para la garantía de los derechos consagrados en las constituciones”. (p.199)

Hasta aquí, pareciera que podemos hacer analogía al observar en el ordenamiento colombiano que las instituciones se encuentran obligadas a los preceptos constitucionales, toda vez que se considera como un deber el servir no sólo a la comunidad sino garantizar la efectividad de los derechos. De ahí que cuando hablamos de la víctima dentro de un proceso penal, ya la Constitución de 1991 hizo más específica esa protección al destinar como garante, investigador y protector de los derechos de la víctima a la Fiscalía General de la Nación.

Y quizá por lo anterior podemos comprender a nivel procesal y dogmático por qué los procedimientos son más garantistas no solo en cuanto al victimario se refiere sino a la víctima en concreto, y la respuesta la encontramos justamente en una de las ideas de Ferrajoli (2008) a saber: “mientras las garantías penales se orientan a minimizar los delitos, o sea, a reducir al máximo lo que el poder legislativo puede castigar, las garantías procesales se orientan a minimizar el poder judicial, o sea, a reducir al máximo sus márgenes de arbitrio” (p.193)

Y qué mejor que reducir la arbitrariedad de una institución como la de la Administración de Justicia cuando en una investigación penal y después en el transcurso de un proceso se le brinda el acompañamiento, asesoramiento y constante comunicación a la víctima, porque justo con ello se obtiene esa justificación del derecho penal, esto es, no sólo indagar hasta buscar quien es procesalmente vencido en juicio para declararlo culpable por haber cometido un atentado contra unos bienes jurídicamente tutelados, sino “también minimizar la

violencia de las reacciones frente a los delitos” (Ferrajoli, 2008, pág. 194), y puntualmente agregaríamos nosotros en cuando a la víctima se refiere.

En otras palabras, no basta con justificar el origen del derecho penal para limitar la fuerza sino que ahora encontramos una serie de mecanismos menos agresivos que nos permiten concluir que la misma agresión a los derechos tutelados de la víctima no se le repetirá al victimario, sino todo lo contrario, la víctima puede hacer parte de todo el proceso penal y no sólo ver las consecuencias creadas por el legislador que el infractor de la ley penal tiene que soportar, sino que sentirá cómo sus derechos vuelven a ser protegidos cuando hay lugar a ello, toda vez que en los fatídicos casos donde se ataca la humanidad de la persona y ésta no sobrevive, serán los familiares de la víctima los reconocidos como víctima los que tendrán que esperar una reparación integral al haber tenido que soportar ese injusto.

Así las cosas, el aspecto común entre el garantismo de Ferrajoli (2008) y el actual orden jurídico constitucional colombiano supone en sintonía con lo ya expuesto que “un determinado derecho penal está justificado sólo si, y en la medida en que, se satisfagan efectivamente las garantías de las que está dotado” (p. 195). Eso quiere decir que en realidad el derecho penal de nuestros días es visto como una institución que promete ser un subsistema garante de los derechos de las víctimas y del victimario estando con ello a tono con las formulaciones de tratados internacionales que protegen los derechos fundamentales de ambas partes.

Por lo antedicho, y siguiendo el enfoque de la investigación en cuanto a la víctima se refiere, podemos citar de manera breve cómo es que dentro del sistema jurídico colombiano, con la Constitución de 1991 se empezaron a gestar instrumentos jurídicos que resaltan la novedosa tarea del constituyente cuando optó por dejar dentro del texto constitucional a la víctima de un delito, dejando de forma expresa que se garantizarán todos sus derechos. De ahí que debemos concluir que las apreciaciones de Ferrajoli no están alejadas de la realidad dentro del entorno jurídico colombiano.

El aspecto común que nos permite encontrar relación entre Ferrajoli (2009) y el ordenamiento penal colombiano en sintonía con la Constitución, reside en que no sólo encontramos la protección a la víctima a nivel constitucional sino que se creó toda una reglamentación en la ley 906 de 2004, incluso se designó al mismo ente investigador –fiscalía- en proteger, y garantizar esos derechos que en un primer momento fueron transgredidos.

B. Los derechos fundamentales dentro del derecho penal garantista

El pretender llevar un enunciado en este subtítulo en una investigación en materia penal implica un doble esfuerzo que pretendemos explicar a continuación: *el primero*, consiste en que al observar el fenómeno de la constitucionalización del derecho, aquí podemos sostener que se realizó de manera inversa, esto es, una

doctrina penal migro hacia las vertientes constitucionales y quizá las razones van más allá de las descritas. Quizá porque hoy en la práctica judicial observamos que no sólo cuando se comete un ilícito se atenta contra derechos tutelados por los códigos penales. Al parecer encontramos una fuerte tensión de derechos constitucionalmente protegidos: Libertad, propiedad, vida y debido proceso son algunos de los derechos fundamentales que encontramos en juego en cada proceso penal sin importar su tipificación.

Y lo curioso es que a partir de dicha lógica, Ferrajoli interpretó el derecho penal en clave constitucional dejando de lado la tensión entre constitucionalizar el derecho penal y un derecho penal rígido donde sólo valía la fuerza del Estado para preservar el orden de la sociedad; entonces en lugar de hablar de manera aislada de derechos fundamentales y procedimientos penales, hoy encontramos muy a tono por lo menos en cuanto a la legislación se refiere toda una serie de garantías en la Ley 906 de 2004 cuyo beneficiario es la propia víctima o sus familias, sin dejar de lado claro está, todo el andamiaje jurídico para que el procesado pueda defenderse. Pero como nuestro objeto de la investigación es la víctima vista en este capítulo desde una postura garantista, de ella se hará énfasis en cada apartado.

Con ello, queda fijada nuestra tarea de proponer al igual que Ferrajoli en su momento un derecho penal no sólo mínimo sino garantista en el mayor sentido que pueda dársele a la palabra. Y aunque no sólo sea por esta razón, desde la

lectura de la legislación colombiana, consideramos en el siguiente capítulo, una solidez bastante fuerte en lo que a la reglamentación de los derechos fundamentales de la víctima se refiere, en donde, desde la fiscalía como primera institución que recibe la noticia críminis, hasta el juez penal de conocimiento deben de propender a parte de sus deberes legales, por un mandato constitucional y es el garantizar a la víctima la plena garantía de sus derechos.

Por ello, entendemos que la cuestión penal ha cambiado de manera significativa para la víctima; ante todo cuando entendemos a nivel práctico que se debe tutelar desde las instituciones de derecho, los contenidos constitucionales de cada derecho fundamental. Así las cosas, bajo esta tesis práctica podemos concluir que en materia penal, “el derecho es sólo una forma y una técnica de garantía, a la que se pueden atribuir los contenidos más dispares, y del que la teoría diseña únicamente la sintaxis” (Ferrajoli, 2009, pág. 43).

Ahora bien, al ya tener fijado en materia penal y en los códigos las pretensiones garantistas, entendemos que en la mayoría de los casos que son denunciados y pasan la etapa de investigación, se debe iniciar un juicio, entonces una vez adelantadas todas las etapas procesales, esperaríamos que sea la sentencia el mejor escenario para que el juez no sólo resuelva el caso objeto de litigio sino que en ésta o en incidente –para el caso colombiano- se garantice la reparación a la víctima.

En este punto encontramos todo lo contrario a lo que por ejemplo en sistemas penales rígidos como el estadounidense se refiere en cuanto a la manera de ver a la víctima. Allí el ente acusador únicamente se interesa por proponer al juez el castigo al acusado por haber trasgredido el ordenamiento penal, pero la víctima, aquí no es tenida en cuenta para efectos de la reparación por los perjuicios ocasionados. A ésta le corresponde iniciar los procesos de responsabilidad extracontractual ante jueces ordinarios que en nada tienen que ver con lo penal; por lo antedicho podemos encontrar en nuestro sistema si quiera unos enunciados con pretensiones garantistas por lo menos en cuando a legislación para víctimas se refiere.

Continuando con nuestra investigación, ese acto de identificación de la víctima para el sistema penal colombiano durante todo el proceso, en últimas viene a tener mayor significado en la sentencia, puesto que en ella “se constituye una norma plenamente determinada, concreta, que anuda una cierta consecuencia jurídica a una determinada situación concreta” (Ross, 2007, pág. 175), y esa situación es el reconocimiento de los derechos fundamentales que a la víctima en un primer momento el victimario le desconoció.

Ciertamente con lo anterior, retomamos la intensión teórica de Ferrajoli (2008) al querer humanizar el derecho penal a partir de un toque proteccionista y cuyos beneficiarios sean los individuos pero donde dichas pretensiones normativas y constitucionales sean exigibles al Estado, creando con ello una especie de

“garantismo patrimonial” (p.192) entendido para el ordenamiento penal colombiano como aquella protección que se le da a los derechos subjetivos patrimoniales en especial a la víctima dentro del proceso penal.

Así pues, estamos obligados a separar las pretensiones garantistas a dos niveles: en el primero, denominado garantismo legislativo encontramos que el ordenamiento penal colombiano posee una serie de postulados constitucionales, y legales en la actual ley 906 de 2004, en el mismo sentido encontramos los refuerzos a la normatividad de la víctima en las sentencias de la Corte Constitucional las cuales serán objeto de pronunciamiento en el siguiente capítulo.

No obstante es en la práctica judicial donde se ven truncados todos los enunciados anteriormente formulados, entonces, en el segundo nivel que sería ya el derecho vivido por la víctima, los mecanismos son rogados y muchas veces infructuosos por más que existan instituciones como la Personería, y la Defensoría del pueblo los cuales tienen como objeto velar por la protección de los derechos de las víctimas, por el volumen de trabajo, la escasa infraestructura y las estadísticas que les exigen, los temas de atención a víctimas al parecer son tratados de manera superflua por más legislación existente, ergo, hay una brecha entre regulación, sentencias o mejor, incidentes de reparación a las víctimas dentro de un proceso penal y la atención de las instituciones que prestan el servicio.

C. Lo metafísico del garantismo frente al desprecio de Honneth, teorías aisladas que se predicán en la misma sociedad

Una de las apuestas teóricas que propone Ferrajoli (2009) finalmente apuntan a la noción de “garantismo social” (p.211) entendida como aquella alternativa todavía no desarrollada frente a derechos colectivos de medio ambiente que han de presenciarse en la práctica jurídica. Aquí entendemos que no sólo para la víctima o al victimario deben existir garantías en lo penal, quizá también sea la sociedad quien puede presentarse como víctima de una trasgresión a los bienes jurídicamente tutelados.

Aquí, observamos con algo de preocupación en cuanto a la representación de la sociedad se refiere en el sistema jurídico colombiano, muchos obstáculos al intentar acoplar al modelo estructuralmente ya fijado la pretensión anteriormente descrita de Ferrajoli como quiera que, antes que nada ante los delitos ambientales poco se sabe de juzgamientos y mucho menos de intentar cerrar en un mismo espacio a las víctimas cuando puedan llegar ser identificables, o por lo menos, cómo se resolvería un incidente de reparación para la sociedad. Entonces, como una posible solución eventualmente propondríamos que tratándose de esos asuntos, la identificación de las víctimas serían las más cercanas al daño territorialmente producido como quiera que serían éstas y sus generaciones las que tendrían que soportar las cargas y consecuencias naturales.

Hasta aquí, podemos a partir del planteamiento de Axel Honneth criticar la mayoría de las pretensiones del profesor italiano incluso, llegar a desestimarlos toda vez que, si de desprecio se trata, el proceso penal junto con las apreciaciones de Becker, es la ciencia del derecho que más genera etiquetas cuyo resultado no solo es el rechazo sino la estigmatización de la misma comunidad.

Al parecer, el que se formulen principios sobre los cuales la administración de justicia en lo penal se hace más humana en aras de la figura del garantismo, poco dice si recordamos lo que el discurso social percibe desde la individualidad del sujeto quien muchas veces al no ser escuchado recurre a esa subjetivización y pueden presentarse dos alternativas:

La primera es que sea víctima de un delito como quiera que alguien –*otra persona*- que no lo reconoce o mejor aún lo ve como un invisible frente a la comunidad, atenta contra sus derechos subjetivos o incluso contra la propia vida. Y acude a instancias policivas y posteriormente judiciales para que se haga justicia y resulta inmerso en una serie de procedimientos a los cuales no pensó jamás tener que involucrarse, uno de ellos será el de tener la calidad de víctima durante el proceso.

De esto último no encontramos que de tanta teoría garantista, Ferrajoli hable de los obstáculos en la práctica judicial o de la percepción del individuo frente a sus instituciones. Ahora bien, quizá sea la práctica judicial a partir de un caso concreto

la que nos de las luces de si un sistema jurídico a parte de tener una pretensión garantista sobre el victimario, reconoce a la víctima y le garantiza los procedimientos especiales para que se haga parte y reclame no solo la indemnización sino la verdad de los hechos que tanto se reconocen en sentencias proferidas por la Corte Constitucional, en especial la C 209 de 2007, MP. Manuel José Cepeda Espinosa

Frente a la segunda alternativa, es que el despreciado socialmente se convierta en victimario y tenga que marcar con esa etiqueta puesta por el sistema normativo el cual convence a la misma sociedad de que aquel a quien se le acuse y después se juzgue como autor de una conducta típica, es un desviado social que por más garantías que encuentre en la teoría de Ferrajoli, la sociedad afectada por ese delito, porque no se puede decir que sea toda difícilmente le quita esa etiqueta, cosa que con posterioridad tiene repercusiones tanto en la órbita pública como privada.

Aquí nos valemos de Becker y su estudio sobre *outsiders* entra en expansión no solo para determinar quién pone la regla, sino además que tan etiquetados están los que definen cómo y bajo qué premisas algo es considerado delito, puesto que esa expresión antigua que hacía referencia a que la ley es la expresión de la manifestación general de las personas esta hoy por demás a ser revaluada si se toma en cuenta que es un círculo selecto quien define los delitos y la política criminal.

Bajo las anteriores consideraciones, podemos concluir en esta primera parte de la investigación dogmática que aún, sin salir a la praxis jurídica en lo que a trabajos en temas específicos se refiere, ya una parte de los estudios de la teoría crítica aborda el tema del desprecio como dinámica presente en la sociedad, en donde las capas sociales superiores maquillan la parte de las necesidades para hacerla ver según sus nociones políticas o económicas.

Por su parte, el otro brazo de la doctrina, que podemos llamar “idealista” ve en el nuevo constitucionalismo un derecho penal mínimo en donde la pretensión por lo menos de las ciencias jurídicas se limitan a crear valores, o meta-principios que velen por una dignificación de los procedimientos y hacer más eficiente el sistema de derecho en cuanto a protección de los individuos que tienen en algún momento en sus vidas que involucrarse bien como denunciante o denunciado dentro de una Litis penal.

Es por eso que por lo menos en cuanto a la parte procesal se refiere, en el derecho penal, dentro del sistema colombiano, las leyes reflejan que el propósito legislativo pretende que existan unas garantías que los jueces puedan aplicar o los ciudadanos puedan exigir a las autoridades, tal es el hecho de la intervención de la víctima dentro de la Ley 906 de 2004, tema que se abordará en el siguiente capítulo.

Para concluir, si de tomar una postura como punto de partida, una vez se abordaron dos teóricos que tienen trascendencia en el mundo jurídico, acogemos la tesis de Axel Honneth en cuanto a las razones anteriormente expuestas que para lo que sigue al parecer se encaja dentro de toda la investigación, esto es, determinar que por más formas de “garantismo” orientadas por Ferrajoli, las cuales puedan tener eco en las decisiones de los jueces, el individuo como perteneciente a una colectividad invisible, continúa en constante desprecio pero ahora a nivel jurídico dentro de la alegoría que se hace llamar Estado Social y Democrático de Derecho.

Pasemos ahora a exponer el desarrollo de una forma de garantismo palpable a nivel interno en Colombia pero sin dejar de lado la influencia internacional que tiene el reconocimiento de las víctimas en vía judicial y más exactamente dentro del procedimiento penal. Para ello se examinará cual ha sido la postura aceptada por las instituciones dominantes en la esfera internacional para lograr exponer la idea de lo que la normatividad interna acepta y tiene fijado como reglas.

Segunda parte

CAPÍTULO III

ANÁLISIS A LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

Desde que la globalización nos permite traspasar las fronteras de la comunicación los procesos de corrección del derecho no han sido ajenos a este proceso, más aun en lo que tiene que ver con esa perspectiva justificatoria de proteger a determinadas personas frente a ciertos esquemas procesales. Es aquí donde podemos ver cómo una insatisfacción a nivel sociológico expuesto por Honneth, puede conjugarse con la conveniencia que nos permite argumentar cómo es que un sistema de derecho se vuelve garantista para garantizar derechos.

Así las cosas, para evitar acrecentar los niveles de desprecio, las clases dominantes entendidas aquí como aquella fuerza política, determinan que dentro de los procesos penales, a diferencia de los administrativos o civiles, existe una categoría que debe ser tratada bajo parámetros garantistas, y es el de la víctima, entendida como aquella persona o individuo de la especie humana que si bien ha sido perturbado por una conducta de otro sujeto la cual es contraria a derecho, le toco al primer individuo vivir una afectación a sus derechos de que trata la parte especial del código penal colombiano. Frente a lo anterior, desde al año 2004 existe una participación especial por lo menos según lo reza la ley 906 de 2004.

Pero el anterior fenómeno no puede verse aislado de aquello que hoy nos permite hablar de la protección a la víctima en el proceso penal colombiano, es de anotar que la justificación se encuentra en esos tratados internacionales, que por haber sido suscritos y ratificados por el gobierno colombiano, van permeando las instituciones de derecho público y así toma mayor justificación un Estado Social y Democrático de derecho en donde se auto-produce la legislación objeto de protección y a su vez, la misma Corte Constitucional en sus pronunciamientos de constitucionalidad soportada en que sus fallos según el art. 241 y 230 de la constitución tienen esa fuerza vinculante que vuelve doctrina constitucional sus pronunciamientos, nos permite explorar ese instituto de la víctima sin mayor reparo.

Por lo anterior, en la primera parte exploraremos los rasgos importantes a nivel transnacional que justifican la existencia a nivel jurídico de la víctima para después determinar cómo está construida la legislación nacional y más que todo en los aspectos procesales para después explicar esos pronunciamientos de la Corte Constitucional en sus análisis de constitucionalidad como también en determinadas tutelas que aunque tengan efectos inter-partes, nos pueden orientar a manejar el concepto de víctima y la importancia en el derecho penal.

A. Influencia transnacional y el manejo del concepto de víctima

Como punto de partida nos detenemos y a partir de su influencia de lo que significa para Colombia en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José), en donde encontramos en su artículo 25 una categoría que hoy nos permite entender por qué para un Estado como el colombiano, es relevante la mirada hacia la víctima no solo como aquella que justifica el movimiento de todo el aparato judicial e investigativo para determinar quién ha realizado una conducta contraria a derecho para entrar posteriormente a sancionarlo, sino más bien a intentar darle participación más allá de todo esquema para que tenga derecho a una verdad y reparación.

Pero más que todo, a parte de lo que trata el Pacto de San José, alrededor de los pronunciamientos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en especial en los cuales Colombia ha salido condenado, se percibe que en ese discurso fallador, se han tejido una serie de conceptos y nociones que como se advirtió al inicio del primer capítulo, en las exposiciones teóricas muchas veces un autor se deja seducir por las apreciaciones dogmáticas de otros y se puede recurrir a nuevas concepciones o malinterpretaciones; también sucede lo mismo en torno al mundo del derecho aplicado en donde se percibe cierta influencia como es en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando maneja categorías de verdad, justicia y reparación integral, las cuales son

adoptadas por las Altas Cortes del sistema colombiano para desarrollar sus propias líneas decisorias.

Así las cosas, atendiendo al origen no nacional de conceptos, categorías e incluso de discursos en pro de la protección a los derechos reconocidos en el Pacto de San José, nos trasladamos al campo jurídico del Estado Colombiano en donde como primer punto de partida, nos encontramos con la Constitución de 1991 y el desarrollo que en sus inicios la Asamblea Nacional Constituyente a través de su comisión de justicia –la cuarta- quiso dejar para la proyección del legislador pero en esta oportunidad, con la pretensión de que en sus actuaciones no se dejaran al margen las personas víctimas de un delito. Pero tampoco continuar con esa vieja noción de fiscal.

Hacemos la anterior aclaración toda vez que si se tratara de la simple infracción al estatuto penal, la fiscalía no haría nada nuevo que aquello que explicó Foucault (2011) en unas conferencias en Rio de Janeiro en 1973, esto es, cuando justificó la presencia en la Edad Media del “procurador” como aquella figura que ante una infracción “se presenta[ba] como aquel representante del soberano lesionado por el daño” (Foucault, 2011, p. 79).

Aquí la explicación aunque es similar en algunos aspectos, difiere en otros, toda vez que en Colombia, con la Constitución de 1991, la Fiscalía General de la Nación se presenta como aquella institución que debe “adelantar el ejercicio de la

acción penal y realizar la investigación de los hechos” (Constitución 1991, art. 250), pero encontramos que en el numeral primero continua el artículo diciendo que la fiscalía velará por “que se aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas”.

De igual forma si continuamos los numerales del mismo artículo, se vuelve a encontrar esa regla que tienen los funcionarios del ente investigador y se deja esa textura abierta para que el legislador en uso de la representación de las necesidades de las personas que integran el territorio, pueda fijar o crear los mecanismos donde la víctima tenga un escenario propio, es por ello que continuando con el numeral. 7º observamos que nuevamente la fiscalía debe: “velar por la protección de las víctimas (...) la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa”.

Entonces, por más que en 1969 en Costa Rica se haya dado las primeras nociones de “los recursos judiciales efectivos” que podemos interpretar como el ese derecho al debido proceso que en Colombia también tiene rango constitucional en su artículo 29, también si hacemos una interpretación extensiva esos recursos judiciales efectivos se puede incluir y extender a la víctima; así es

como nos alejamos de esa concepción que traía consigo la anterior Ley 600 de 2000 en donde la víctima era tratada más que todo como esa parte que reclamaba la responsabilidad civil extracontractual como consecuencia del delito y que ahora reclama verdad, justicia y reparación a la luz de la sentencia C-209 de 2007, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

Bajo el anterior entendido, si las contribuciones conceptuales y decisorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos influyó en el entorno del sistema procesal penal colombiano como en la legislación vigente, es preciso diferenciar el concepto de víctima como instituto procesal frente a la noción de víctima entendida a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. El primero porque es una figura técnica que poco nos dice desde la teoría general del proceso, y si se quiere entender desde el Acto legislativo 03 de 2002 el cual se desarrolla por la ley 906 de 2004, este elaboro todo un esquema de intervención de la víctima en el proceso penal, aspecto que se desarrollará más adelante. El segundo, porque la misma Corte Constitucional haciendo lecturas de una sociedad globalizada, enfatiza en sus fallos la importancia del Pacto de San José y de las categorías de verdad justicia y reparación en lo que tiene que ver con las víctimas toda vez que los derechos de las víctimas trascienden el campo patrimonial.

Para este efecto se debe tener presente que en sentencias T-1267 de 2001 MP: Rodrigo Uprimny Yepes; SU-1184 de 2001 MP: Eduardo Montealegre Lynett; C-578 de 2002 MP: Manuel José Cepeda Espinosa; C-875 de 2002 MP: Rodrigo

Escobar Gil; C-228 de 2002 MP Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett; C-004 de 2003 MP. Eduardo Montealegre Lynett; T-249 de 2003 MP: Eduardo Montealegre Lynett, se entiende que la víctima está facultada para exigir “la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición que incluyen entre otras la garantía de la verificación de los hechos y la revelación completa y pública de la verdad”

Ahora bien, frente al primer concepto de víctima, esto es, de manera técnica procesal, se puede comprender que la víctima hace parte de los sujetos que intervienen en el procedimiento penal que a las luces de la sentencia C-782 de 2012, MP. Luís Ernesto Vargas Silva, la Corte ha determinado que “la víctima actúa como interviniente especial” por más que la Fiscalía tenga por deber constitucional velar por los intereses de éste y del Estado, esto es, sin importar la carga de ente acusador, e investigador, o aquellas garantías con las que cuenta el presunto acusado, la víctima tiene por sí un rol propio que se pueden dividir en dos grupos: el constitucional y el empírico:

El primero guarda cierta relación con esos postulados normativos legales a los que como tal cualquier individuo que sienta una transgresión de sus derechos protegidos por las conductas conformes a derecho, acude a un discurso elevado a categoría constitucional la cual será su primera legitimación no solo frente al victimario sino frente al sistema jurídico propio y que se actualiza con cada pronunciamiento de los jueces constitucionales. *Lo segundo*, hace alusión a esa

fase técnica que dentro de las formas del sistema penal acusatorio, se prevé el acceso o la limitación en determinadas etapas del proceso penal.

Por ello nos limitaremos en los siguientes literales a explicar ya de manera más específica los postulados de la Corte Constitucional, esto es, los fallos que tienen esa fuerza vinculante que es como si fuera una actualización propia de la misma Constitución de 1991 en lo que tiene que ver con la noción de víctima. Con ello no se pretende decir en modo alguno que se ignore la función de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal en lo que atañe a sus decisiones, sino que esta será tomada en cuenta en el último capítulo para determinar si todo el discurso jurisprudencial constitucional y el esquema técnico propio que trae la misma Ley 906 de 2004 se cumple de manera empírica ya en el estudio de un caso concreto.

B. Garantías que resalta la Corte Constitucional de especial importancia para la víctima dentro del proceso penal.

Si bien es cierto que el estatuto procesal penal tiene desarrollo con la Ley 906 de 2004 y expone todo un esquema técnico para la intervención de la víctima, ya anteriormente habíamos expuesto que la víctima se puede enmarcar dentro de un esquema constitucional no tanto por los supuestos del art. 250 de la Constitución de 1991 sino por esos fallos que la Corte misma en sentencias de constitucionalidad ha tomado una postura garantista frente a la víctima.

De esta forma, encontramos la explicación de ciertas prácticas procesales en lo que a víctimas dentro del sistema penal se refiere expresadas en clave constitucional, y es frente a esto que se hace referencia en este apartado de la investigación precisamente porque existe un orden en el discurso que crea categorías o relaciones entre la Constitución y el discurso penal, el cual siguiendo a Ferrajoli, busca que sea más garantista; Esa pretensión teórica se encuentra realizable en este apartado del capítulo II.

Es por ello que se tomarán apartados relevantes desde que se inicia el proceso, esto es desde la indagación preliminar y su eventual archivo, pasando por la admisión o inadmisión de la denuncia, la facultad de probar en la etapa pertinente por parte de la víctima atendiendo a las especificadas del sistema, intervenir en los preacuerdos y negociaciones y así obtener su garantía a la verdad, justicia y reparación. Todo lo anterior en relación al estudio de la constitucionalización del derecho penal y la protección especial a la víctima dentro del proceso.

Comenzando, encontramos que cuando se inicia una investigación, en ocasiones puede que no existan los suficientes elementos probatorios que le permitan al fiscal formular escrito de acusación toda vez que es el mismo fiscal quien ordena mediante auto el archivo de las diligencias antes que el asunto llegue a la imputación. No obstante, aquí ya presenciemos la existencia de la víctima, la regla para este caso indica que debe cerrarse la investigación y archivar las diligencias, pero dicha decisión al afectar directamente a la víctima se requiere de la

intervención de este toda vez que dicha acción penal se inició porque un victimario ha desconocido los derechos subjetivos de la víctima.

De lo anterior, lo que aquí la Corte en sentencia C-1154 de 2005, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, ha determinado es que cuando se archivan las diligencias, no se trata en lo absoluto de una suspensión o interrupción de la acción penal sino que como se está en un momento previo para la acusación, esto es, la averiguación preliminar y, al no encontrar elementos que determinen la existencia de la conducta típica o si en verdad existieron los hechos, asuntos objetivos que el mismo fiscal debe verificar, éste tiene la autoridad para ordenar el archivo de esa noticia criminis.

No obstante, aunque dicha decisión está en manos del fiscal, y como la decisión del archivo afecta de entrada los derechos de las víctimas, no solo se requiere la motivación de ese auto sino que es necesario que medie entre el fiscal y la víctima una comunicación clara y entendible toda vez que se estaría hablando de un desconocimiento temporal de sus derechos, si quiera a la verdad y reparación.

Sin embargo, el mismo artículo 79 de la ley 906 de 2004 demandado deja abierta la posibilidad de reanudar la indagación si surgen “nuevos elementos probatorios”. Frente a lo anterior, la Corte sostiene que se pretende proteger la participación de la víctima incluso cuando ella misma encuentra material probatorio que le permita

orientar al fiscal en la investigación del asunto, encontrándose las autoridades obligadas a reanudar la actuación.

Ahora bien, en relación a la inadmisión de la denuncia, podemos observar que cuando no se encuentran los requisitos legales para que el fiscal inicie la acción penal bajo el entendido que toda actuación debe estar motivada desde sus inicios, nuevamente como se expuso con el archivo, se encuentra facultado para inadmitirla, no sin antes, advertir la Corte que nuevamente debe mediar una comunicación entre el fiscal y las víctimas para que al encontrarse enteradas de ese auto por el cual inadmite, el perjudicado por esta actuación, debe ser notificado. Es de aclarar que dicha decisión no obstruye la posibilidad de que vuelva a ser presentada, esto es, la inadmisión no hace tránsito a cosa juzgada, ello quiere decir que la víctima tiene la posibilidad de ampliar la denuncia para efectos de volver a iniciar la investigación.

Frente a lo anterior, la sentencia C-1177 de 2005, MP. Jaime Córdoba Triviño, entendió que la facultad de inadmitir la denuncia no es un acto de negación del acceso a la justicia, mas sin embargo, el estatuto procesal penal “no prevé ningún tipo de control interno o externo para la decisión de inadmisión de la denuncia” (C-1177 de 2005), y es aquí donde la Corte hace énfasis en que la denuncia es la primera posibilidad que la víctima tiene de ser escuchada por el fiscal o quien haga sus veces, entonces, el acto que inadmite la denuncia, “no puede quedar exenta de controles externos”.

Como posible decisión, la Corte condiciona la exequibilidad de dicho apartado del procedimiento penal en la ley 906 bajo el entendido que al igual que cuando se decida archivar, debe mediar acto de comunicación –notificación- al ministerio público y a la parte denunciante pero a diferencia de la anterior, se debe aducir “carencia de fundamento al tenor del inciso 2º del artículo 69” del estatuto procesal, y termina el fallo argumentando que “si en el denunciante concurre además la condición de víctima del delito, se le deben preservar todos los espacios de intervención que el orden jurídico prevé para este interviniente del proceso”

Con una apreciación como las dos anteriores pareciera que con el simple acto de notificar, a la víctima ya se le garantizarían sus actuaciones dentro del proceso o por lo menos se le tiene en cuenta. Aquí la crítica apunta nuevamente a los postulados teóricos de Honneth toda vez que de esa simple explicación ante esas dos primeras situaciones, esto es, el archivo y la inadmisión, la persona que fue invisible ante el victimario y padeció una degradación a sus derechos subjetivos, ahora el sistema le brinda opciones saludables para que vuelva a insistir.

Es así como dicho desprecio aumenta a nivel legal y práctico, hasta el momento en lo que a los postulados constitucionales se refiere en temas de inicio de la actuación por parte del denunciante, quien si a la vez tiene la condición de víctima, tiene que leer y ajustarse al Capítulo V, del título IV del Libro I del Código de

Procedimiento Penal. Hasta aquí el esquema solo es garantista en el discurso y en las buenas intenciones jurisprudenciales ante los propios aspectos negativos que trae la propia ley 906 de 2004.

De forma concordante con la crítica anteriormente establecida, encontramos esos principios que en la primera parte del capítulo nos detuvimos a criticar. Entre tanta norma, la Corte Constitucional nos habla en la sentencia C-454 de 2006, MP. Jaime Córdoba Triviño del *principio de tutela judicial efectiva*, entendido como esa pretensión de constitucionalizar el derecho penal en donde los derechos de la víctima elevados a rango constitucional a partir y como fundamento del artículo 250 de la Constitución como también el 29, 93 y 229 permiten establecer que existe una pretensión garantista de manera bilateral, esto implica según las consideraciones de la Corte que:

“Garantías como el acceso a la justicia (Art.229); la igualdad ante los tribunales (Art.13); la defensa en el proceso (Art.29); la imparcialidad e independencia de los tribunales; la efectividad de los derechos (Arts. 2° y 228); sean predicables tanto del acusado como de la víctima. (Corte Constitucional sentencia C-454 de 2006, MP. Jaime Córdoba Triviño)”

Ahora bien, de estas formas de surgimiento jurisprudencial por equiparar los derechos tanto del victimario como el de la víctima, puede muchas veces quedarse en el papel, muestra de ello son los dos primeros factores que

expusimos con sus efectos procesales y sustanciales, más aún, a continuación entramos a exponer cómo sería la actuación en lo que a la parte de pruebas se refiere para ver si la premisa de negación y desprecio se sostiene o se modifica en parte.

Continuando con nuestro tercer apartado en lo que respecta los derechos a probar de las víctimas y a intervenir en los diferentes momentos procesales atendiendo a las especificidades del sistema, aquí encontramos un elemento visible en los estudios doctrinales y es el de la comunicación, traducida a discurso técnico o principialista, que deben tener las instituciones del Estado para con la víctima desde el primer momento. Lo anterior lo encontramos como elemento presente en la parte considerativa de la sentencia C-454 de 2006.

Pero por más que exista el *principio de tutela judicial efectiva*, en las consideraciones de la Corte al interior de la cuestión debatida, se encuentra una contrariedad en lo que a la oportunidad de intervenir se refiere, puesto que si nos atenemos a dicho principio, las cargas procesales *deberían* predicarse iguales para el denunciante y el denunciado según la *ratio decidendi*.

No obstante, la ley 906 de 2004 fue clara en dejar de manera específica las actuaciones en las que puede intervenir la víctima o su apoderado; entonces el artículo 357 demandado por inconstitucionalidad, se ajusta a las garantías constitucionales al no trasgredir derechos fundamentales bajo el entendido que

“los representantes de las víctimas en el proceso penal, pueden realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía” (C-454 de 2006).

Dicho pronunciamiento, no tanto excluye a la víctima como si a sus actuaciones puesto que de nada se aleja de la pretensión normativa antes de ser demandada por inconstitucionalidad, entonces categorías como las de verdad, justicia y reparación dependerán de qué tanto la víctima ayudó al fiscal a probar en las etapas referidas. Así las cosas, de lo que se dé por probado, se puede reclamar justicia, según el artículo 11 de la ley 906 de 2004 el cual figura como principio rector, toda vez que la verdad dependerá de los hechos ciertos o de aquel debate revelado o descubierto.

Finalmente entramos a estudiar la figura de los preacuerdos y negociaciones, decisiones cuya repercusión afecta directamente a la víctima. El fundamento legal para entrar a estudio de dichas categorías, radica en que según los artículos 348, 350 al 352, observamos lo siguiente: primero que todo, se deben respetar los hechos, y si de entrada la víctima no alcanzó a intervenir en el apartado anteriormente expuesto, con mucha dificultad se puede acordar un acuerdo que sería visto como una forma para terminar de manera rápida la actuación de la fiscalía.

Frente a lo anterior, la Corte Constitucional, en sentencia C-516 de 2007, MP. Jaime Córdoba Triviño, encontró que “las normas que regulan los preacuerdos y las negociaciones, no contemplan un mecanismo de participación de las víctimas en estas instancias procesales, ni siquiera un papel pasivo o una intervención mediada por el fiscal”. Por lo que aquí se observa, y de manera diferente como se solucionaron los aspectos anteriormente citados, la Corte considera la invisibilidad de la víctima en esta fase negocial teniendo en cuenta que:

No se encuentran razones bajo las cuales se excluyó a la víctima para intervenir en esos acuerdos de manera previa; tampoco se estimó que dentro del acuerdo al que llegue el fiscal, debe ser escuchada la víctima por más que la misma constitución haga énfasis en que la fiscalía debe velar por los derechos de las víctimas y, existe una desigualdad que atenta a todas luces con aquel *principio de tutela judicial efectiva*.

Ciertamente, la Corte utilizando su facultad de corrección del discurso normativo con fundamento en la propia Constitución y advirtiendo la fuerza vinculante de sus fallos, decidió declarar la exequibilidad condicionada de los artículos 348, 350, 351 y 352 bajo el entendido que:

La víctima también podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal, y oída por el juez encargado de

aprobar el acuerdo, quien para su aprobación velará por que el mismo no desconozca o quebrante garantías tanto del imputado o acusado, como de las víctimas.

A modo de conclusión, esas cuestiones que a esta altura de la investigación tenemos, esto es, la posibilidad de participación de la víctima al momento de archivar, inadmitir la denuncia, solicitar pruebas o llegar hacer parte de los acuerdos, corroboran más los postulados teóricos de Axel Honnethen el entendido que el desprecio es constante y aún más en instancias judiciales; y se desvirtúa ese garantismo de Ferrajoli, quien no es culpable de que su teoría no aplique en Colombia en lo que a las víctimas se refiere sino que su discurso carece de efectividad en cuanto a contrastación teórica con la realidad fáctica se refiere.

Ahora bien en la última parte del presente capítulo se hará una exposición sistemática en lo que las actuaciones de la víctima se refiere para poder entrar de lleno en el capítulo III en la aplicación a un caso concreto en donde finalmente se contrastará la hipótesis de la investigación como era la que la víctima por lo menos en cuanto al procedimiento penal se refiere vive en un constante desprecio lo que la hace doblemente invisible, primero ante el victimario y después ante las propias instituciones de investigación y juzgamiento.

C. Fase técnica donde la víctima puede intervenir, desarrollo normativo.

En este apartado se va a exponer de manera general cómo desde el primer aspecto normativo constitucional, se desprende la noción de víctima la cual dependerá de la actuación de la fiscalía como instituto encargado de la protección de los derechos de la víctima, las etapas en que se espera su participación como *interviniente especial* y todo lo anterior dentro de un sistema penal de tendencia acusatoria.

Dado que lo anterior supone la emisión de una norma, se expondrá a la par los artículos que tratan lo propuesto como el sentido de la Corte a la luz de un esquema garantista que prevé la participación de todos en igualdad de condiciones. Para lograr los efectos esperados, recurrimos a la sentencia C-209 de 2007, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

El primer factor por el que se considera oportuno iniciar es la muestra jurisprudencial con que se dejó sentado lo que debe entenderse por verdad, justicia y reparación, que aunque no es inspiración propia de la sentencia objeto de estudio, se tomó como antecedente, la influencia de la sentencia C-228 de 2002, MP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett, con Aclaración de Voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería en cuanto al sistema penal anterior se refiere:

1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos. 2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad. 3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito. (Corte Constitucional sentencia C-228 de 2002, MP.Manuel José Cepeda Espinosa)

Con las categorías claras de lo que encierra la verdad, justicia y reparación, el Acto legislativo 03 de 2002 el cual se desarrolla con la ley 906 de 2004 expone todo un esquema procesal en cuanto a la intervención de la víctima iniciando con el concepto de víctima (art. 132); la atención inmediata que debe brindarle la fiscalía a quienes tengan la calidad de víctimas (art. 133); después encontramos las medidas de protección y atención a las víctimas (art.134); y después se encuentra la garantía de comunicación a las víctimas (art. 135); el derecho a recibir información (art. 136) y por último la intervención de las víctimas en la actuación penal (art. 137).

Una vez instauradas las normas que estipulan la existencia de la víctima, sus derechos y garantías, y bajo la premisa que debe tener el ente investigador como la defensa técnica que represente a la víctima, esto es, la verdad, justicia y reparación, en la etapa de juicio oral la víctima tiene una participación mediante

apoderado siempre y cuando tenga los medios o por abogado de oficio según se reglamenta también en la ley 906 de 2004.

Los momentos que se han visto en que puede intervenir la víctima son en los de la audiencia de formulación de acusación y en la audiencia preparatoria que según el art. 338 y 339 es donde se expone ante el juez de conocimiento al escrito de acusación para las demás partes, en ésta audiencia, es cuando se va a determinar la calidad de víctima (art. 340) y se reconoce a la persona que ejercerá su defensa técnica.

Continuando con la etapa de juicio oral, aquí se tiene en cuenta el postulado constitucional donde la víctima está supeditada a las actuaciones del fiscal claro está que también pueden ser oídos tanto el abogado de la víctima como el ministerio público. En este apartado la Corte Constitucional ha establecido una regla en la sentencia C-209 de 2007 donde le impone al juez el deber de velar porque la comunicación entre fiscal y víctima se desarrolle realmente y “y cuando así lo solicite el fiscal del caso, decretar un receso para facilitarla”.

Como la intervención del fiscal es necesaria para reconocer los derechos de la víctima, se faculta tanto al abogado como a la víctima que si en el momento del fallo estos llegasen a estar insatisfechos por lo revelado hasta ese momento, tienen derecho a utilizar los recursos ordinarios para impugnar la decisión, sólo bajo ese entendido, la lógica de la Corte Constitucional declaró exequibles los

artículos 378 -contradicción de los medios de prueba allegados o descubiertos dentro del proceso-, 391 –interrogatorio cruzado del testigo- y 395 –oposiciones durante el interrogatorio-.

Lo anterior quiere decir que se excluye a que la víctima haga parte de todo el procedimiento y sólo mediante la impugnación del fallo puede alegar total o parcialmente todo lo efectuado hasta ese momento. Bajo ese supuesto, la Corte en sentencia C-782 de 2012, MP. Luís Ernesto Vargas Silva entendió que “la participación directa de las víctimas en el juicio oral implicaría una modificación de los rasgos estructurales del sistema acusatorio, convirtiendo a la víctima en un segundo acusador o contradictor del acusado en desmedro de la dimensión adversarial del proceso”.

Como conclusión podemos sostener que a simple vista el esquema procesal a partir de la ley 906 de 2004 apoyados en interpretaciones garantistas de la constitución de 1991, tiene una marcada tendencia a proteger a la víctima dentro de un proceso penal, y si a lo anterior se suma los pronunciamientos de la Corte Constitucional en sus diferentes fallos y como lo seguirá haciendo referente a las intervenciones de la víctima y sus garantías sobre el papel y las leyes todo está marcado de tal forma que la víctima como sujeto vulnerado tiene asidero en el sistema procesal penal de manera eficaz.

No obstante, tal como se indicó al inicio del capítulo, en lo que tiene que ver con archivo, inadmisión, límites para la etapa probatoria e intervenir en los preacuerdos y negociaciones las expectativas normativas se pueden ver defraudadas. Entonces hablamos de unos errores de participación que se pretenden compensar con la apelación a manera de ejemplo, igual consideramos que sigue siendo desigual el procedimiento y más aún las herramientas.

Lo que justifica esta postura es que la víctima está a una escasa oportunidad procesal como son los medios de impugnación de hacer valer o buscar el reconocimiento de sus derechos que otra persona –victimario- le desconoció y que ahora depende de una defensa técnica si tiene la oportunidad de ser pagada o de un abogado de oficio o incluso de tener los argumentos fuertes para apelar y que su recurso aunque se conceda no sea desestimado, toda vez que en sede de segunda instancia estaría jugando con un principio en contra de sus derechos como víctima esto es, el de la *no reformatio in pejus*.

CAPÍTULO VI

APLICACIÓN A UN CASO CONCRETO

En este apartado de la investigación se propuso examinar un caso que atendiera a los propósitos anteriormente expuestos en lo que tiene que ver con la forma en que la víctima acude durante todo el proceso, o por lo menos en las etapas que se le reconoce pueda hacerse parte para examinar si los requisitos se cumplen a cabalidad, no solo en lo concerniente a lo establecido en la propia ley 906 de 2004 sino también siguiendo los postulados jurisprudenciales de la Corte Constitucional.

Ahora bien, se hace aclaración que los conceptos de víctimas no fueron tomados sólo a partir de sentencias de constitucionalidad, incluso, fueron determinantes las nociones que entiende la Corte Suprema de Justicia en su Sala de casación penal en especial las sentencias de 23 de agosto de 2011, radicado 34423. MP. José Leonidas Bustos Ramírez, sentencia de 15 de mayo de 2013, radicado 41217, MP. José Luís Barcelo Camacho, sentencia de 27 de febrero de 2013, radicado 38817, MP. Javier Zapata Ortiz, sentencia de 6 de julio de 2011, radicado 36513, MP. María del Rosario González de Lemos, sentencia de 2 de febrero de 2011, radicado 35582, MP. Julio Enrique Socha Salamanca y sentencia de 27 de febrero de 2013, radicado 35491 MP. Javier Zapata Ortiz.

Así las cosas, esto nos sitúo y nos puso como referente el exponer y analizar un incidente de reparación para contrastar o desvirtuar nuestra hipótesis dentro de la investigación, en donde la víctima dentro del proceso penal en lo que corresponde a la ley 906 de 2004, sólo tiene garantizados sus derechos en los códigos, pero ya en materia concreta, esto es, en un caso específico lo que vive es una serie de constantes desilusiones ante sus expectativas normativas que traducidas al lenguaje teórico-crítico social estamos en presencia de una sociedad despreciada por el propio sistema jurídico.

De ser cierto lo anterior, por otro lado, comprobaríamos el objetivo general de la investigación donde formulamos que si las contribuciones de la teoría del desprecio llegan a ser ciertas o por lo menos se ajustan al modelo puesto como es el sistema penal colombiano en lo que tiene que ver con la actuación de las víctimas, demostraríamos que la sociedad colombiana padece de un constante proceso de invisibilidad colectiva que depende en últimas de lo que las capas sociales superiores determinen por necesidad y cómo satisfacerlas.

A. Preliminares previstos en la norma y resaltados por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Es de anotar que examinados varios fallos, dentro de la estructura de la sentencia, no se encontró un apartado que haga énfasis en las intervenciones de la víctima, cuestión debatible y más cuando se espera aunque mínimas, algunas expresiones

de la defensa técnica o de la propia víctima. Al no observar las intervenciones, se intenta aducir según las reglas establecidas que los hechos probados son aquellos que atañen a la verdad que busca esclarecer tanto en ente investigador como la víctima.

Indagando la forma en que debe resolverse la reparación, se encuentra que es necesario recurrir a las modificaciones que trajo la ley 1395 de 2010 en lo que al incidente de reparación se refiere, en dicha normatividad en su artículo 86, se modificó el artículo 102 de la ley 906 de 2004 el cual indica que:

En firme la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este Código, de ser solicitadas por el incidente. (ley 906 de 2004, artículo 102)

Como la anterior normatividad fue objeto de análisis por la sentencia C-250 de 2011. MP. Mauricio González Cuervo, la Corte determinó que como primera medida, el concepto de “tercero civilmente responsable” tiene su origen al momento en que queda demostrado que a partir de la actuación de un sujeto activo, la parte pasiva incurre en una afectación a su entorno en todos los niveles

y dependiendo del caso en unos más que en otros, esto es, en aspectos económicos, afectivos, psicológicos, personales, familiares entre otros.

Así pues, en el entendido de la Corte Constitucional, la figura del tercero civilmente responsable se origina cuando una vez establecida la responsabilidad penal, la persona también tiene que hacerse parte en un incidente para responder patrimonialmente y así resarcir los perjuicios que debido a su conducta le ocasionó a la víctima. Además, aclara la Sala que el tercero civilmente responsable no es “equiparable a los demás intervinientes y partes” (C-271 de 2011) y que su finalidad está fijada a la reparación de la víctima.

Así las cosas, el incidente de reparación integral está constitucionalmente acorde a derecho bajo el entendido de la sala en la siguiente posición, lo cual se transcribe literalmente a continuación:

Es en este momento procesal en el que partiendo de la responsabilidad penal del condenado, -requisito sine qua non para que el tercero deba responder por el hecho ajeno- se da su participación mediante: i) la determinación de su relación para con el condenado, ii) la determinación de su obligación de reparar a la víctima; iii) el señalamiento del tipo de perjuicio y iv) la fijación del tipo de indemnización y su cuantía, la cual culminará con la sentencia que pone fin al incidente.

Como se desprende de lo antedicho, que el incidente de reparación surge una vez culminado el proceso en sentencia condenatoria en donde al sujeto penalmente responsable se hace ahora parte como tercero interviniente para responder con su patrimonio por el hecho ocasionado, debate que se realiza con todas las garantías constitucionalmente establecidas y que permite en este “pequeño proceso” que tanto víctima como victimario tengan igualdad de armas y puedan impugnar las decisiones. Es de anotar que aquí se pueden solicitar ante el juez que falló las medidas cautelares a que haya lugar.

B. Análisis de la intervención de la víctima en un proceso penal de ley 906 de 2004.

Bajo el supuesto que nos ocupa el cual debe garantizarle a toda víctima, esto es la verdad justicia y reparación, se puede manejar una figura literaria como es la de la emulación la cual consiste en adecuar una situación a un molde ya establecido para intentar explicar sus efectos. Así será como intentaremos explicar las categorías seguidas por la Corte Constitucional como una forma de justificar que en cada fallo las razones se encuentran y se cumplen con las razones constitucionales y legales.

Comenzando, en lo que corresponde a la premisa de verdad, la traen todos los fallos que resuelven un caso, toda vez que al no encontrar apartados que expliquen al observador qué se determinó como verdad para la víctima, se puede

llegar a entender que los hechos quedan esclarecidos cuando en la sentencia el juez resume los hechos y a partir de ahí empieza el ejercicio jurídico como quiera que ya se surtió la indagación por parte de la fiscalía.

Ahora, en lo que respecta a la justicia, y siguiendo la argumentación de la Corte Constitucional, se refiere al hecho de que no haya impunidad, cosa que salta a la vista en cualquier fallo que se pretenda leer, puesto si de condena en concreto se trata, todas las decisiones llevadas ante instancias judiciales penales terminan con la lectura de una sentencia condenatoria.

Así las cosas, pareciera que todo el discurso hasta el momento expuesto, se tratara de una mera conveniencia a cualquier caso concreto donde las reglas se cumplen, pero intentando ir más allá nos falta uno de los tres elementos que se busca en todo proceso penal y es la reparación. Frente a este, tenemos que anotar que en algunos fallos por lo menos en lo que respecta a varios delitos, el juez de instancia condena a una pérdida de la libertad y a una multa representada en dinero. Pero en razón ahora del incidente de reparación expuesto en la primera parte de este capítulo, se puede determinar que una vez condenada la persona se da inicio a la reparación integral.

El caso que se pretende examinar es una casación penal en sede de instancia ante la Corte Suprema de Justicia identificada con el número de proceso 34.145 del 13 de abril de 2011, MP. Sigifredo Espinoza Pérez, en dicho fallo podemos

observar varios puntos jurídicos a debatir pero, para efectos del presente capítulo únicamente nos detendremos en lo que al incidente de reparación directa se refiere.

Se aclara que los hechos se toman de manera textual para iniciar el ejercicio de estudio de caso, esto es, determinar si en esas etapas en las cuales la Corte Constitucional fijó que la víctima puede hacerse parte, se tuvo en cuenta o si por el contrario nos toca hacer interpretación extensiva y llegar emular, cosa que alteraría por completo los resultados de la investigación y nos llevarían a acomodar las respuestas esperadas.

(i) En los hechos, se encierra la demanda se encuentra que el juzgado 2º penal del circuito del Socorro (Santander), condenó al procesado Mauricio Parra Cendales a las penas principales de 42 meses y 20 días de prisión, multa equivalente a 24.44 smlmv y la privación de manejar vehículos automotores por el lapso de 40 meses como autor de los delitos de homicidio culposo y lesiones personales culposas.

(ii) Antes de la realización de la audiencia de la formulación de acusación, el fiscal del caso y el acusado –con aquiescencia de su defensor- celebraron preacuerdo según el cual, el segundo aceptaba la imputación, a cambio de una rebaja punitiva de la tercera parte.

(iii) Asignado el asunto al Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad, en diligencia adelantada el 19 de febrero del mismo año, aprobó el acuerdo, anunció la emisión de sentencia condenatoria y advirtió a las víctimas que a partir de ese momento contaban con 30 días para solicitar la verificación del incidente de reparación integral.

(iv) Iniciado el incidente de reparación integral, en la primera audiencia, ventilada el 27 de abril siguiente, se constituyeron como víctimas, por conducto de sus respectivos apoderados [aproximadamente 4 familiares de los fallecidos, 10 lesionados]

(v) Para culminar el incidente de reparación integral se precisaron siete sesiones más, [en la] última, se adoptó la decisión que posteriormente sería incorporada al fallo.

(vi) Lo decidido sobre el incidente de reparación integral, quedó consignado así en el fallo impugnado:

“TERCERO: CONDENAR a MAURICIO PARRA CENDALES, PABLO ANTONIO BARÓN PEÑA en su calidad de propietario del automotor siniestrado, a la empresa OMEGA LTDA., y a la Aseguradora COLPATRIA S.A., afectándose con ello, las pólizas básicas y en exceso, hasta los montos máximos de los amparos asegurados, y que fueran suscritas con la empresa transportadora,

al pago en forma solidaria de las condenas fijadas en el respectivo acápite de la indemnización de perjuicios, salvo para esta última (sic) obligada, en lo que tiene que ver con la reparación a los daños a la vida de relación, por los motivos expuestos en el acápite correspondiente, y por los hechos que da cuenta la parte motiva de este fallo, indemnizaciones que discriminamos así:

- A favor de XXX [y así se empieza a establecer la indemnización a cada una de las víctimas]

-Las anteriores condenas, a las cuales se suman las agencias en derecho y los honorarios del curador ad litem, deberán ser canceladas por los declarados civilmente responsables, en la forma establecida en la parte pertinente de este proveído, en el término de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de esta decisión, dejándose en claro, de un lado, que el pago de las sumas fijadas en salarios mínimos legales mensuales será el equivalente a la fecha de su cancelación e igualmente que transcurrido el plazo aquí dispuesto, sin el cumplimiento de sus obligaciones por los declarados civilmente responsables, las cuantías fijadas en este numeral generaran un interés legal del 6% anual.

(...)

Así las cosas, podemos determinar varios aspectos que serán tenidos en cuenta como los resultados de la investigación a nivel empírico: Frente a los hechos se puede determinar que <<la verdad>> de los hechos se construyó a partir de los presupuestos fácticos y de la tarea del fiscal. De igual forma, tal como se expuso en el caso, la investigación en ningún momento fue objeto de archive como tampoco de inadmisión, lo cual nos permite deducir que la labor de la fiscalía hasta antes del preacuerdo fue de constante comunicación con la víctima y su apoderado.

En el literal (ii), se observa que la fiscalía realizó pre-acuerdo con el acusado en compañía de su defensor. Aquí lo que no se consigna como tampoco se encontró fue la autorización o si quiera la intervención de la víctima tal como lo estipulan las reglas para este tipo de actuaciones. En el literal (iii) el Juzgado Segundo Penal del Circuito al haber aprobado el pre-acuerdo, se observa que el juez no indago sobre la comunicación entre fiscal y víctima como tampoco se brindaron los espacios para que la víctima participara en esta etapa.

En lo que atañe a la categoría de <<justicia>> de que trata la Corte, se observa que como tal existió una sentencia que condenó los hechos de esa conducta que atento contra los derechos subjetivos de un grupo determinado de personas. Finalmente, en los literales (iv), (v) y (vi), se encuentra que en este caso, objeto de análisis, el juez inició el incidente de reparación integral y taso los perjuicios para

cada víctima, puesto que se dividieron en representantes de los familiares fallecidos y personas lastimadas en el accidente.

C. Garantismo o desprecio en el sistema jurídico colombiano

Una vez descifrado el caso, en clave constitucional nos permitimos asegurar unas proposiciones y criticar otras en sede judicial. Frente a las primeras está claro que actualmente se vislumbra un proceso de constitucionalización del derecho penal y ello gracias a diversas fuentes de influencia, una de ellas son los mismos tratados internacionales y la oportunidad abrigada de compromiso que el Estado Colombiano se dio al momento de configurar en su constitución el bloque de constitucionalidad justamente para no solo trasplantar ideas legales sino posiciones doctrinales.

Cuando examinamos el régimen legal que tiene la intervención de la víctima a partir del Acto legislativo 03 de 2002 el cual se desarrolla por la ley 906 de 2004 entramos en sospecha legislativa por cuanto aunque a diferencia de los anteriores estatutos procesales en materia penal no se fijaba una posición tan clara con respecto a la víctima, ahora se destinaban unos cortos artículos en el capítulo V destinados justamente a esa protección e intervención dentro del proceso penal.

Del mismo modo, los análisis de constitucionalidad de los diversos artículos demandados ante la Corte Constitucional permitieron que se fijaran reglas claras

en lo que respecta a determinadas premisas normativas que algunos ciudadanos demandaron por creer inconstitucional dicha legislación. La Corte salió como en diferentes temas se ha visto, con una argumentación frente a unos artículos necesarios y en otros se encargaba de repetir ese discurso de las premisas de verdad, justicia y reparación. Tal fue el caso de los análisis frente al archive y la inadmisión de la denuncia.

Aquí veíamos un desprecio por parte de quien se esperaba garantizara el discurso de protección de los derechos humanos y más el de la víctima en una sociedad que en ocasiones pareciera que absorbe las situaciones negativas tanto que las permean las propias instituciones. Pero sin dejar de lado el espíritu de la investigación, en este capítulo, se continuó con los otros temas, esto es, analizar la materia probatoria y la intervención en los pre-acuerdos donde también se hacía necesaria a luces de los demandados esa rectificación del discurso constitucional para proteger los derechos y la participación de las víctimas.

Pero cuando todo estaba dado a una completa afirmación de desprecio, la Corte de manera sutil, utilizó un lenguaje armónico y lógico-práctico, esto es, le niega a la víctima la posibilidad de actuar de manera directa en el ejercicio de reclamar sus derechos, dejándolo en ciertas etapas a la espera de lo que señale el fiscal pero le concede la oportunidad de poder impugnar las decisiones a que se lleguen para que sea ahí el justo momento en que se escuche a la víctima ante la inconformidad que se plantee dentro de todo el proceso penal.

Justo cuando las reglas teóricas apuntaban a que todo lo hasta aquí recorrido apuntaba a un sistema despreciable para con el individuo, se pone a prueba el estudio de un caso concreto, no sin antes advertir que la ley 1395 de 2010 introdujo una modificación a la forma de entender en materia procesal ese incidente de reparación que debía surtirse después de la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público en donde el juez convocará a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal.

Cuando se abordó el caso de plano, a partir de una sentencia de casación, se encontró que las reglas se cumplen a la mitad, es decir, unas partes donde se protege a la víctima, otras no, e incluso se recurrió a un mecanismo de emulación para interpretar el efecto esperado en donde las premisas de verdad, justicia y reparación se llenen de contenido en cada fallo.

Así las cosas, existe en este apartado una sensación entre desprecio por la víctima frente a un discurso garantista que se debate en cada actuación judicial. Por lo menos en el fallo que se escogió, el cual fue al azar, los resultados fueron en términos de porcentajes iguales, lo que no aceptamos como un consuelo frente a tanto drama que se vive al interior del proceso penal y más en una sociedad que piensa todavía en que la solución la brinda el derecho de la sociedad.

Además del error implícito encontrado tanto en los fallos como en la propia ley 906 de 2004, con los autores estudiados se percibe un proceso dialéctico donde la tesis propia del derecho penal garantista pretende humanizar el proceso y se encontró con la postura de la Corte Constitucional y su principio de tutela judicial efectiva.

Pero como antítesis encontramos las formas de desprecio palpables o siquiera observables dentro de una sociedad como la que hoy nos sirvió como referencia. Y la síntesis aunque se pueda debatir es que algunas personas salen etiquetadas con éxito frente a su paso por un proceso como víctima como en el caso objeto de estudio y otras no corren la misma suerte o la sentencia no refleja nada de lo establecido ni en la jurisprudencia ni en la normatividad.

CONCLUSIONES

Una vez finalizada la investigación, y establecidos los preliminares teóricos, normativos, jurisprudenciales y empíricos, podemos coincidir en varios aspectos dogmáticos tanto a nivel de la teoría crítica como del garantismo; jurisprudenciales en cuanto a la corrección del discurso normativo en cuanto a la intervención de la víctima se refiere y finalmente los empíricos.

Frente a lo primero, es necesario determinar que las dos posturas que se establecieron como puntos de partida orientaron toda la investigación toda vez que fue una lectura de la sociedad como la que se tomó de Axel Honneth la que nos permitió justificar los modelos actualmente percibidos, en donde muchos procesos psicológicos subjetivos del individuo se transmiten en la realidad.

Por otro lado encontramos que el sistema de derecho lleva consigo una premisa de corrección del discurso normativo y que ha sido tomada en cuenta en los últimos diez años, razón por la cual se habla de un neo-constitucionalismo y más aún de un proceso de constitucionalización del derecho penal en donde se pretende hacer más humano y garantista los procedimientos y las penas mismas.

Pero como contraste en estos dos postulados teóricos, encontramos que puede haber normas que producen un doble efecto, desprecian al individuo o le permiten garantías frente a su intervención dentro de un proceso y como prueba de lo

anterior, acogimos la categoría de víctima dentro del sistema procesal penal para exponer ese resultado observado.

Ahora bien, frente a las posturas jurisprudenciales en donde la Corte Constitucional fija su postura frente algunos institutos del derecho procesal penal y más aún en lo que tiene que ver con reglas a cumplir, se encontró en toda la comunicación, esto es, desde la expectativa normativa que antecedió a los fallos, pasando por los mismos pronunciamientos e incluso observable en la lectura del incidente de reparación, un discurso emitido por una autoridad que en primera medida fue política y después judicial.

En lo que atañe a los análisis de constitucionalidad de algunos artículos examinados se encontró que las omisiones del legislador, en algunas la Corte entraba a suplir esos vacíos pero en otros manejaba una retórica que llenaba el obiterdictum de los fallos como era fijar para cada postulado donde la víctima se hacía parte, la premisa de verdad, justicia y reparación.

Frente a esto último, no se encontró ya en el análisis del caso concreto, una estructura de la sentencia que traiga dentro de sí un orden o por lo menos donde sean tenidas en cuenta la intervención de la víctima. Aquí nuevamente el discurso se refleja en un criterio de autoridad donde se tendrá que asumir o interpretar como en efecto se hizo que cuando se lee las intervenciones del fiscal o los

preacuerdos, se deduce que la víctima está de acuerdo en esas actuaciones del fiscal.

Cuando la misma Corte se encontraba con que en definitiva la omisión legislativa era muy evidente y no se había incluido esa igualdad proclamada en algunos fallos para todos los intervinientes dentro del proceso, sostiene que se deben someter las víctimas y sus apoderados a los recursos de impugnación que la ley trae para el efecto.

Para finalizar, cuando nos enfrentamos en el análisis de un caso concreto para determinar la intervención de la víctima en el incidente de reparación, encontramos que en efecto algunas reglas se cumplen, pudiendo hablar de un garantismo efectivo pero también hay otras que se pasan por alto, argumentando entonces un desprecio total hacia la víctima.

Como aporte, consideramos que hacer la inclusión de teorías alejadas de la ciencia del derecho como fue el estudio de Honneth nos permite comprender más los institutos penales e intentar justificar que ante una norma que todos ven como algo que construye ese edificio normativo, existió una serie de luchas, sufrimientos y mal entendidos teóricos que hoy permiten hablar con propiedad de esa figura.

Pero también el aporte apunta a una crítica del discurso que en ocasiones se aleja de la realidad y que únicamente las repercusiones las recibe ese ciudadano que por cuestiones del azar le toco ser víctima en un proceso.

Adicionalmente surgen otras dudas para futuras investigaciones que se ocupen del tema de la víctima en el proceso penal, como son: ¿qué tanto se puede hablar de verdad, justicia y reparación cuando el discurso ya está pre-establecido?, ¿Por qué no existe en materia penal un orden en la estructura misma de la sentencia donde se observe el sentido de la víctima? ¿En verdad existe igualdad en las partes a partir del principio de tutela efectiva?, ¿puede una víctima ser desconocida en todo el proceso penal?

Cuestiones e interrogantes estos que quedan abiertos, como arriba dijimos, a exploraciones investigativas futuras.

BIBLIOGRAFÍA

1. Alexy Robert, *Teoría de los derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, Madrid 1993.
2. Alexy Robert, *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*, editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1995.
3. Alexy Robert. *Tres Escritos Sobre Los Derechos Fundamentales Y La Teoría De Los Principios*. Universidad Externado de Colombia. 2003
4. Becker, H. (2009). *Outsiders*. (J. Arrambide, Trad.) Buenos Aires: Siglo veintiuno.
5. Dewey Matías, Procedimientos Fallidos: Disposición al riesgo y legitimación de expectativas normativas en Argentina, (en línea) <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RDS/article/viewFile/14491/14804> última consulta 4 de junio de 2011, Revista de Sociología 22/2008 Facultad de Ciencias Sociales-Universidad de Chile.
6. Declaración universal de los derechos humanos
7. Estrada, Sergio (2006) *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad* (Sello editorial) 2006
8. Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*. (P. A. Ibañez, Trad.) Madrid: Trotta.

9. Ferrajoli, L. Garantismo Penal, editorial Universidad Nacional Autónoma de México, Serie de Estudios Jurídicos 34, México D.F, 2006
10. Ferrajoli, L (1999) Derechos y garantías: la ley del más débil. Madrid Trotta.
11. Foucault, M. (2011). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.
12. Honneth, A. (2011). *La sociedad del desprecio*. (F. J. Herzog, Trad.) Madrid: Trotta.
13. Luhmann, N. (2005). *El derecho de la sociedad*. (J. T. Nafarrete, Trad.) México: Herder.
14. Luhmann, N. (2005). *Poder*. (L. M. Talbot, Trad.) Barcelona: Anthropos.
15. Luhmann, N. La Sociedad del Riesgo. Traducción Silvia Peppe. Universidad Iberoamericana y Universidad de Guadalajara Jalisco 1981
16. Mejía, Oscar, Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho en Humanitas (No. 33), Nuevo León: Centro de Estudios Humanísticos (Universidad Autónoma de Nuevo León), 2006
17. MIR PUIG, Santiago. El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Ed. ARIEL S.A, 1ª Edición junio de 1994. BARCELONA-ESPAÑA
18. Convención Americana Sobre los Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica.
19. Patiño, M. C. (2009). *La intervención procesal de la víctima*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
20. Uprimny Yepes Rodrigo, Rodríguez Villabona Andrés Abel. Interpretación Judicial. Unibiblos Bogotá 2003.

21. Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*. (P. A. Ibañez, Trad.) Madrid: Trotta.
22. Ferrajoli, L. (2009). *Garantismo*. Madrid: Trotta.
23. Honneth, A. (2009). *Crítica del agravio moral*. Argentina: Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A.

SENTENCIAS

1. Constitucional Sentencia C-782 de 2012, MP. Luís Ernesto Vargas Silva
2. Constitucional Sentencia C-250 de 2011. MP. Mauricio González Cuervo.
3. Constitucional Sentencia C-260 de 2011. MP. Jorge Iván Palacio Palacio
4. Constitucional Sentencia C-516 de 2007, MP. Jaime Córdoba Triviño.
5. Constitucional Sentencia C-209 de 2007, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.
6. Constitucional Sentencia C-454 de 2006, MP. Jaime Córdoba Triviño.
7. Constitucional Sentencia C-1177 de 2005, MP. Jaime Córdoba Triviño.
8. Constitucional Sentencia C-1154 de 2005, MP. Manuel José Cepeda Espinosa
9. Constitucional Sentencia C-004 de 2003 MP. Eduardo Montealegre Lynett.
10. Constitucional Sentencia T-249 de 2003 MP: Eduardo Montealegre Lynett.
11. Constitucional Sentencia C-228 de 2002, MP. Manuel José Cepeda Espinosa
12. Constitucional Sentencia C-578 de 2002 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

13. Constitucional Sentencia C-875 de 2002 MP: Rodrigo Escobar Gil.
14. Constitucional Sentencia T-1267 de 2001 MP: Rodrigo Uprimny Yepes.
15. Constitucional Sentencia SU-1184 de 2001 MP: Eduardo Montealegre Lynett.
16. Corte Suprema de Justicia. Rad. 34.145 de 2011. MP. Sigifredo Espinoza Pérez.
17. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 23 de agosto de 2011. Rad. 34423. MP. José Leonidas Bustos Ramírez
18. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 15 de mayo de 2013, radicado 41217, MP. José Luís Barcelo Camacho
19. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 27 de febrero de 2013, radicado 38817, MP. Javier Zapata Ortiz
20. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 6 de julio de 2011, radicado 36513, MP. María del Rosario González de Lemos
21. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 2 de febrero de 2011, radicado 35582, MP. Julio Enrique Socha Salamanca
22. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 27 de febrero de 2013, radicado 35491 MP. Javier Zapata Ortiz