

ACTUACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO:
PROBLEMA DE IGUALDAD Y VIOLACIÓN AL DERECHO A LA DEFENSA
ANÁLISIS CONSTITUCIONAL

CLAUDIA MARCELA BUITRAGO AGUDELO

UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
MANIZALES
2020

ACTUACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO:
PROBLEMA DE EGULDAD Y VIOLACIÓN AL DERECHO A LA DEFENSA
ANÁLISIS CONSTITUCIONAL

CLAUDIA MARCELA BUITRAGO AGUDELO

Ensayo académico como trabajo de grado para optar al título de Especialista en Procesal Penal

UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
MANIZALES
2020

RESUMEN

El trabajo que a continuación aborda el papel de la víctima con respecto al nuevo sistema penal acusatorio instaurado a partir de Ley 906 de 2004, teniendo en cuenta aspectos tan importantes como su participación en el proceso o en su defecto la afectividad de quien lo pueda representar, teniendo en cuenta una ponderación de principios constitucionales, entre ellos el de proporcionalidad, toda vez que la misma categorización de los delitos y las consecuentes penas son discriminatorios en cuanto a la vulneración de sus derechos.

Así las cosas y teniendo en cuenta las diferentes posiciones de doctrina, jurisprudencia y ley, se fomenta las discrepancias exegéticas, teniendo como referente la norma mencionada anteriormente, la constitución como regente indiscutible y su prevalencia en el marco de un Estado Social de Derecho, cuya esencia es la garantía de protección de los derechos fundamentales, en consecuencia, para el análisis, se establece un enfoque metodológico cualitativo hermenéutico.

Palabras clave: Víctima, sistema penal acusatorio, ponderación, derechos fundamentales.

ABSTRACT

The work that then addresses the role of the victim with respect to the new accusatory criminal system established from Law 906 of 2004, taking into account such important aspects as their participation in the process or, failing that, the affectivity of whoever can represent them , taking into account a weighting of constitutional principles, including proportionality, all the time that the same categorization of crimes and the consequent penalties are discriminatory in terms of the violation of their rights.

Thus, and taking into account the different positions of doctrine, jurisprudence and law, exegetical discrepancies are encouraged, taking as a reference the norm mentioned above, the constitution as indisputable ruler and its prevalence within the framework of a Social State of Law, whose essence is the guarantee of protection of fundamental rights, consequently for the analysis, a hermeneutical qualitative methodological approach is established.

Key words: Victim, accusatory penal system, weighting, fundamental rights.

INTRODUCCION

En todo el entramado del procedimiento penal, la víctima se constituye en el actor preponderante por antonomasia, o por lo menos así debe ser, sobre todo si se tiene en cuenta que es a partir de la vulneración de un derecho que esta se constituye en tal. Ahora bien, la relevancia del trabajo que a continuación se desarrolla, tiene que ver con el papel que ésta cumple en todo el proceso judicial, particularmente en el nuevo sistema penal acusatorio, donde se arguye una preponderancia en el delito y en la infracción en términos de la proporción en que viola la norma, de manera que su castigo es consecuente.

En ese orden de importancia, la víctima que se relega a un plano apenas de convidado de piedra, donde su única intervención se reduce a la de símbolo de esa infracción y en origen del eventual proceso penal que se suscita por la comisión de ese delito. No obstante, en el nuevo sistema penal acusatorio, el papel de la víctima en el proceso, podría presumirse un cambio, de manera que esta pueda trascender en su irrelevancia jurídica. Porque en todo caso, se hace referencia a un individuo que en el ejercicio de su ciudadanía (en términos de derechos deberes) o residente en el país temporal o definitivamente y en consecuencia en sujeción a las normas. Pero en el análisis propuesto, el abordaje tiene que ver con una víctima visible en función de una

reivindicación de derechos y de un Estado garante, dado que el derrotero del proceso penal, cualquiera sea su desarrollo normativo, es concreta, no en la infracción cometida, sino en la violación de derechos, independiente de su categoría y es en el coasociado en donde se materializa esa violación.

Con base en lo anterior, el propósito del análisis, tiene que ver con el papel de la víctima como sujeto procesal, teniendo en cuenta los parámetros constitucionales (formales), aquellos que tienen que ver con la igualdad de armas en primer lugar, la proporcionalidad en la distribución de cargas y en la materialización, en lo que tiene que ver con la ponderación de estos principios, desde el Estado como garante de derechos. Por ello cuando se alude a la igualdad de armas se hace referencia a un concepto decimonónico, cuya vigencia se justifica en el principio de equidad; toda vez que se presume en un Estado Social de Derecho y en una democracia como la colombiana, que prevalece la oportunidad de validar el propio argumento en un conflicto, como el que se suscita en un proceso penal. Al respecto la connotación de la expresión “igualdad de armas” es palabras de Resolución

DH(63)1, Ofner and Hopfinger vs Austria, 1963; Report No. 31/63, Pataki and Dunshirn vs . Austria (1963), organismo citado por María Isabel Santos Ramos (2012); en la Revista cuadernos de derechos penal: *“la igualdad de armas, es la igualdad procesal del acusado con el acusador público, es un elemento inherente al juicio justo”* (p 70).

Cabe aclarar que, en la acepción anterior, se les asigna igual valor a las partes y podría presumirse en ello, que la inocencia en el acusado en un presupuesto procesal que se sustenta en su propia versión o en su silencio; no obstante, en tal premisa la carga de la prueba se le asigna a la víctima; en tanto que debe mostrar las suficientes evidencias para que su causa tenga eco, esto

a través del ente acusador (la fiscalía); ahora bien, en cuanto a este organismo, el énfasis está en la prueba que condena y por tanto que reclama la infracción al Estado, sin embargo, pareciera que los intereses de la víctima se diluyen en este ejercicio procesal, debido a que las medidas que condenan, no necesariamente restituyen el bien constitucional vulnerado, de manera que esta se re-victimiza.

En ese orden de ideas el análisis se despliega, teniendo en cuenta tres elementos relevantes en el desarrollo normativo desde la perspectiva de la víctima, el primero asociado con el estudio iushistorico de su intervención en el sistema penal. El segundo acápite aborda la realidad procesal en cuanto a la intervención de las víctimas en el proceso penal. Y el tercero por su parte contempla el análisis de la realidad procesal desde el principio de igualdad y el derecho constitucional a la defensa, con la vehemencia de ponderaciones que ello conlleva. Y con el fin de surtir convenientemente el propósito planteado se recurrirá a un método cualitativo analítico de investigación, con un enfoque hermenéutico jurídico, ya que este permite recalar información documental que coadyuve a una comprensión, si se quiere más integral del problema normativo aquí expuesto.

LA AMBIGÜEDAD NORMATIVA COMO PROBLEMA JURIDICO

De la norma que concita a la convivencia, se espera que sea justa, equitativa, razonable y proporcional, dentro de sus condiciones apenas naturales, porque esta se constituye per se, una herramienta vital, para regular la conducta propia en función del congénere y es, en ese sentido que se connota el termino sociedad, para que su dimensión conceptual se ajuste consecuentemente con un colectivo que comparte en reciprocidad y armonía, de manera que cuando exista algún factor que altere ese equilibrio, se apliquen los correctivos necesarios que permitan volver a la coexistencia pacífica.

Al respecto es imprescindible abordar la organización social desde la norma que la regula y que establece un derrotero en las acciones colectivas cotidianas, sin embargo, para ello se hace necesario resignificar cada uno de los elementos asociados a la justicia como valor superior y a los métodos que la materialicen y por ello se hace imperioso aludir al modelo social y a los métodos que identifiquen dicho modelo, en favor de sectores de ese colectivo o en su defecto a su totalidad. Así las cosas, el derecho en su connotación regulativa asume la responsabilidad exegética del comportamiento humano en su convivencia cotidiana y en el producto del ejercicio legislativo, es decir, de la norma como hoja de ruta de la sociedad y aunque el propósito de este ejercicio analítico no es la conceptualización de las acepciones propias del derecho, es perentorio identificar la etimología de algunas de ellas, para establecer el papel de la víctima en los procesos penales y en su defecto en la materialización de la protección de sus derechos, que es básicamente lo que exige del Estado la Constitución Política, para la totalidad de sus coasociados o de quienes están bajo su égida.

En ese orden de ideas, lo primero y quizás lo más perentorio de este estudio es definir el derecho, en función de una sociedad democrática, dado que, si bien es alusivo a la regulación del quehacer social, su función es válida en cualquier modelo. Pero en el caso materia de análisis, en palabras de Eduardo Antinori (2006), en su libro “Conceptos Básicos de Derecho”; es la adherencia a una regla o a un conjunto de reglas:

Si nos atenemos a la etimología de la palabra, “derecho” alude a “directum”, “dirigido”, con lo que se indica sujeción a una regla, imagen que aparece constantemente en todas las lenguas europeas derivadas del latín: “droit”, “right”, “diritto”, etc. A continuación, y como prueba de lo que estamos expresando, detallamos una serie de conceptos respecto de lo que algunos autores entienden por derecho: Para Arauz Castex,

“el derecho es la coexistencia humana normativamente pensada en función de justicia”.² Para Borda, “es el conjunto de normas de conducta humana establecidas por el Estado con carácter de obligatorio y conforme a la justicia”.³ Para Salvat, “es el conjunto de reglas establecidas para regir las relaciones de los hombres en sociedad, en cuanto se trate de reglas cuya observancia puede ser coercitivamente impuesta a los individuos”. (Antinori, 2006, p 26).

Y es en la primera y la última, acepciones mencionadas por el citado, donde se centra el problema aquí planteado, debido precisamente a que la naturaleza del derecho y su propósito están implícitos en su etimología, véase ¿por qué. Un primer aspecto que hace fundamental este examen, tiene que ver con el derecho como un conjunto de reglas que exigen sujeción, esto quiere decir que su cumplimiento no es voluntario, ni discriminatorio, por lo menos, no en términos de un modelo como el de la sociedad colombiana y he ahí, donde el segundo aspecto a considerar. La justicia en términos de coexistencia o viceversa (la coexistencia en términos de justicia), dando por sentado que ésta premisa es equiparable con igualdad o equidad, de manera que esa alusión en el último significado de la cita: “conjunto de normas... para regir relaciones” trasciende su objetivo formal, ya que, aclara en la coerción, su necesidad de materialización.

De lo anterior se puede colegir entonces que la norma es naturalmente coercitiva, porque limita la conducta en el colectivo, precisamente para poder abastecer de garantías los derechos individuales, de manera que la libertad, no sea una excusa para la extralimitación, y en consecuencia una violación de derechos, que es lo que de alguna manera el propósito de un Estado Social de derecho, como el colombiano. Y en lo que respecta al derecho penal, se presume una limitación supra coercitiva en función de la defensa de los derechos, esto significaría que en la norma que regula la violación se pretende proteger al individuo que de una u otra manera ha sido

objeto de violación, en síntesis, se presumiría en el derecho penal la protección y restitución de derechos de quien se constituye en víctima como un objetivo principal, ello significa que no es la comisión de un delito lo que realmente invoca el imperio de la ley, sino la **vulneración**, en un sujeto, es decir, en una persona, que como miembro de ese Estado, reclama su salvaguardia.

Y en lo que a la normatividad penal se refiere, en Colombia la función de la pena tiene como objetivo, más que la protección de la víctima, la rehabilitación del infractor, de manera que el código penal prioriza en función de la violación de una norma y no de un individuo vulnerado, en un ejercicio *ius puniendi*, donde la víctima queda rezagada a un efecto colateral del proceso y de los resultados de esta y en tal virtud, es procedente hablar de los principios de legalidad como consecuentes con el ordenamiento procesal penal, bajo la perspectiva de la víctima. De manera que de esta a partir de estos enunciados que surge la inquietud: ¿Cuál es la injerencia de las víctimas en el nuevo sistema penal acusatorio, desde la perspectiva Constitucional y en la ponderación de los principios de igualdad?

EL DERECHO EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN FUNCIÓN DE LA VÍCTIMA

Ya con anterioridad se hizo referencia a la función, o mejor el propósito del derecho en el marco de un Estado democráticamente constituido y de las implicaciones en los modelos normativos de tal organización política, teniendo en cuenta que las medidas adoptadas en cualquier área, surgen la luz de una declaratoria precedente, de estado social de derecho; dándole prelación con ello a los derechos fundamentales, con un énfasis irrestricto en el individuo como objeto de tal declaratoria, toda vez que los principios de igualdad, justicia y proporcionalidad, deben ser ponderables en la concepción legislativa, sin que con ello se obvien otras prerrogativas constitucionales. Se hace referencia pues, al derecho penal, como una rama de este, que conoce, legisla y ejecuta, conforme a la comisión de delitos y a las consecuencias de dicha comisión. Sin

embargo, parafraseando a Santiago Mir Puig (2002), abordar el derecho penal desde esa acepción penal, requiere en todo caso, adoptar la perspectiva integral del derecho (p 1), dado que con ello se permite establecer algunos significantes en la materialización de la norma que consolida la organización social de manera integral.

En consecuencias dos vertientes divergen para enajenar la acción del Estado o por el contrario para darle validez fáctica. De un lado la filosofía del derecho, cuyo peso argumentativo radica en la formalidad de lo concebido en materia normativa, y en el otro extremo de esa balanza que emula la justicia, el contrapeso de la teoría del derecho que intenta discernir sobre la conveniencia de su materialización, pero lo particular de este altercado nominal, es que, de alguna manera, diluye el propósito real del derecho y de la norma en discusiones baladí, que repercuten en el verdadero objeto de ella. Y no se trata solamente por los contextos en que la ley se concibe, sino por las motivaciones ajenas a esos objetivos. Y al respecto, necesariamente se tiene que acudir al derecho positivo, como una cualidad inherente y natural a cualquiera de sus especialidades o de sus objetivos.

Pero, aun limitada al derecho positivo, la pregunta: ¿qué es el derecho?, presupuesto de la que aquí importa: ¿qué es el derecho penal?, puede responderse en muy distintos sentidos. A la filosofía del derecho le interesará preguntarse, a través de esta pregunta, por la esencia material del derecho: Cuál es su esencia. Planteada así la cuestión obtendrá respuestas distintas según el aspecto que se considere esencial en el derecho. Podría elegirse, pongamos por caso, tanto el aspecto ontológico (cuál es el ser peculiar del derecho), como el aspecto funcional (qué función tiene) o el teleológico (a qué fin tiende) del orden jurídico. Y cada escuela resolverá con criterio diferente cada una de estas cuestiones. La teoría general del derecho podrá, en cambio, preferir a la búsqueda de la

esencia material del derecho su esencia formal: la descripción externa de lo que es derecho, que permite diferenciarlo de conceptos afines como el de moral o usos sociales. (Mir, 2002, p 4).

Y si se quiere dimensionar el papel de la víctima, en este modelo penal, es perentorio entonces, establecer las bases que permitan dilucidar un problema de viaja data, que se reduce a su re victimización, porque en estas diferencias excesivamente ortodoxas, este importante actor en el entramado formal del derecho, se mantiene sorprendentemente marginado. Cabe aclarar que cuando se hace referencia a la marginalidad se hace sobre la premisa, que el proceso penal compromete al infractor frente al Estado y este se asegura que pague por ello; no obstante, ese castigo no siempre lleva implícita una reparación directa o por lo menos no se garantiza.

Lo anterior genera una disyuntiva, pues, por un lado, se tiene a una víctima que interviene de forma directa y activa en el proceso penal para asegurar la garantía de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación (principio del libre acceso a la administración de justicia); y, por el otro, está el marco de un proceso penal adversarial, constituido de forma primordial como un sistema de garantías que opera a partir del principio rector de la igualdad de armas entre acusador y acusado. Ello obliga a preguntarse si la intervención de la víctima en el proceso penal nacional, tal y como está concebida en la actualidad, vulnera el principio de igualdad de armas. (Santos, 2017, p 68).

En tal planteamiento, se tienen dos versiones diametralmente opuestas, pues mientras en una se tiene en consideración a la víctima, con el fin de asegurar una restitución integral de derechos, en el proceso adversarial, se exponen o se exhiben la totalidad de los sujetos procesales, con la particularidad del cambio en los objetivos en los procesos, cuando se establece desde el año

2000 que se le asigna al individuo la responsabilidad, dado que cambia la acepción de hecho punible a conducta punible, cabe destacar que en tal aseveración se enfatiza en el enfoque en el victimario y en de delito y no en quien fue objeto de este, que es al que finalmente se le vulneraron los derechos; en consecuencia, la discrecionalidad de la norma, persiste en castigar la acción y no en proteger al coasociado.

En virtud de lo anterior, la titularidad del proceso de disuelve en una aparente igualdad de armas, como un argumento a esgrimir en favor de dicha titularidad en favor de las víctimas, sin embargo, en las modificaciones y en las versiones de la norma penal, la vehemencia en las acciones y/o en el actor de la infracción, la marginan. Con esto no se quiere decir, de ninguna manera que la ley pueda ser inoperante, dados sus propósitos facticos, lo que se resalta más bien, es la desigualdad en carga procesal, donde el principal afectado, termina siendo rezagado a una posición que se podría colegirse como desventajosa, en tanto que su representación tiene el sesgo que pueda existir por medio del sujeto procesal que lo representa; es decir, la víctima se ve sometida al escrutinio procesal de todas las partes involucradas, sin embargo, su papel está supeditado a la gestión que pueda realizar el ente acusador en cabeza de las Fiscalía, convirtiéndose en una intervención mediática y relativamente azarosa.

En ese orden de ideas, la norma, cuya finalidad es regular, proteger, castigar y reivindicar, se torna ambigua e incierta, dando por sentado que la víctima se ve obligada a demostrar una eventual vulneración en primera instancia frente al ente acusador, quien si no considera que los elementos probatorios son suficientes desiste de la causa y posteriormente frente a la autoridad competente para enfatizar en los argumentos de dicho ente. Con el agravante que, siendo víctima, se ve obligado de manera sistemática a probar que lo es.

En tales circunstancias, bien vale la pena invocar el principio de proporcionalidad, no desde la perspectiva del castigo, ni del imputado, sino desde la víctima, toda vez que es a través de ella que se surte todo el entramado del proceso penal y bajo esta premisa, llama la atención que en materia de análisis, las investigaciones que abordan esta tendencia, son relativamente pocas, pareciera que la víctima no generará el interés, ni fuera lo suficientemente importante, para despertar la atención de los especialistas. No obstante, y al margen de esta salvedad, el principio de proporcionalidad con respecto a las víctimas y concretamente en este caso, tiene que ver con la igualdad, con la que se mide el protagonismo de las partes de proceso, en lo que a esta se refiere; teniendo en cuenta que, en el mismo, se acuña la acepción de igualdad de armas, para referirse precisamente para establecer criterios similares, a los sujetos procesales.

Entonces, se tiene que, el derecho es inherente al individuo en función de su dinámica social, consecuente su especialidad penal, tiene por objeto normativizar, todo aquellos concernientes a la infracción de la legislación, es decir la violación de la ley y por ende la vulneración de derechos, individuales o colectivos, en tal sentido, el vulnerado, cualquiera sea su naturaleza social, se constituye en víctima. En ese orden de ideas, por lo menos en el modelo político colombiano, (Democrático y Estado Social de derecho), en énfasis en la prevalencia, es el individuo como objeto y sujeto de derechos fundamentales y en el caso materia de análisis, del conjunto de actores en el proceso penal, se retrotrae la víctima, dado que en ella se consolida, como ya se manifestó con anterioridad, el origen y la fuente primaria de toda la causa jurídica penal.

LA VÍCTIMA Y LA PREVALENCIA DE DERECHOS EN EL PROCESO PENAL

En este acápite el primer análisis recae sobre la víctima y no solo desde la concepción de su significado simple, aquel que le asigna la real academia de la lengua; sino desde la noción jurídica integral, como sujeto procesal válido, en el recae una acción infractora que menoscaba su

bienestar y en consecuencia sus derechos y a partir de esta conceptualización, su incidencia en la materialización de la ley, que se presupone, está destinada a protegerla.

Con base en lo anterior, es posible colegir que en la norma reposa una conducta anterior (individual y colectiva), que la origina, es decir, esta es el resultado de una sucesión de hechos que de una u otra manera alteran el equilibrio social; y en materia penal, entonces, la ley que regula la dinámica, es el producto de una violación al equilibrio, donde se pueden identificar en primera instancia dos actores y un factor determinante. El primero poseedor de un bien jurídicamente amparado, el segundo, un sustractor (por decirlo de alguna manera), de ese bien y en este caso el bien se constituye en el derecho vulnerado y, por ende, el factor que desencadena todo el proceso judicial. Entonces el significado de víctima se adhiere al planteamiento de la ley que en caso de Colombia es la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), en su artículo 132:

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. 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. (Ley 906, 2004, art. 132).

En lo que respecta a la víctima, las consideraciones realizadas por el Doctor en criminología Ezzat A. Fattah (1992), citado por Leire Arbona Puértolas (2017), proporcionan argumentos analíticos, que coadyuvan a establecer factores que inciden en la determinación de su verdadero valor como sujeto procesal.

Decía el Doctor en criminología EZZAT A. FATTAH que “la victimización es una experiencia individual, subjetiva y culturalmente relativa”, por lo que proporcionar un

concepto en el que todas las víctimas de un delito puedan considerarse incluidas es más difícil cuanto más específica sea la definición. Y es que, señalaba también FATTAH, “el sentimiento de ser víctimas no siempre coincide con la definición legal de la victimización”. En definitiva, se necesita un concepto amplio de víctima, sobre todo cuando se trata de reconocer, a quienes se enmarcan dentro de dicha definición, una serie de derechos, tal como viene a hacer el Estatuto. (Arbona, 2017, p 10).

De las consideraciones en cita anterior, se hace necesario aclarar que la referencia a estatuto, tiene que ver con las norma o ley, y que, para el caso, tiene la misma connotación, toda vez que adquiere la misma trascendencia, en tanto que la víctima mantiene su rol protagónico y el propósito es el mismo. Ahora bien, en lo que compete al ordenamiento jurídico colombiano, esta adquiere una connotación similar, debido precisamente al talante de subjetivo e individual. Al respecto la ley 906 de 2004 (Código de procedimiento penal en su artículo 11, describe los derechos de las víctimas en el marco del proceso penal:

a) A recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno; b) A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor; c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código; d) A ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas; e) A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este código, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas; f) A que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto; g) A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a

acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar; h) A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, si el interés de la justicia lo exigiere, por un abogado que podrá ser designado de oficio;... (Ley 906, 2004, art. 11).

No obstante, y manera de objeción a tales derechos, se puede inferir en la materialización que estos pueden ser relativos, en cuanto a la gravedad del delito o la naturaleza de su tipificación, esto se puede observar que una víctima del hurto de un celular, no tiene las mismas consideraciones fácticas, que aquella a la padece lesiones personales y si bien la misma norma en su artículo 26, ordena la prevalencia, los derechos parecen volverse proporcionales, ya que en el hurto puede ir implícito un daño colateral psicológico, el modelo normativo no tiene en cuenta tal daño o por lo menos no lo fundamenta lo suficiente en el transcurso del proceso. Y en remisión a la sentencia C-31 de 2018, a la víctima se le debe asignar una posición preponderante y en coherencia los mandatos constitucionales.

Según lo ha indicado la Corte, conforme al artículo 250.7 C.P., la víctima no tiene el carácter de parte, sino que detenta la posición de interviniente dentro del proceso penal adversarial colombiano. Pese a esto, sus facultades de intervención se ejercen de manera autónoma a las funciones del Fiscal y poseen unas características propias y especiales. La Sala Plena ha señalado que corresponde al Legislador en ejercicio del margen de configuración que le reconoce la Constitución Política determinar la forma en que hará efectivo el derecho de las víctimas a intervenir dentro del proceso, teniendo en cuenta que esta facultad de intervención difiere de la de cualquier otro interviniente, en la medida en que aquellas pueden actuar no solo en una etapa sino “*en el proceso penal*”. En este sentido, ha precisado que el artículo 250 C.P. no prevé que la participación de las víctimas esté

limitada a alguna de las etapas de la actuación, a un trámite, fase o incidente, sino que consagra su intervención en todo el proceso, no obstante, lo cual, sus atribuciones deben ser armónicas con la estructura del sistema de tendencia acusatoria, su lógica propia y su proyección en cada trámite. (Sentencia C-031, 2018).

En consecuencia, dos elementos reclaman un análisis particular, de un lado la descripción de los derechos de las víctimas en art. 11 del código procesal penal y del otro, las consideraciones de la sentencia mencionada con anterioridad, con una característica en ambos insumos, asociada a la nula excepción o si se quiere a la ausente referencia de un tipo de víctimas o de delitos en particular, de lo que se puede inferir una integralidad procesal en materia formal, que sin embargo, dista mucho de su realidad, sobre todo en algunos delitos, donde, como ya se mencionado enfáticamente con anterioridad, las víctimas son intrascendentes o mejor, convidados de piedra. Y es en este punto donde la ponderación que reclama la jurisprudencia y que se suscita en la norma, se puede evaluar en términos de proporcionalidad, teniendo en cuenta la exigencia constitucional.

En ese orden de ideas se puede redimensionar a la víctima entorno a los contextos en que esta se constituye en tal, y con referencia a su naturaleza conceptual, en el marco de la categoría jurídica que ostenta y que lo hace proclive a su puerilidad procesal. Así la víctima, es la consecuencia de eventos de transgresión de un orden predeterminado y en ese nivel pueden estar incluidos el ciudadano al que le se le a sustraído sin consentimiento un celular, a la que sufre lesiones personales o aquella persona desaparecida de forma forzosa. Y si bien, debe imperar la proporcionalidad, por aquello de la gravedad del delito, también debe considerarse su connotación técnicamente más básica, en términos de sus repercusiones procesales. Para sintetizar entonces, se puede afirmar que la víctima en términos jurídicos, es toda aquella persona a la que de otra manera

se le ha vulnerado un derecho, de cualquier categoría constitucional, de manera que de facto lo hace objeto de especial protección, ya sea para restaurar o para (valga la redundancia) proteger.

Por eso al margen de la discusión semántica que el termino pueda generar, desde la sana crítica y las leyes de la experiencia, sin ambages de ningún tipo, a consideración de la autora de este análisis, la víctima, es, en suma, todo aquel sujeto que ha sido víctima de violencia y que producto de ella, sufre un daño ocasional o permanente y dentro de esta categoría, puede incluirse los delitos contra el Estado o el erario público o similares, donde en colectivo en pleno se constituye en tal.

El análisis de este proceso de categorización en términos de víctima o de protagonista permite entender la relación entre situación social, uso y cambio en la manera como se puede nombrar un hecho y significar la propia participación de los actores en tales eventos, en distintos momentos. La apropiación por parte de una persona de la condición de víctima, ya sea para presentarse o identificarse, está ligada a los mundos de sentido, a sus colectivos de pertenencia previos y actuales, a sus expectativas a futuro y a los perjuicios o beneficios que puede acarrear una clasificación o un encasillamiento de este tipo en un campo de acción dado. A su vez, en este proceso de categorización es importante señalar la propia diferenciación hecha por los actores entre las acciones de adscripción externa en cuanto víctima/s y la apropiación subjetiva, individual o colectiva, de dicha categoría. (Guglielmucci, 2017, p 88).

Entonces la victima cumple una función en sí misma, porque su condición no es predeterminada por un libreto jurídico, para ella la vulneración es consecuencia de un acción fortuita y furtiva y por tanto no planeada, pese a que el perpetrador cualquiera sea, haya actuado

premeditadamente. Y en cuanto a la “apropiación”, la autora se permite diferir, no por el papel que desempeña en el transcurso del proceso, sino porque tal asignación se debe a motivos completamente involuntarios y siendo así, el papel de la intervención del Estado debe ser mucho más decisivo, en varios sentidos:

A. En el Estado reposa la necesidad de interpretar el lenguaje jurídico, no con base en su polisemia gramatical, sino en el sentido práctico de su concepción, de manera tal cumpla con su responsabilidad de ente garante.

B. El Estado a través del poder judicial, se constituye en arbitro que dirime conflictos y el derecho penal es una materialización de ese rol, siendo así queda en sus manos la ponderación de los principios que se preconizan en el ejercicio mismo de confeccionar la norma.

C. En el Estado como rector y vigilante recae el peso del cumplimiento de responsabilidades de sus coasociados en condiciones de igualdad, siendo así, la víctima del delito, no es una excepción a esa norma, esto independiente de su tipo o categoría.

Y es en este apartado donde se puede inferir un trato desigual, no en la relación generalizada de la víctima y el victimario, y su cohesión con el Estado justiciero, sino en el racero con que se mide diferencialmente cada una de las categorías de delitos, que si bien es apenas natural en lo que al victimario y a la infracción se refiere; no cabe en cuanto a la víctima, porque retomando un ejemplo anterior, el daño y el impacto puede ser similar entre una persona puede inferirse el mismo daño en una lesiones personales y en una tentativa de hurto de celular, que incluya un arma, cualquiera sea y las secuelas que pueda dejar tal evento.

Entonces, si en la investigación preliminar la fiscalía que es básicamente quien representa la víctima, las pruebas no son consideradas lo suficientemente sólidas, pese a que el hecho sea real, no solo queda en entredicho la versión de esta, sino que el victimario y/o el delito quedan impunes, en detrimento de su bienestar y con la vulneración latente, toda vez que el Estado, en cabeza del ente acusador es discrecional, no por lo que demanda la ley in situ, sino por la interpretación que le pueda dar a este y por el valor que le pueda dar a las pruebas. Ya con anterioridad se aludió al carácter subjetivo del delito, pues bien, esa misma subjetividad puede endilgarse al ente acusador a la hora de sopesar la validez de un proceso. Y claro que la proporción de cargas en tales contextos, adquiere una perspectiva mucho más cerrada, en tanto que la víctima y la consecuente violación de derechos, está supeditada al criterio de quien funge como su representante, que, si bien cuenta con insumos normativos suficientes para darle cabida a una investigación normal, factores adyacentes pueden convertirse en obstáculos la idoneidad objetiva e integral de su labor, dejando a sus usuarios en condiciones aún más vulnerables.

La doctrina también estudia el concepto de igualdad de armas. En este sentido, se concibe el sistema acusatorio como una relación triádica entre tres sujetos: el acusador, el defensor y el juez, siendo este último un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes; y, el juicio, como una contienda que se desarrolla leal-mente y con igualdad de armas, lo cual se traduce en que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes de la acusación, admitiéndose su poder contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio (Ferrajoli, 2009, p. 614). No obstante, algún sector del pensamiento procesal alemán parece proclive a no aludir a una igualdad de armas, porque “hoy ya no se puede hablar de igualdad

de armas entre imputado y ministerio público, sino de una relación equilibrada entre derechos y deberes de ambos” (Baumann, 1986, p. 35). (Santos, 2017, p 71).

Un aspecto a considerar en las palabras de María Isabel Santos Ramos (2017), en la cita anterior, es la triada que se constituye en el proceso penal donde se hace evidente tres figuras prominentes, pero también brilla por su ausencia, incluso en la práctica la presencia sustancial de la víctima, y se hace referencia a lo “sustancial”, porque en el defensor, el presunto perpetrador se ve representado, dado que este defiende su interés y el Estado por su parte adquiere dos aristas, el juez para mediar y castigar el bien jurídicamente amparado y el fiscal para asegurar que efectivamente hubo una violación, dándole contundencia al acto con su labor. Sin embargo, el actor en el desarrollo de este modelo, no tiene de manera concreta una representación, real, sobre todo si se tiene cuenta, lo que con anterioridad se ha considerado, con respecto a la categoría del delito. La jurisdiccionalidad de la fiscalía en el sistema penal acusatorio vigente, a diferencia de la versión anterior, adquiere un sentido de acusador exclusivamente y en este rol es que el proceso se le da la acepción de adversarial, al respecto la sentencia C-1194 (2005), se pronuncia en los siguientes términos:

A diferencia del sistema de tendencia inquisitiva adoptado por la Constitución de 1991, y que aún rige en buena parte del país, en el que la Fiscalía ejercía -a un tiempo- función acusatoria y funciones jurisdiccionales, en el nuevo sistema procesal penal el rol del ente de investigación se ejerce con decidido énfasis acusatorio, gracias a lo cual, pese a que su participación en las diligencias procesales no renuncia definitivamente a la realización de la justicia material, el papel del fiscal se enfoca en la búsqueda de evidencias destinadas a desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, lo cual constituye el distintivo del método adversarial. Por ello, al haberse transformado su objeto

institucional y al habersele dado a la Fiscalía la función de actuar eminentemente como ente de acusación, se entiende que el organismo público no esté obligado a recaudar evidencias que pudieran liberar de responsabilidad penal al imputado. (Sentencia C-194, 2005).

Como puede observarse el enfoque sigue siendo el imputado, así sea con todo el acervo probatorio que permita inferir su autoría en la comisión del delito, pero solo se hace referencia a la víctima, con la contundencia suficiente, en los regímenes especiales que sobrevienen en los casos de acuerdos como los de la Habana, o en aquellos donde se presume una violación inminente a los derechos humanos. No obstante, en delitos comunes, el papel de la víctima se diluye en los articulados normativos, sin que exista una reivindicación real de sus derechos. Y tal apreciación se puede colegir en lo que agrega la sentencias citada con anterioridad.

La investigación adelantada por la Fiscalía se enfoca primordialmente a desmontar la presunción de inocencia que ampara al individuo objeto de investigación, lo que no significa que, de hallarse evidencia que resulte favorable a los intereses del mismo, ésta deba ser puesta a disposición de la defensa. En suma, mientras el sistema procesal penal derogado obliga al ente de investigación a recaudar pruebas favorables al procesado, el segundo lo obliga a ponerlas a disposición de la defensa en caso de encontrarlas, lo cual significa un evidente y sensible cambio en el énfasis de dicho compromiso. De igual manera, el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo. El nuevo modelo supera de este modo la presencia

pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable. (Sentencia C-194, 2005).

En consecuencia, el hecho de que persista una vehemencia en la Fiscalía en buscar la responsabilidad de un imputado en un delito, no significa necesariamente que tal papel sea considerado una representación de la víctima, y con énfasis se aclara que la pertinencia en el fin de la pena y en el tipo de pena, donde aquellas asociadas a la privación de la libertad tienden a tener más probabilidades de cumplirse, sin que esto se constituya un beneficio o una restitución para las víctimas, y eventualmente, a dicha pena le acompaña una sanción pecuniaria que generalmente no representa en esta un resarcimiento del daño ocasionado. y aunque es claro que algunos exegetas se empeñan en sostener que el nuevo sistema favorece ostensiblemente la víctima perjudicando al victimario; en consideración a lo anterior se puede decir entonces que la igualdad de armas que preconiza el sistema penal oral, es tan relativa como la verdadera restitución de derechos, sobre todo en las víctimas de delitos comunes.

CONCLUSIONES

En el modelo penal acusatorio con la oralidad a costas, tres factores se destacan por sus implicaciones, por sus efectos a la hora de concebir la pena, por la ambigüedad en la ponderación de principios y por la protección que debe llevar implícita el acervo jurídico que garantiza castigo al responsable y prevalencia de derechos en la víctima. Sobre todo, si se tiene en cuenta que, en este modelo jurídico penal, que rige el país, preexiste una proclamación irrestricta de Estado Social de derecho:

1. El delito adquiere un papel preponderante en todo el sistema, y al respecto se evidencia una puja probatoria entre la defensa que propugna por demostrar la inocencia o la inexistencia de un hecho punibles y el ente acusador, cuyo papel siendo eminentemente acusatorio, utiliza todos

los recursos que el Estado el provee para demostrar, más allá de toda duda, que el delito existió y que existe un responsable de éste.

2. La autoridad en cabeza del Juez de conocimiento, quien asume un papel mediático, en tanto que, escuchando a las partes involucradas, favorece su epílogo en quien ofrezca la mejoras ofertas de pruebas y cuya contundencia se examinan a la luz de toda la experticia criminológica, de quienes ostentan el papel de colaboradores de la justicia y que en el caso del país, por la circunstancias, puede llegar a ser insuficiente e inoperante desde muchas perspectivas que son motivo de otro tipo de estudio. De manera que esta autoridad asumiendo un papel de arbitrio, representa, también al Estado.

3. El imputado, quien reniega o eventualmente asume la responsabilidad de la acción, pero que, sin embargo, tiene la probabilidad por distintos medios, de acceder a una defensa, que más que justa, busca demostrar por todos los medios su inocencia, sin que esto signifique de ninguna manera que la misma sea real, o simplemente aparente por la sagacidad del profesional que lo representa.

Los factores anteriores, se conciben más o menos identificables en cualquier proceso judicial, por lo menos desde el área penal, tiene su asiento material en el modelo colombiano; sin embargo, elementos alternos terminan afectando desde varias perspectivas el método, los resultados y en consecuencia el propósito real de la acción judicial que de alguna menoscaba los intereses de la víctima y esto independientemente de la responsabilidad probada del imputado. Y se alude a lo expuesto por cuanto, de la constitución se colige una protección irrestricta de los derechos y provee de herramientas sustantivas al aparato judicial, para que esto se materialice, pero la búsqueda de la verdad, de ninguna manera puede sustentarse en delito, sino en quien debe

ser objeto de protección, porque al ser identificado como víctima, requiere una protección especial, de manera que sus derechos le sean restituidos integralmente y esto no se materializa en el castigo del autor.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Antinori, E. (2006). Conceptos Básicos del Derecho. 1a edición. Universidad del Aconcagua.

Catamarca. Mendoza. Recuperado de:
http://bibliotecadigital.uda.edu.ar/objetos_digitales/208/conceptos-basicos-del-derecho.pdf.

Arbona Puértolas, L. (2017). La víctima en el proceso penal. Universidad Pública de Navarra.

Facultad de Ciencias Jurídicas. Navarra. España. Recuperado de: <https://academica-e.unavarra.es/xmlui/bitstream/handle/2454/23813/72268TFGarbona.pdf?sequence=2&isAllowed=y>.

Bayona Aristizabal, D. M.; Gómez Jaramillo A.; Mejía Gallego, M. y Ospina Vargas, V. H. (2016).

Diagnóstico del sistema penal acusatorio en Colombia. Revista Acta Sociológica. Numero. 72. Universidad Nacional Autónoma de México. Mexico D. F. Recuperado de: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0186602817300257?token=A48EDE8065C65C3141C35A591FFABA247AA259CFE8F2D62AD7A7FEFE755A5514B4436704275204F7437F8A5FC37DB25C>.

Bermúdez Bueno, W. y Morales Manzur, J. C. (2012). Estado Social de Derecho: Consideraciones

sobre su trayectoria histórica en Colombia a partir de 1991. Cuestiones Políticas Vol. 28. Nº 48. IEPDP-Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30193.pdf>.

Castro Castañeda, H. J. (2016). Asuntos Jurídicos para no abogados. Notas de clase. Primera Edición. Manizales.

Congreso de la República de Colombia. (2004). Ley 906. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Bogotá: Recuperado de: <https://encolombia.com/derecho/codigos/nuevo-procedimiento-penal/nuevocodigoprocedimiento/>.

Corte Constitucional de Colombia. (2005). Sentencia C - 1194. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1194-05.htm>.

Corte Constotucional de Colombia. (2018). Sentencia C – 031. M. P. Diana Fajardo Rivera. Bogotá. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-031-18.htm>.

García Villegas, M. (2016). La eficacia simbólica del derecho. sociología política del campo jurídico en América Latina. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (IEPRI). Universidad Nacional de Colombia. Segunda Edición. Editorial Penguin Random House Grupo Editorial. Bogotá.

Guglielmucci, A. (2017). El concepto de víctima en el campo de los derechos humanos: una reflexión crítica a partir de su aplicación en Argentina y Colombia. Revista de Estudios Sociales, núm. 59. Universidad de Los Andes. Bogotá. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/815/81549422008.pdf>.

Jauchen, E. M. (2012). Sistema Acusatorio Adversarial. Buenos Aires. Recuperado de:
<https://jauchenasociados.com.ar/wblogs/index.php?acc=ficha&idart=89629#.Xsvy22hKjI>
V.

Mir Puig, S. (2003). Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método segunda edición. Colección: Maestros del Derecho Penal, N° 5. Buenos Aires. Recuperado de:
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30052.pdf>.

Perdomo Torres, J. F. (2005). Fundamentación penal material para el ejercicio procesal del ius puniendi y su renuncia. Revista Derecho Penal y Criminología. 26, 78 (1), 53-86. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Recuperado de:
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1014>.

Ramírez Llerena, E. (2015). Configuraciones del Derecho Penal en Colombia. Universidad Libre. 1ª edición. Editorial: Universidad Libre de Colombia. Cartagena. Recuperado de:
http://www.unilibre.edu.co/cartagena/pdf/investigacion/libros/derecho/CONFIGURACIONES_DEL_DERECHO_PENAL_EN_COLOMBIA.pdf.

Santos Ramos, M. I. (2017). La participación de las víctimas y El principio de igualdad de armas. Revista Cuadernos de Derecho Penal. ISSN: 2027-174. Recuperado de:
https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/view/807/709.

Younes Moreno, D. (2019). Derecho Constitucional Colombiano. Decimosexta edición. Editorial Legis Editores S. A. Bogotá.