

EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y LA VÍCTIMA DEL DELITO

VICTORIA EUGENIA BERMÚDEZ MUÑOZ
JOSÉ ALVARO BEDOYA OROZCO
PAULA ANDREA OSORIO ECHAVARRÍA

UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DE DERECHO
MANIZALES

2006

EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y LA VÍCTIMA DEL DELITO

VICTORIA EUGENIA BERMÚDEZ MUÑOZ
JOSÉ ALVARO BEDOYA OROZCO
PAULA ANDREA OSORIO ECHAVARRÍA

Monografía para optar el título de Abogado

Presidente

Dr. Jairo Ernesto Escobar S.

UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DE DERECHO
MANIZALES

2006

CONTENIDO

RESUMEN

INTRODUCCIÓN

1. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA AL PROCESO PENAL

2. EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

2.1 Principales características de los sistemas de juzgamiento de tendencia acusatoria en diferentes países

2.1.1 El sistema acusatorio norteamericano

2.1.2 El sistema anglosajón

2.1.3 El sistema continental europeo

2.1.4 Experiencia en Latinoamérica

2.2 Principios rectores del procedimiento penal colombiano

2.2.1 Dignidad humana

2.2.2 La libertad

2.2.3 Prelación de los tratados internacionales

2.2.4 Igualdad

- 2.2.5 Imparcialidad
 - 2.2.6 Legalidad
 - 2.2.7 Presunción de inocencia e in dubio pro reo
 - 2.2.8 Defensa
 - 2.2.9 Oralidad
 - 2.2.10 Actuación procesal
 - 2.2.11 Derechos de las víctimas
 - 2.2.12 Lealtad
 - 2.2.13 Gratuidad
 - 2.2.14 Intimidad
 - 2.2.15 Contradicción
 - 2.2.16 Inmediación
 - 2.2.17 Concentración
 - 2.2.18 Publicidad
 - 2.2.19 Juez natural
 - 2.2.20 Doble instancia
 - 2.2.21 Cosa juzgada
 - 2.2.22 Restablecimiento del derecho
 - 2.2.23 Cláusula de exclusión
 - 2.2.24 Ámbito de la jurisdicción penal
 - 2.2.25 Integración
 - 2.2.26 Prevalencia
 - 2.2.27 Moduladores de la actividad procesal
-
- 2.3 Esquema del procedimiento penal acusatorio
 - 2.3.1 Noticia criminal
 - 2.3.2 Indagación
 - 2.3.2.1 Actos de indagación e investigación

2.3.3 Investigación

2.3.4 El juicio

2.3.4.1 Audiencia de formulación de acusación

2.3.4.1.1 Preacuerdos

2.3.4.2 Audiencia preparatoria

2.3.4.3 Audiencia del juicio oral

2.3.4.4 Audiencia de individualización de pena y sentencia

3. EL ACTO LEGISLATIVO 003 DE 2002

3.1 Análisis del articulado del acto legislativo 003 de 2002

3.1.1 Análisis del artículo 250 de la Constitución Política

3.1.1.1 Ejercicio obligatorio de la acción penal

3.1.1.2 El principio de oportunidad como excepción al principio de legalidad

3.1.1.2.1 Reglas comunes a las causales

3.1.1.2.2 Causales de aplicación del principio de oportunidad

3.1.1.3 Las funciones de la Fiscalía General de la Nación

3.1.1.3.1 El juez de control de garantías

3.1.1.3.2 Facultad de la Fiscalía para practicar allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones

3.1.1.3.3 El aseguramiento de los elementos materiales de prueba y la cadena de custodia

3.1.1.3.4 La acusación pública

3.1.1.3.5 La preclusión de las investigaciones

3.1.1.3.6 La asistencia a las víctimas, el restablecimiento del derecho y

la reparación integral

3.1.1.3.7 Dirección y coordinación de las funciones de policía judicial

3.2.2 Las funciones especiales del Fiscal General de la Nación, análisis del artículo 251 de la Constitución Nacional

4. LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL

4.1 El Concepto de víctima

4.2 La víctima en el proceso acusatorio antiguo y en el proceso inquisitivo

4.2.1 La venganza privada y las formas históricas sustitutivas

4.2.2 La expulsión de la víctima del proceso penal

4.2.2.1 El proceso inquisitivo y la expropiación del conflicto

4.2.2.2 La reforma liberal y la víctima

4.2.3 La criminología redescubre a la víctima

4.2.4 El establecimiento de los derechos de las víctimas

4.2.4.1 La concretización del derecho a la indemnización

4.3 Las víctimas del delito en el derecho internacional

4.3.1 La víctima en el sistema universal de los derechos humanos

4.3.2 La víctima en el derecho internacional humanitario

4.3.3 La víctima en el sistema interamericano

4.3.4 La víctima en el Estatuto de Roma

4.3.5 La víctima y el Bloque de Constitucionalidad

4.4 Las víctimas del delito en el derecho colombiano

4.4.1 La víctima en el Código Penal de 2000

4.4.2 La víctima en la Ley 906 de 2004

4.4.2.1 Protección a la víctima

4.4.2.2 Medidas judiciales para la asistencia de las víctimas

4.4.2.3 Derechos de las víctimas

4.4.3 La posición constitucional de la víctima

4.4.3.1 La Corte Constitucional y la protección a la víctima

4.4.4 El principio de restablecimiento y reparación del derecho

4.4.4.1 Evolución legislativa

4.4.4.1.1 Decreto 181 de 1981

4.4.4.1.2 Decreto 050 de 1987

4.4.4.1.3 Decreto 2700 de 1991

4.4.4.1.4 Ley 600 de 2000

4.4.4.2 El restablecimiento y la reparación del derecho en la Ley 906 de 2004

4.4.4.2.1 Medidas cautelares

4.4.4.2.1.1 Medidas sobre bienes susceptibles de comiso

4.4.4.2.1.2 Medidas relativas a la suspensión del poder dispositivo sobre bienes

4.4.4.2.1.3 Suspensión de las personerías jurídicas

4.4.4.2.2 Medidas cautelares sobre bienes

4.4.4.2.2.1 Criterios para decretar la medida y principio de proporcionalidad

4.4.4.2.2.2 Autorizaciones especiales

4.4.4.2.2.3 Medidas patrimoniales a favor de las víctimas

4.4.4.2.2.4 Suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente

4.4.5 Incidente de reparación integral

4.4.5.1 Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral

4.4.5.2 Trámite

4.4.5.3 Audiencia de pruebas y alegaciones

4.4.5.4 Decisión de reparación integral

4.4.5.5 Caducidad

4.4.5.6 Tercero civilmente responsable

4.4.5.7 Citación al asegurador

4.4.6 Justicia restaurativa

4.4.6.1 Conciliación

4.4.6.1.1 Conciliación preprocesal

4.4.6.1.1.1 Oportunidad, competencia y restricciones

4.4.6.1.2 Conciliación en el incidente de reparación integral

4.4.6.1.2.1 Oportunidad procesal y peticionarios

4.4.6.1.2.2 Conductas con perjuicios conciliables

4.4.6.1.3 Mediación

4.4.6.1.3.1 Delitos susceptibles de mediación y aspectos sobre los que versa

4.4.6.1.3.3 Competencia y aplicación

4.4.7 La Ley de Justicia y Paz

5. ANÁLISIS ESTADÍSTICO

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

Con la implementación del sistema penal acusatorio en Colombia, se busca lograr una justicia ágil que privilegie a los individuos intervinientes en el proceso. De esta forma uno de sus principales objetivos es encontrar el culpable de los delitos y aplicarle la sanción correspondiente, pero siempre respetándole al imputado sus derechos y garantías establecidas; así mismo busca el respeto de los derechos de las personas por encima de los formalismos y trámites del proceso. El cambio más radical, producto de la reforma, fue la separación de las labores de investigación y juzgamiento, que consecuentemente lograran una justicia más transparente y la mayor protección de los derechos de la víctima del delito.

INTRODUCCIÓN

Hoy en día, la participación de la víctima en el proceso penal es un tema de creciente interés doctrinal, toda vez que existe la percepción de que hay una importante deuda con ella por parte de sistema penal. Por lo mismo, resulta importante destacar que el tema del tratamiento de la víctima no escapa a la separación existente entre derecho penal y derecho procesal penal sino que, en cambio, es un problema de todo el conjunto del derecho penal; dicho de otra manera uno de los objetivos principales del derecho penal y del derecho procesal penal en relación con la víctima debe estar orientado a encontrar una reparación integral y dentro de esta reparación se encuentra el derecho que tiene la víctima a conocer la verdad y el deber de la justicia de buscar e informar a la misma de los hechos que llevaron a la comisión del delito.

La víctima hoy es un protagonista importante en el contexto de la política penal, ganándole espacios al criminal que en épocas no muy lejanas era el protagonista. La víctima ya no es un mero objeto pasivo, neutro, accidental del acontecimiento delictivo, razón por la cual es importante hacer una re-definición del rol de ésta en un Estado Social de Derecho.

Desde hace ya algún tiempo se viene presentando un movimiento a escala mundial que busca rescatar los derechos de la víctima del delito, encontrándose que en el momento actual el derecho penal ha dado un viraje definitivo hacia un nuevo paradigma, el de la reparación.

En este sentido la Constitución Política plasmó en varias de sus normas una serie de disposiciones con las cuales se impuso como derrotero la necesidad de defender a las víctimas de los delitos y velar por el restablecimiento del derecho quebrantado con éste, siendo un claro ejemplo de esta nueva tendencia en el ordenamiento jurídico colombiano lo dispuesto en el artículo 250 de la Carta, modificado por el Acto Legislativo No 03 de 2002, según el cual corresponde a la Fiscalía General de la Nación, “... *solicitar las medidas judiciales para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito*”.

En la exposición de motivos del anteproyecto de reforma al Código de Procedimiento Penal presentado por la Corporación Excelencia para la Justicia, los autores manifiestan “*Nuestra historia pone de manifiesto el abandono en que se encuentran las víctimas en el sistema penal, hace evidente que vivimos en una cultura basada en el olvido del ser en la que predomina la indiferencia ante el sufrimiento del otro. Una sociedad con esas bases está abocada irremediablemente a la irrupción de la barbarie; por ello la propuesta normativa contempla una opción preferencial por la participación de las víctimas en el proceso penal, entendida como la redefinición del rol que estas cumplen en garantía de la verdad, la justicia y la reparación en orden a la solución integral del conflicto que subyace al delito, ya sea en el proceso, como lugar de encuentro creativo, o por fuera de este en el marco de la justicia restaurativa*”.

1. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA AL PROCESO PENAL

Con las primeras formas de organización social comienza la evolución del juzgamiento penal, el cual se fue desarrollando de acuerdo con cada momento histórico y conforme a la evolución de la sociedad misma.

Desde la aparición en la tierra del hombre, han sido tres básicamente los sistemas de enjuiciamiento penal.

En el PRIMITIVO SISTEMA DE VINDICTA, el castigo era inflingido por la víctima en caso de que sobreviviera, o por sus familiares, amigos o en su defecto por el jefe del clan, tribu o grupo social; en este sistema el castigo en si eran graves torturas o en algunos casos la muerte del agresor. En esta era imperó la venganza privada, es decir, la justicia se tomada por la propia mano. Sin embargo, esta *venganza* fue limitada por la *Ley del Tali6n* la cual se basaba en la idea de *ojo por ojo, diente por diente*, de esta forma, la pena impuesta sería idéntica al da1o causado.¹

Respecto de la familia, como primera forma de organizaci6n social y pol3tica, la sanción era impuesta por el *pater familias* quien aparece dentro de la organizaci6n como juez religioso y pol3tico y ostentaba el poder sancionatorio dentro de la comunidad. Como primeras ofensas o delitos se tenía la violaci6n de normas jur3dico-religiosas y los atentados en contra de la comunidad.

¹ Ver al respecto, CAMARGO, Pedro Pablo. *Manual de enjuiciamiento penal colombiano. Sistema acusatorio y juicio oral y p3blico*. Editorial Leyer, 2005. p3g. 23.

Como forma de justicia penal, se conserva la venganza privada, interviniendo en ella, el pater familias como juzgador, el ofendido como acusador y el ofensor llevaba a cabo la defensa.

Con el nacimiento de la Ciudad-Estado como consecuencia de la asociación de varias familias,² se conserva la identidad entre religión y derecho generando un nuevo orden, que permanece hasta la caída de los grandes imperios.

En la antigua Grecia y en la Roma Republicana aparece la práctica acusatoria privada que, siglos después cuando MONTESQUIEU esboza su teoría de la división tripartita del poder, adquiere perfiles propios al definir la parte acusadora, la parte defensora y la función de un juez que preside, en juicio público y oral, el debate probatorio y dicta la sentencia.

Antes de esto el sistema acusatorio era privado en manos de la parte ofendida, pero el enjuiciamiento y la sanción se confían a un magistrado imparcial. La Gran Bretaña mantuvo por muchos siglos la tradición de la persecución privada, que fue llevada a los Estados Unidos de América por los primeros colonos. Incluso en los Estados Unidos de América se mantuvo la práctica de la recompensa con el fin de capturar al perseguido y el abogado contratado por la víctima o sus familiares era acusador en el juicio.³

El profesor LUIGI FERRAJOLI señala que “tras la caída del imperio romano, el proceso se vuelve acusatorio, confundándose en las primeras jurisdicciones bárbaras con los ritos de las ordalías y los duelos judiciales, evolucionando después en la forma de la *disputatio* y del contradictorio, elaborados entre el fin del

² Las *fatrias* en Grecia y las *Curias* en Roma

³ Cfr. CAMARGO, Pedro Pablo. Op. Cit. pág. 23.

primer milenio y el siglo XII, y desarrollándose en Inglaterra y en el mundo anglosajón en las formas del adversary system”.⁴

En la Roma imperial nace el Sistema Inquisitivo para ajusticiar a los autores de la *delicta pública*, es decir para juzgar los delitos cometidos contra la *res pública*.

La inquisición, como forma de juzgamiento, aparece en el siglo XII como instrumento de persecución religiosa y política, fruto de los llamados “juicios por ordalías”. En 1227, Gregorio IX creó un cuerpo permanente de inquisidores *Domini Canes*, quienes de plano, podían iniciar la investigación oficiosamente y realizar interrogatorio a toda la población. El acusado podía arrepentirse, obteniendo así una sanción benigna, un breve encarcelamiento o la orden de ejecución de una obra piadosa, o no confesar y ser descubierto (*espías inquisidores*), para ser llevado ante el Tribunal, donde podía confesar y hacerse acreedor a una pena mas o menos benigna según su culpabilidad o, definitivamente, no confesar y enfrentar el juicio en el que, ya es sabido, se aplicaban las más drásticas torturas y castigos a fin de obtener la confesión.

El procedimiento penal en ésta época, se caracterizó por ser secreto y escrito, además, realizar el juzgamiento a la persona viva o muerta, sin la presencia de careos, con dos testigos de cargo, siendo la prueba reina la confesión y con la máxima de buscar una condena fundada en la verdad.⁵

Al respecto el profesor Luigi Ferrajoli señala que “una vez venido a menos el sentimiento cívico y el hábito de libertad que en la república habían hecho posible el funcionamiento de la iniciativa acusatoria por parte de cualquier ciudadano, la

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Segunda Edición. Madrid: Trotta, 1997. pág. 565.

⁵ Defensoría del Pueblo, Dirección Nacional de Defensoría Pública, Unidad de Capacitación. *Axiología y deontología del proceso penal y precedente judicial*. Módulo II. pág. 12. [En línea] Disponible en <http://www.juecesyfiscales.org>.

acusación pública fue sustituida por la fatal denuncia y por la oculta calumnia, que se convirtieron en un instrumento de la tiranía".⁶ Nació así, con la *cognitio extra ordinem*, el proceso inquisitivo, tramitado y decidido *ex officio*, en secreto y sobre documentos escritos, por magistrados estatales delegados del príncipe (*los irenarchi, los curiosi, los nunciatores, los stationarii*), basado en la detención del acusado y su utilización como fuente de prueba, muy pronto acompañada de tortura.

Fruto de cambios políticos, el incremento del sistema inquisitivo abarca un período comprendido entre el siglo XVIII, cuando se comienza a arraigar, y el siglo XIX, época en que decae. Los manifiestos contra la tortura, el Iluminismo, la Revolución Francesa y el imparable movimiento hacia la reforma procesal del siglo XIX, marcan el renacimiento del sistema acusatorio.⁷

El sistema inquisitivo perdió su vigencia con la Revolución Francesa en 1789, pues con ella nació, el principio acusatorio con la acción popular, el principio de publicidad, el de oralidad, la carga de la prueba en cabeza de las partes, así como también la constitución de Tribunales de jurados para resolver lo concerniente a la admisión de la acción y para dictar sentencia.

En la Revolución Francesa con la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, del 26 de agosto de 1789, se sentaron las bases del nuevo sistema acusatorio:

Todo hombre se presume inocente hasta que haya sido declarado culpable; si se juzga indispensable su arresto, cualquier rigor que no

⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. pág. 565.

⁷ Cfr. ARMETA, Deu Teresa. *Principio acusatorio y derecho penal*. Barcelona: J.M Bosch Editor. S.A., 2003. pág. 11-12.

sea sumamente necesario para asegurar su persona, debe ser severamente reprimido por la ley.⁸

El sistema acusatorio duró hasta fines del siglo XVIII cuando el Código Napoleónico dio vida al *sistema mixto o híbrido*, fundamentalmente inquisitivo en que la acusación pública y generalmente secreta desconocía el derecho de defensa. Este sistema se propagó por toda Europa, especialmente en Italia hasta la Constitución de 1947, tras el fin del fascismo, que en su artículo 112 restablece el sistema acusatorio: “*El Ministerio Fiscal tendrá la misión de ejercitar la acción penal*”. Sin embargo sólo recientemente, con la promulgación del nuevo Código de Procedimiento Penal se separa ampliamente la función acusadora de la juzgadora sobre la base del principio **nullum iudicium sine accusatione**.⁹

Colombia, por su parte, durante los siglos XIX y XX adoptó un sistema mixto, de marcado corte inquisitivo. El culto a la escrituralidad, el sistema de actas y constancias, la acumulación de funciones en el órgano judicial, la permanencia de la prueba, la práctica de pruebas en la instrucción, eran sus signos más característicos. También se adoptaron algunas características del sistema acusatorio, entre otras, la presunción de inocencia, la sana crítica en la apreciación de las pruebas, que el sindicado sea sujeto de derechos y, en alguna época, la institución del jurado.

Con la reforma constitucional de 1991, si bien se separaron las funciones de investigación y acusación con las de juzgamiento, y se dio un importante paso hacia un modelo de tendencia acusatoria, se mantuvieron las características más representativas del sistema inquisitivo.¹⁰

⁸ CAMARGO, Pedro Pablo. *Manual de derechos humanos*. Segunda Edición. Art.9. Bogotá: Editorial Leyer. 2004.

⁹ CAMARGO, Pedro Pablo. Op. Cit. pág. 23.

¹⁰ ARCINIEGAS, Martínez G. Augusto. *Investigación y juzgamiento en el sistema acusatorio*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2005. pág. 19.

El proceso sancionatorio colombiano resulta inicialmente de instituciones impuestas por los colonizadores, es decir, los españoles, quienes a su vez penetraron indirectamente las fuentes romanas, germánicas y canónicas, con las pre-existentes a la llegada de Colón.¹¹ Así, las culturas indígenas que habitaban el territorio colombiano, ya poseían sistemas de procesamiento penal, en cabeza del supremo legislador o jefe de la tribu encargado de la expedición de leyes moralizadoras, tales como no matar, no robar, no mentir y no quitar la mujer ajena, conductas castigadas con penas como azotes y en casos de homicidio, con la pena de muerte.

El arribo de los colonizadores marcó la lucha por el sometimiento de los aborígenes, a fin de imponer el sistema absolutista, arrasando con la cultura indígena e iniciando los períodos de esclavitud. Época marcada por el interés económico de aquellos en apoderarse de las riquezas de las regiones y reducir la población a estados de esclavitud. Se implantaron regímenes absolutistas, en los que los aborígenes carecían de cualquier garantía, a costa de su proceso de evangelización, que después de cierto tiempo, permitiría a los indígenas conservar sus tradiciones a cambio del trabajo gratuito.

Con la caída del imperio español, se abre paso al imperio de la legislación hispana en materia penal a través de instituciones como el *Fuero Juzgo*, el *Fuero Real*, *Las Leyes de Estilo*, los *Fueros Municipales*, etc., además de leyes dadas por la corona reunidas bajo la denominación de “*Recopilación de los reinos de las Indias*”, en las que se encuentran varias disposiciones de carácter penal: casuistas, sin límite entre las competencias civiles y las eclesiásticas, la desigualdad de las partes, la dureza de las penas, la falta de proporción con la gravedad del hecho, todo esto como rezago del régimen inquisitorial impuesto por los colonizadores.

¹¹ Defensoría del Pueblo, Dirección Nacional de Defensoría Pública, Unidad de Capacitación. Op. Cit. pág.13 – 14 – 15. [En línea] Disponible en: <http://www.juecesyfiscales.org>

Es así, como la legislación española continúa rigiendo hasta el año 1837 en que se expide el primer Código Penal Patrio de corte liberal y de inspiración francesa, desde allí nuestras normas de procedimiento penal han fluctuado del sistema inquisitivo hasta llegar a la mixtura que caracterizaba nuestro sistema procesal penal hasta antes de la implementación del nuevo sistema de corte acusatorio.

Este proceso evolutivo fue retrasado por la necesidad, identificada por el legislador provisional, que por vía de la excepcionalidad del estado de sitio legisló caprichosa y abusivamente por espacio de cincuenta años, siendo el último código de aquella época del estado de sitio, uno de corte definitivamente inquisitivo, vale decir el contenido en el Decreto 409 de 1971, que perduró hasta 1987.

Con el Decreto 050 de 1987 comienza un leve cambio del sistema inquisitivo al mixto, dado que en el Código de Procedimiento Penal de entonces comenzaba a plantearse la separación parcial de funciones entre el juez de instrucción criminal y el juez de la causa.

Ya con la expedición de la Constitución Política de 1991, se amplía notoriamente el catálogo de derechos y se comienza a insinuar un sistema mixto más de corte acusatorio, que creaba la Fiscalía.

En vigencia de este sistema se expiden dos Códigos de Procedimiento Penal, el Decreto 2700 de 1991 y posteriormente la Ley 600 de 2000, estatutos que conservan una mixtura con tendencia acusatoria que presenta incoherencias en su propia estructura, que redundan en violación de los derechos del procesado, morosidad, corrupción, hacinamiento carcelario, y en general un defectuoso funcionamiento de la actividad sancionatoria del Estado.

Entre los años 1887 y 1992, el aparato judicial colombiano sufrió fuertes transformaciones que comenzaron con la reforma a la justicia penal, entre estas

transformaciones se encuentra la introducción de la Fiscalía, de los jueces anónimos o "sin rostro" y de los mecanismos de negociación de penas, todo esto enmarcado por una fuerte reforma constitucional que fortaleció y legitimó estos cambios.

El cambio más radical se ha presentado en torno a la justicia penal, ya que el problema de violencia y violación a los derechos humanos, en Colombia, han hecho de este tema el eje central de los debates políticos. El proceso más significativo ha sido la introducción de la Fiscalía General de la Nación, que implicó un cambio fundamental en la investigación criminal, pero sobretodo desató un viraje total de la relación del derecho penal con el proceso político del país.

La Fiscalía fue concebida esencialmente como un instrumento para reforzar la eficacia de la investigación penal y el control del ejecutivo sobre la misma, pues anteriormente correspondía a los jueces de instrucción, pertenecientes a la rama judicial, adelantar los distintos procesos, esto tenía como consecuencia una gran ineficacia de la justicia penal y por consiguiente, no permitía a la justicia penal acceder a los delitos más complejos y los cuales representaban uno de los mas graves problemas del país, el crimen organizado.

De otro lado existía un problema de coordinación entre los Jueces Penales y la Policía Judicial (cuerpo radicado en el ejecutivo), debido a que se obedecía mas fácil una orden de un mando superior militar a una orden judicial, así se tenía al Juez como a alguien que entorpecía las labores investigativas con formalismos jurídicos. De esa manera, además, se separaba totalmente, según los críticos, el manejo del orden público, responsabilidad del Presidente, y la investigación judicial, adelantada por los jueces instructores, lo cual obligaba al gobierno a recurrir a la justicia penal militar para enfrentar los grandes desafíos: protesta popular, guerrilla, y narcotráfico.

Y finalmente, Según algunos autores,

Se consideraba que no existía ningún funcionario que se responsabilizara globalmente de los problemas de la impunidad en el país. Así, el gobierno podía atribuir la situación a la ineficiencia de los jueces instructores, pues a ellos correspondía la dirección jurídica de los procesos. Por su parte, los jueces respondían que ellos no sólo carecían de recursos y colaboración de los otros poderes, sino que su responsabilidad se limitaba a adelantar, lo mejor posible, los sumarios de su juzgado respectivo.¹²

Ahora bien, con la reforma se propuso crear, partiendo del modelo federal estadounidense, un órgano dependiente del gobierno que centralizara la actividad investigativa, con lo cual se pensaban superar las anteriores deficiencias, pues ya no habría jueces instructores aislados sino investigadores que dependían jerárquicamente del Fiscal General. Así se obtendrían mejores resultados en cuanto a la lucha contra la impunidad y por consiguiente habría un responsable político de la eficiencia de la actividad investigativa, de otro lado, se planeaba otra ventaja a largo plazo y era la especialización de los funcionarios y coordinación de la investigación, aspecto que desencadena en la mejor obtención de resultados.

Además, la importancia jerárquica del Fiscal General y su comunidad de intereses con el Ejecutivo permitiría una mejor colaboración entre la policía judicial y los funcionarios investigadores, y una mayor articulación entre el manejo del orden público y la investigación judicial.

En este sentido se crearon ciertas propuestas que se debatieron en la Constituyente de 1991, como la del presidente Gaviria, que planteaba que el Fiscal debía ser de libre nombramiento y remoción por parte del gobierno, pero debía carecer de poderes judiciales, por ser un aparato investigador del ejecutivo. Frente a esa propuesta, los sectores democráticos defendieron la radicación de la

¹² RODRÍGUEZ, Garavito César; UPRIMNY, Reyes Rodrigo y GARCÍA Villegas, Mauricio. *Entre el protagonismo y la rutina: análisis socio jurídico de la justicia en Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. [En línea] Disponible en: <http://www.juecesyfiscales.org>.

Fiscalía en la rama judicial, con lo cual se quería dotar de autonomía a ese órgano, para que no dependiera de las instrucciones gubernamentales. Esta propuesta finalmente triunfó, pero con algunas modificaciones, pues se consideró que si la Fiscalía pertenecía a la rama judicial, debería ser dotada de facultades judiciales.

De esta manera la Fiscalía podría conformarse en un ente autoritario, pues concentraba un enorme poder por la confusión de funciones judicial e investigativa, ya que los fiscales colombianos podían autónomamente librar órdenes de captura, interceptar comunicaciones, detener personas, allanar domicilios, etc.

A pesar del gran avance logrado con la creación de la Fiscalía, se presentaron muchos inconvenientes que terminaron en reformas a la justicia penal, uno de ellos fue el incremento de la congestión en los despachos de la Fiscalía General. Así el Gobierno Nacional y la Fiscalía General, presentaron al Congreso un proyecto que posteriormente se convirtió en la Ley 81 de 1993, como innovación principal se destaca la creación del trámite de la audiencia especial, entendido como una variación de la sentencia anticipada, la determinación de precisos términos para adelantar la investigación previa y la instrucción, la introducción del control de legalidad de las medidas de aseguramiento y sobretodo los beneficios por colaboración eficaz con la justicia.

Debido a que estas nuevas instituciones se referían a mecanismos de terminación anticipada y beneficios por colaboración con la justicia, el Gobierno se vio obligado a conformar mediante el Decreto 189 de 1995 una comisión evaluadora de *'la política de sometimiento a la justicia'*, la cual mediante su informe concluyó que era necesario introducir ajustes al marco legal, con la finalidad puntual de evitar

una acumulación de beneficios, o una falta de proporcionalidad en la aplicación de las normas al hacer el ejercicio de la dosimetría punitiva.

Así se llega a la aprobación de la Ley 600 de 2000, y a este respecto resulta conveniente recordar los argumentos invocados por la Corporación Excelencia en la justicia:

Debe compartirse la orientación, afortunadamente extendida en ciertos círculos gubernativos y académicos patrios, y recientemente recogida por la sociedad civil, en el sentido de que el cambio requerido por nuestra administración de justicia penal debe partir de una concreta y plena aplicación de los principios que informan el llamado 'sistema acusatorio' (presunción de inocencia, debido proceso, inmediación, oralidad, publicidad, contradicción, confrontación, etc.), para lo cual es prerequisite una simplificación de las formas procesales, una mayor celeridad en la toma de decisiones, un incremento sustancial del nivel de participación de la comunidad en las diferentes etapas, y, sobre todo, una clara delimitación de los roles y responsabilidades de los grandes actores del proceso penal: policía, fiscalía, jueces, defensores y víctimas.¹³

En pocas palabras lo que se quiso expresar con esta ponencia era la necesidad de implementar en Colombia un sistema penal de corte acusatorio, iniciativa abanderada por el ex ministro de justicia y del derecho, Rómulo González Trujillo, con la cual pretendía reformar la Constitución Política para eliminar las funciones judiciales de la Fiscalía General y finalmente introducir el sistema penal acusatorio. A pesar de que el Gobierno desistió de la iniciativa, la idea del ministro Rómulo González generó un debate nacional y propició la presentación del proyecto del Acto Legislativo 151 de 2001, proyecto que se limitaba a eliminar las funciones judiciales de la Fiscalía, esta iniciativa fue archivada en el seno de la Comisión Primera de la Cámara de representantes, en virtud a la petición del Fiscal General de la Nación Luis Camilo Osorio Isaza, quien se comprometió a

¹³ Corporación Excelencia en la justicia. *Elementos para la reforma del sistema penal en Colombia*. Bogotá: Febrero de 1999. pág. 22. En: Nuevo Código De Procedimiento Penal. *Eruditos prácticos*. 1ª edición. Legis. Enero 2005 – 2006.

adelantar y desarrollar un nuevo proyecto que sería presentado a consideración del Congreso de la República nuevamente.

El 1º de Febrero de 2002 se instaló formalmente una comisión preparatoria de la reforma la cual el 19 de marzo del mismo año entregó un anteproyecto del Acto Legislativo, para finalmente, el 26 de abril de 2002, radicar el proyecto de acto legislativo. Luego de cumplir su trámite constitucional el 19 de Diciembre de 2002, el proyecto fue aprobado por el Congreso de la República.

Para poder llevar a cabo la implementación del sistema penal acusatorio se requería en primer lugar llevar a cabo una tarea preparatoria de los textos normativos, para esto se conformó la comisión redactora y ésta misma aprobó los proyectos de un nuevo Código de Procedimiento Penal, un sistema nacional de defensoría pública, un nuevo Código Penitenciario y Carcelario, un Estatuto Orgánico de la Fiscalía, al igual que las modificaciones parciales al Código Penal, a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y al proyecto de Ley Estatutaria *habeas corpus* en curso, textos que con excepción de éste último, fueron presentados por el Fiscal General el 20 de julio de 2003.

Este proyecto fue aprobado por el Congreso el 16 de Junio de 2004, expidiéndose el Proyecto de Ley 229 de 2004, Senado, y 1 de 2003, Cámara, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, texto conciliado por las sesiones plenarias del senado de la República y la Cámara de Representantes. Sobre este texto conciliado y luego de surtir el trámite de las objeciones presidenciales,¹⁴ finalmente se sancionó el 31 de agosto de 2004 la Ley 906, contentiva del nuevo

¹⁴ El Presidente de la República objetó, por inconveniencia, los artículos 109, 327, 496, 526, 531 y 179 del *Proyecto de Ley 229 de 2004* Senado y 1 de 2003 Cámara, surtiéndose el trámite el día 10 de agosto del 2004.

Código de Procedimiento Penal. Sin embargo fue necesario expedir el decreto 2770 del 31 de agosto de 2004, para corregir los yerros de esta Ley.¹⁵

En relación con este decreto la Corte manifestó en Sentencia C-925 de 6 de Septiembre de 2005. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

De los antecedentes de la Ley 906 de 2004 se desprende que una vez publicado el texto aprobado por las plenarias del Congreso de la República, de acuerdo a lo consignado en la Gaceta del Congreso 529 de 2004, el texto fue sancionado y promulgado tal como fue aprobado por el Congreso. Posteriormente el Presidente de la República expidió el Decreto 2770 de 2004, en ejercicio de la facultad concedida por el artículo 45 de la Ley 4 de 1913.

Si bien el trámite legislativo concluyó adecuadamente conforme a la Carta y el texto fue objeto de publicación en el Diario Oficial No. 45657, los artículos que fueron resaltados en las tablas comparativas de esta sentencia fueron modificados por un decreto posterior a la sanción y promulgación de la ley, tal como el Congreso la aprobó y el Presidente la sancionó.

Se encuentra que los artículos 32 y 33 del Decreto 2770 de 2004 incorporaron a la ley aprobada por el Congreso dichas modificaciones, adiciones y supresiones sin que los cambios efectuados hubieran pasado por el procedimiento legislativo legítimo.

Después, la ley “corregida” fue publicada en el Diario Oficial No. 45658. Esto llevó a que haya dos textos de la misma ley, no uno solo, publicados de manera diferente en el Diario Oficial.

Si bien la Corte Constitucional no es competente para conocer del decreto de corrección de yerros sí lo es para conocer de la ley, la cual, en este caso, ha sufrido cambios sustanciales después de su sanción y promulgación. Por lo tanto, para preservar la voluntad del Congreso expresada según el procedimiento de formación de la ley establecido en la Constitución se deberá declarar exequible la Ley 906 de 2004 tal como fue aprobada por el Congreso de la República, sancionada por el Presidente de la República y promulgada en el Diario Oficial No. 45.657. En este sentido se condicionará la exequibilidad de la Ley 906 de 2004.

¹⁵ Nuevo Código De Procedimiento Penal. *Eruditos prácticos*. 1ª edición. Legis. Enero 2005 – 2006.

2. EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Esta nueva forma de administrar justicia busca la verdad, encontrando los verdaderos culpables de un hecho punible y aplicándoles una sanción, respetando los derechos fundamentales de las personas involucradas, tanto de las víctimas y perjudicados como de sus victimarios; esto se logra aplicando métodos y garantías que estimulan y vuelven eficaz la investigación criminal y el juzgamiento de los delitos. En Colombia el nuevo modelo de justicia en materia criminal llamado Sistema Penal Acusatorio entró a regir el día 1 de Enero de 2005.

Este sistema penal fue aplicado inicialmente en el Eje Cafetero y en Bogotá, y en forma gradual se extenderá al resto del país hasta el 2008, cuando deberá quedar implementado en todos los distritos judiciales que funcionan en el territorio nacional. Fue introducido en el ordenamiento jurídico mediante reforma constitucional, reforma hecha mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 que estipuló su aplicación, y la Ley 906 de 2004, por medio de la cual se creó el Código de Procedimiento Penal de tendencia acusatoria.

El sistema penal colombiano pasó de ser un sistema mixto a un sistema eminentemente acusatorio a inicios del año 2005, cambio que encuentra sustento en cuatro pilares fundamentales:

1. La oralidad,
2. La investigación previa y preparatoria a cargo de la Fiscalía General de la Nación,

3. Abreviación, eficiencia y eficacia de los procedimientos para convertirlo en un sistema garantista procesal penal, en cuyo eje principal se encuentra el respeto a la dignidad humana, la presunción de inocencia hasta prueba en contrario, y
4. La separación entre acusación y juez, la carga de la prueba y el derecho a la defensa del acusado.

Este sistema penal acusatorio tiene fundamento en los artículos 29 y 250 de la Constitución Política de Colombia. El primero contempla el derecho de todo ciudadano a un proceso *“público sin dilaciones injustificadas, así como a presentar pruebas y a controvertir las que se allegue en su contra”*; el segundo dispone que *“La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá en consecuencia suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de garantías”*.

Del mismo modo, se sustenta en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, que contienen normas superiores relativas a los principios de publicidad, oralidad, celeridad, inmediación y contradicción propias del sistema acusatorio.

La implementación de un esquema de tendencia acusatoria en el sistema penal colombiano, implica una radical transformación de la dinámica del proceso penal y la descripción de sus elementos básicos.

Como lo señalan Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Lynett:

Con independencia de las posturas de la dogmática penal, la introducción del modelo acusatorio comporta una redefinición del concepto de verdad. En términos generales, el proceso inquisitivo se basa en la obligación del Estado de buscar la verdad, a partir de ella, imponer las sanciones o mantener la inocencia de la persona investigada. Es decir, la verdad se entiende como algo existente y que debe ser objeto de búsqueda. El investigado no tiene que aportar pruebas en su favor, sino que ha de limitarse a cuestionar la verdad encontrada por el Estado.

Por el contrario, el modelo acusatorio se basa en la construcción de la verdad. Las partes llegan al juicio con visiones de la realidad, y será la confrontación entre tales visiones la que determine lo que se considera verdadero. Adquiere, por lo mismo gran importancia el convencimiento del juez.¹⁶

Lo anterior implica el despojamiento del Estado del monopolio de la verdad, lo cual se aprecia en el hecho de que el Estado no impone su verdad sobre el investigado o procesado, sino que esta se sujeta al escrutinio de la contraparte y de un tercero imparcial: el juez.

Tampoco existe monopolio de la función de investigación, pues entre las partes, existe la posibilidad de que presenten su versión, con el fin de que se encuentren en el escenario diseñado para este fin: el juicio.

Otra de las consecuencias que surgen con este nuevo sistema penal se refiere a la distinción entre la verdad conforme al sistema jurídico y la verdad que puede

¹⁶ BERNAL, Cuellar Jaime y MONTEALEGRE Lynett Eduardo. *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004.

surgir de otros sistemas de la sociedad, ya que al no existir un monopolio estatal de la verdad, también desaparece la centralidad del sistema jurídico en la definición de la verdad.

Para que la búsqueda de esta verdad sea real y justa se necesitan unas bases jurídicas claras y precisas, las cuales se encuentran en los principios rectores del procedimiento penal que son el pilar y el punto de partida de todas las actuaciones de las autoridades judiciales, tema que se tratará más adelante.

2.1 Principales características de los sistemas de juzgamiento de tendencia acusatoria en diferentes países

En la actualidad no existe ningún país de la cultura occidental que posea un sistema puro, ya sea acusatorio o inquisitivo. Lo que se da es una tendencia marcada hacia uno de los dos modelos.

2.1.1 El sistema acusatorio norteamericano

El sistema acusatorio se ha desarrollado allí desde sus inicios republicanos, identificando el proceso penal en una contienda de partes situadas en el mismo plano de igualdad, conservando los principios básicos y fundamentales del sistema acusatorio, pero con un nuevo modelo de procedimiento.

La iniciativa procesal y probatoria está en manos de las propias partes de tal manera que va a recaer íntegramente sobre la acusación el papel de defensa de la sociedad y como consecuencia la represión de los hechos delictivos.

Las partes pueden disponer del objeto del proceso, el Ministerio Fiscal puede renunciar a la acción penal o revocarla, lejos del control del órgano jurisdiccional;

y el imputado puede declararse culpable y exonerar con ello a la acusación de tener que probar el fundamento de la imputación.

Los procesos penales en Estados Unidos están en manos de funcionarios públicos y no a cargo de los particulares, aunque la víctima ocupa un papel muy importante.

La Fiscalía es totalmente descentralizada, y junto al Ministerio Público Federal coexisten los de cada uno de los cincuenta estados que conforman la Unión.¹⁷

Como característica especial de este modelo norteamericano es que en él se encuentra el juicio por jurados. Este jurado se conforma por un grupo de doce ciudadanos que se eligen de acuerdo al caso del que se trate.

2.1.2 El sistema anglosajón

En los sistemas anglosajones las principales fuentes de derecho son la jurisprudencia y la costumbre, a diferencia de los países de cultura europea continental, donde la ley es la principal fuente de derecho, tradición adoptada por Colombia.

El sistema británico se basa en los “*precedentes*”, por lo cual para dirimir determinado asunto en materia penal se busca una decisión que haya resuelto un tema similar para ser utilizado como punto de referencia.

¹⁷ Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional. *Técnicas de juicio oral*. Lecturas complementarias. Comisión Interinstitucional para el impulso de la oralidad en el proceso penal. USAID. pág. 25 – 26.

Este sistema se caracteriza por la forma en que se va construyendo su saber jurídico, esto es, su método, toda vez que de una manera inductiva se van generando los reglamentos a aplicar, a partir de casos particulares se arma la solución jurídica y así se va construyendo el derecho.

Por otra parte, como característica fundamental se analiza también en él la forma como el principio de participación democrática se hace presente en la forma de la decisión judicial, ya que el pueblo está representado en las salas de audiencias por medio del jurado popular. Además, la motivación de las sentencias en el sistema anglosajón es innecesaria porque es la decisión del pueblo, representado en el jurado, la que se concreta en el fallo.

Los fiscales en el sistema anglosajón tienen responsabilidad política porque son de elección popular. Tal vez una de las características más notorias de este sistema jurídico es que el Ministerio Fiscal pertenece a la rama ejecutiva. La investigación criminal en los países del Reino Unido está a cargo, de manera esencial, de las autoridades de policía, organizada a través de brigadas y departamentos de investigación. Ellas dependen de las Secretarías de Estado del Ministerio del Interior (en Inglaterra y país de Gales) y de los condados, por cuyo intermedio se organiza la función de la policía local. La policía metropolitana de Londres (Scotland Yard) depende de manera prevalente de la Secretaría de Estado del Interior.¹⁸ La acusación está a cargo del Ministerio Fiscal aunque, la policía en la investigación criminal, goza de autonomía, tanto que en nombre de ese ministerio, formaliza la imputación por una conducta delictiva.

Sobre este sistema, Guillermo Augusto Arciniegas Martínez señala:

¹⁸ Cfr. Defensoría del Pueblo, Dirección Nacional de Defensoría Pública, Unidad de Capacitación. Op. Cit. pág. 52 – 53.

Difícilmente puede encontrarse en el mundo occidental un sistema que otorgue más garantías a un procesado, como allí, tanto que, resulta extraña la figura de la detención preventiva en la etapa de investigación. Sobre las penas, debe decirse, muchas veces no se traducen en afectación o limitación de la libertad, como quiera que existen mecanismos alternativos a la prisión como el trabajo y el servicio social, la reparación, entre otros.¹⁹

2.1.3 El sistema continental europeo

La forma en que se construye el derecho es diferente al del anglosajón, ya que la *deducción* es el método seguido, el legislador previamente compone el derecho en abstracto y a partir de este deduce la solución.

El principio democrático en el juicio se hace por reserva, por representación, solo el congreso participa de manera indirecta con su actividad de creación de la ley. Se hace necesaria la motivación de la sentencia porque es la concreción de la ley, con fundamentos jurídicos y probatorios lo que se incluye en ella.

Los fiscales, en el sistema continental europeo tienen responsabilidad jurídica y no política, de tal suerte que no aplicar la ley genera consecuencias de naturaleza jurídica, esto es, penal y disciplinaria.²⁰

A este sistema continental europeo pertenece el *modelo español*, en el cual la ley es la principal fuente de derecho, y los funcionarios judiciales son independientes, inamovibles, responsables y sometidos exclusivamente al imperio de la ley.

¹⁹ ARCINIEGAS, Martínez, G. Augusto. *Investigación y juzgamiento den el sistema acusatorio*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2005. pág. 29 - 30.

²⁰ Cfr. Defensoría del Pueblo, Dirección Nacional de Defensoría Pública, Unidad de Capacitación. Op. Cit. pág. 53 – 54.

Existe la figura del jurado, el cual se compone de una sección de hecho y una de derecho. A este le corresponde emitir el veredicto, declarando la culpabilidad o inocencia de los acusados, para lo cual siempre deberá apoyarse en elementos de convicción suficientes en la toma de su decisión, la cual según lo prevé la ley se toma en base a la mayoría cualificada en caso de culpabilidad, y de mayoría simple si el veredicto es de inocencia.

Quien se encarga de dictar sentencia es el Magistrado Presidente (sección de derecho), quien también deberá imponer la pena y la responsabilidad civil a que haya lugar. A este funcionario le corresponde también velar por la legalidad tanto de las actuaciones de las partes como por la del jurado mismo.

2.1.4 Experiencia en Latinoamérica

Conscientes de la necesidad de mudar hacia el sistema acusatorio a los distintos países latinoamericanos, se han ido dirigiendo sus sistemas procesales hacia el acusatorio. Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Uruguay, Argentina, México, Chile, Venezuela, Brasil y Bolivia son algunos de los que han modificado sus sistemas penales.²¹

Del sistema se debe resaltar como allí la acción penal es pública cuando debe ejercitarse por el ministerio fiscal, y puede ser particular cuando su ejercicio corresponde exclusivamente a las personas ofendidas con el delito. Los principios generales que recoge en su legislación procesal son los de *juez natural*, *juicio previo*, *presunción de inocencia*, *non bis in ídem* e *in dubio pro reo*. La oralidad, si bien no está consagrada como principio, sí se incluye dentro del texto del procedimiento al señalarse que las intervenciones del representante del ministerio fiscal serán de forma oral, de igual forma que el trámite de las recusaciones e

²¹ Cfr. *Ibíd.* pág. 56 – 57.

impedimentos. También se reconoce la publicidad del procedimiento, la intermediación, la concentración de la prueba, la celeridad y eficiencia al garantizar el desarrollo de la oralidad.

El Salvador, Brasil, Bolivia y Venezuela coinciden en adoptar un modelo acusatorio “*adversativo*” o “*adversarial*”, construido sobre la prevalencia de las protecciones fundamentales y dotado de una flexibilidad que permite la toma de decisiones orales, públicas y rápidas, recurriendo a la norma del precedente, a la vez que conservando la institución de los jurados.

En *Bolivia*, la Fiscalía y la Policía Nacional actúan siempre bajo control jurisdiccional; los jueces no pueden realizar actos de investigación ya que se considera que comprometen su imparcialidad, e igualmente la defensa es irrenunciable.

En *el Perú* el ministerio público es el responsable de la acción penal y el deber de la carga de la prueba, sus actos no constituyen función jurisdiccional, la acción penal es de naturaleza pública.

En *Ecuador*, por su parte, el ministerio público es el encargado de activar a los respectivos jueces para que inicien los procesos penales. Así mismo, los jueces deben intervenir personal y directamente en la práctica de los actos procesales de prueba y con observancia de las normas legales. La acción penal es de naturaleza pública pero puede admitirse la acusación particular.

En *Nicaragua* corresponde al juez local, en su respectiva jurisdicción, la averiguación y sanción de las faltas penales y delitos con penas correccionales. Se consagran los principales principios del sistema acusatorio.

En *Uruguay*, igualmente, el ejercicio de la acción penal es público y corresponde al ministerio público llevarla a cabo. También allí se consagran los principales principios que caracterizan el sistema acusatorio.

2.2 Principios rectores del procedimiento penal colombiano

La fórmula “*Estado social de Derecho*”²² es la síntesis de tendencias históricas que reflejan la superación del esquema liberal tradicional, recogido en la expresión “*Estado de Derecho.*”²³

De la simple existencia de un control legal a la administración, y de la supremacía, suficiencia y autonomía del mercado como regulador de la sociedad civil, se ha pasado a un esquema en el cual toda actuación estatal debe estar en consonancia con la Constitución, y la existencia de mecanismos que lo aseguren.

Los estudios de comparación en derecho constitucional y derecho procesal muestran como tendencia la constitucionalización del procedimiento en todas las ramas del Derecho. Es la norma superior de la mayoría de los Estados, donde se consagra un catálogo de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial, con el fin de impedir que el futuro legislador desconozca los derechos fundamentales de las personas y, de otra parte, lograr la verdadera materialización de dichos derechos, alcanzando de esta forma la justicia y la verdad, reconocida como valor superior de todo ordenamiento jurídico.²⁴

²² Constitución Política. *Artículo 1º*.

²³ Corte Suprema y Constitucional, Jurisprudencia. *Sistema acusatorio 2005*. 350 conferencias. Segunda Edición. Legislación, códigos nacionales y suramericanos. En: Jurídica ENRED.NET. EAVILAENRED.NET.

²⁴ Cfr. BERNAL, Cuellar Jaime; MONTEALEGRE, Lynett Eduardo. *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. pág. 23.

El efectivo reconocimiento de los derechos de la persona, por ejemplo, la libertad personal, radica precisamente en su protección procesal, es decir, en las garantías o, en otros términos, en los mecanismos, acciones, recursos y procedimientos consagrados por el legislador y el constituyente para materializarlos.

Es así como las constituciones de distintos países disponen que todos pueden actuar en juicio en defensa de sus propios intereses, que se deben asegurar con relación a todas las personas sin distinción de ninguna naturaleza, y que nadie puede ser reducido a prisión, arrestado o detenido sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente.

Se presenta la consagración constitucional del procedimiento penal cuando en una carta política se le reconocen a toda persona, entre otros derechos, los siguientes: a que su causa sea pública, se surta dentro de un plazo razonable y por un tribunal independiente e imparcial; a que se presuma inocente hasta que su responsabilidad haya sido legalmente declarada; a que se le informe de la naturaleza y el motivo de la acusación formulada; a disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; a ser asistida por un defensor; a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra, y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor.

En este orden de ideas, al Estado le corresponde asegurar y “concretar, en cada momento histórico, un modo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales adecuadas para gozar de una igual libertad”.²⁵

El cumplimiento de estas obligaciones no se libera a la voluntad política, sino que nacen de un mandato y, como tal, está contemplado normativamente. La verificación del cumplimiento de dicho mandato está sujeta a control

²⁵ Corte Constitucional. *Sentencia SU-111 de 1997*. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

constitucional. Este, aunque se dirige principalmente al legislador por vía del control constitucional abstracto,²⁶ alcanza todas las esferas del poder público, e incluso privado, mediante el control concreto: la acción de tutela.²⁷

Así las cosas, el mandato constitucional de “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes, consagrados en la Constitución”²⁸, se materializa en la intervención estatal en la economía con el objeto de “racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo”²⁹ y, normativamente, en la supremacía de la Constitución.³⁰ Tal como lo señalara la Corte Constitucional en algún momento, lo primero corresponde al concepto tradicional del Estado de Bienestar y lo segundo al Estado Constitucional Democrático.³¹

En conclusión, la incorporación en el texto fundamental de 1991 de algunas instituciones procesales seguramente obedece al propósito de evitar que el Legislador, el Juzgador y el Ejecutivo desconozcan o violen los derechos fundamentales, lo cual, como se le impone a la doctrina de cualquier especialidad del Derecho, obliga a realizar, antes del estudio específico del proceso penal, una presentación constitucional del tema, que a su vez debe empezar por describir los principios que rigen el derecho procesal penal para luego pasar a los aspectos orgánicos y funcionales de la jurisdicción respectiva.

2.2.1 Dignidad humana

²⁶ Cfr. Constitución Política. *Artículo 241*.

²⁷ Cfr. *Ibídem. Artículo 86*.

²⁸ Cfr. *Ibídem. Artículo 2º*.

²⁹ Cfr. *Ibídem. Artículo 334*.

³⁰ Cfr. *Ibídem. Artículo 4º*.

³¹ Cfr. Corte Constitucional. *Sentencia T-406 de 1992*. M.P: *Ciro Angarita Barón*.

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 1º del CPP y es desarrollo del Art. 12 de la Carta, ya que por más que una persona efectivamente haya violado las normas sociales no deja de ser un hombre con dignidad humana.

En un Estado Social de Derecho como el nuestro se le señala al Estado la imposibilidad de ejercer contra ese sujeto cualquier amenaza de coacción, someterlo a torturas o suplicios para lograr una confesión.

Se deben respetar las normas internacionales reconocidas sobre Derechos Humanos y en ningún caso podrá haber violación de los mismos. Toda persona a quien se le atribuya la comisión de un hecho punible, tiene derecho a ser tratada con el debido respeto a su dignidad. Este es el principal aspecto que el investigador debe considerar en sus labores de policía judicial.

La dignidad humana es un atributo irrenunciable de todo hombre como sujeto moral que da lugar al más básico de los derechos, el derecho a disentir y a no ser tratado como medio de ningún fin colectivo. La dignidad del hombre tiene una especial calidad ética cuando se trata de hacerla respetar respecto de aquellos que han delinquido; la respuesta social no puede ser la venganza ni el oprobio a la condición humana, sino la sanción.

Para el mundo civilizado están fuera del contexto penal todos los métodos indignos como la tortura física o psicológica, la hipnosis, las promesas o amenazas, la aplicación de drogas o sustancias para obtener confesiones o acusaciones y toda clase de atropellos que persigan degradar a quien se halla en espera de justicia. El imputado es *sujeto* y no *objeto* procesal.

2.2.2 La libertad

Este principio está consagrado en el artículo 2º CPP y es desarrollo de los Artículos 13, 18, 20 y 28 Constitucional, en donde dispone que toda persona sea libre y se le garantiza la libertad de pensamiento, de expresión y de conciencia.

Respecto a la libertad personal esta se puede coartar, es decir, solamente para que a un individuo se le prive de su libertad debe existir un mandato escrito de captura, debe existir el supuesto de la iniciación de un proceso penal, que haya una imputación penal y que esa persona necesariamente debe estar vinculada al proceso como sindicado. Consagra también el respeto a la libertad individual y establece que a nadie se le puede molestar en su persona o en su familia.

2.2.3 Prelación de los tratados internacionales

La prelación de los tratados internacionales, como principio, se encuentra contemplado en el artículo 3º CPP. El proceso penal no se puede sustraer a todas las reglamentaciones de orden internacional existentes, especialmente cuando se trata de las garantías de las personas, por esto forman parte de las normas de procedimiento penal colombiano los tratados y convenios ratificados por Colombia.

2.2.4 Igualdad

El Código de Procedimiento Penal, consagra la igualdad en su artículo 4º. Principio este concordante con lo determinado en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* acogido en nuestro país mediante la *Ley 74 de 1968* el cual en su Artículo 14 indica que *todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia, siendo deber de estas respetar los derechos y garantías establecidas*. Igualmente este principio desarrolla lo contenido en el artículo 13 de la Carta Política: *“Todos los habitantes del Territorio nacional somos iguales ante la Ley”*.

La igualdad se traduce dentro del proceso en la oportunidad que tienen los sujetos procesales para realizar los actos procedimentales en igualdad de oportunidades como solicitar pruebas, controvertirlas y presentar alegaciones.

2.2.5 Imparcialidad

Esta norma rectora le fija a los jueces el deber de ser objetivos y buscar la verdad sin parcializarse en pro de la víctima o el indiciado. Y se encuentra en el artículo 5º CPP.

2.2.6 Legalidad

Antes de que exista la norma, es un imposible jurídico hablar de violación de la misma. La única fuente creadora de los delitos y de las penas es la ley, por lo que los Jueces y Tribunales carecen de licencia para tener por delictivos hechos diferentes a los legalmente tipificados. Únicamente el legislador puede delimitar los derechos básicos, siempre y cuando no se afecte el contenido esencial de los mismos.

Este principio acoge el principio constitucional estipulado en el artículo 29, cuando se trate de aplicar normas nuevas que entren a regular el trámite de procesos que se encuentren en curso, debe preferirse las que favorecen al procesado.

Las leyes procesales penales son de inmediato cumplimiento y rigen tan pronto como se señala su fecha de vigencia por lo que, se debe aplicar la ley vigente al momento de la comisión del hecho.

En materia penal la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior se aplicará de preferencia a la restrictiva o la desfavorable. El principio de favorabilidad puede aplicarse en los siguientes eventos:

1. Cuando la conducta se descriminaliza.
2. Cuando la nueva ley rebaja las penas y dentro de esta se contempla rebajar el mínimo y el máximo.
3. Cuando se despenaliza una conducta pero ya no es sancionada con pena privativa de la libertad sino con una pena pecuniaria.

Dentro del concepto de favorabilidad se tiene en cuenta la retroactividad, las leyes excepcionales, las leyes temporales sin olvidar que la favorabilidad rige para los condenados.

2.2.7 Presunción de inocencia e in dubio pro reo

Este principio está regulado por el Código de Procedimiento Penal en su artículo 7º y es uno de los derechos más polifacéticos y de mayor invocación, conforme al cual se atribuye a la parte acusada desde el comienzo del juicio, la calidad de inocente, bastándole la pasividad para conservar tal estado. Quien no ha sido juzgado y condenado, mediante sentencia en firme, no puede ser considerado culpable ni privado de sus derechos.

Este principio constituye el desarrollo de uno de los apartes del artículo 29 de nuestra Constitución Política, que a la letra dice en el inciso cuarto: "Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable".

2.2.8 Defensa

Este principio constituye el desarrollo del inciso 4 del artículo 29 de la Carta que a la letra dice "*Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de*

un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y juzgamiento”, y se encuentra consagrado en el artículo 8° del CPP.

Con respecto a la Defensoría Pública, se constituye ésta como un servicio de defensoría bajo la dirección y organización del Defensor del Pueblo, se prestará en favor de quienes carecen de recursos económicos para proveer su propia defensa a solicitud del sindicado, el Ministerio Público o el funcionario judicial.

2.2.9 Oralidad

Esta es una característica esencial del sistema acusatorio, a través de ella se logra la inmediación de la prueba y es un medio esencial para la comunicación entre los intervinientes en el proceso.

2.2.10 Actuación procesal

Este principio está regulado en el artículo 10 del CPP.

No existe justificación alguna para que las actuaciones desarrolladas por el investigador lleguen a irrespetar los derechos fundamentales. El incumplimiento de ajustarse a los procedimientos puede generar que el juez imponga sanciones al investigador por desacato, los operadores judiciales deben ajustarse al derecho sustancial para llevar a cabo las actuaciones procesales. Si alguno de los sujetos procesales con su comportamiento irrespetar el procedimiento será sancionado por el juez, así mismo El juez de control de garantías y el de conocimiento están en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes.

2.2.11 Derechos de las víctimas

Los derechos de las víctimas se encuentran establecidos en el artículo 11 del CPP. Es necesario que los operadores judiciales presten una oportuna y amable atención a las víctimas, su actuación no se debe limitar a recibirle la noticia criminal, en el caso del investigador; se le debe brindar orientación oportuna de los procedimientos a seguir y las instituciones que le pueden ayudar. El investigador forma parte del sistema en el cual la víctima deposita la confianza para el esclarecimiento de los hechos.

2.2.12 Lealtad

Lealtad es rectitud y nobleza, honradez en la conducta, características que deben ostentar quienes intervienen en los procesos judiciales, por ello la lealtad como principio procesal se encuentra señalado en el artículo 12 del CPP.

También se conoce como *“principio de probidad procesal”* e implica la no utilización de conductas o argumentaciones fraudulentas o alevosas. El proceso no puede ser utilizado como instrumento para malograr su ética final.

Este principio se encuentra concatenado perfectamente con el establecido en el artículo 83 de la Constitución Política., el cual indica que *las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas*. De conformidad con este postulado todas las partes que intervienen en el proceso están en obligación de proceder de buena fe y de ser veraces, para posibilitar el descubrimiento de la verdad procesal.

2.2.13 Gratuidad

Principio establecido en el artículo 13 del CPP.

Ninguno de los procedimientos adelantados por el investigador pueden ser cobrados a los sujetos procesales, se debe tener en cuenta especial cuidado de no incurrir en solicitudes de elementos para las actuaciones a la víctima o al sindicado.

2.2.14 Intimidad

El respeto a la intimidad se encuentra en el artículo 14 del CPP. Todas las personas tienen derecho a que se les respete su intimidad por esta razón, los procedimientos del investigador que afecten la intimidad, deben ser realizados con autorización del fiscal el cual los someterá al control del juez de garantías.

2.2.15 Contradicción

Este supuesto fundamental del proceso penal es de remoto origen acusatorio, implica intercambio de pensamiento, réplica, oposición, antagonismo, diálogo y no monólogo, en síntesis, bilateral. Traduce interacción entre las partes de manera que las posturas de cada una, estén controladas por las otras. Se le conoce también como confrontación, o principio del contradictorio y se encuentra en el artículo 15 del CPP.

El proceso penal es eminentemente dialéctico, busca llegar a la verdad mediante la formulación civilizada de tesis, antítesis y síntesis, o mejor, de acciones, excepciones y fallos. Para saber si un acusado es culpable o inocente, el juez debe escuchar a una y otra parte.

Este principio tiene su fundamento en que el proceso no puede entenderse como un monólogo del juez, sino como un diálogo abierto entre los diversos intervinientes en su calidad de partes. Es uno de los más importantes principios

dentro del Derecho Procesal Penal, este es desarrollo del artículo 29 inciso.4º de la Constitución Política.

Nuestra constitución establece que los sujetos procesales pueden impugnar las decisiones judiciales, impugnación que debe llevarse a cabo dentro del término de ejecutoria de la providencia, es decir, 3 días después de haber sido notificada

2.2.16 Inmediación

La razón de ser de este principio radica en el conocimiento directo que debe tener el juez, como director del proceso penal, de todos y cada uno de los medios de convicción; es por ello por lo que todas las pruebas se deben practicar dentro de la audiencia pública, siendo solamente válidas en principio las que allí se practican y controvierten. En audiencia es la única forma en la que el fiscal puede hacer la presentación de las evidencias que pretenda hacer valer. Principio establecido en el artículo 16 del CPP.

2.2.17 Concentración

El principio de concentración está consagrado en el artículo 17 del CPP y tiene como objetivo principal la celeridad del proceso y buscar la concentración del juez y de las partes en el asunto que se controvierte.

2.2.18 Publicidad

Esta norma rectora desarrolla dos principios de nuestra Carta Política, así: El artículo 29 Núm. 4º. Estipula: *“Todo sindicado tiene derecho a un proceso público”* y el artículo 228 de la misma carta dispone: *“Las actuaciones serán públicas y permanentes”*. Según el artículo 18 del CPP, todas las audiencias que se realicen durante la etapa de juzgamiento serán públicas.

2.2.19 Juez natural

Esta norma rectora constituye el desarrollo del inciso 2 del artículo 29 de la Carta Política que a la letra dice “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente”.

A su vez el artículo 116 de la Constitución Política establece qué instituciones administran justicia y cuándo pueden ser investidos los particulares transitoriamente para administrar justicia.

2.2.20 Doble instancia

La doble instancia se encuentra en el artículo 20 del CPP.

Este principio es una consecuencia lógica del derecho de impugnación, por medio del cual cualquier sujeto procesal tiene derecho a impugnar o recurrir una providencia que le resulta desfavorable.

Se encuentra regulado en el artículo 29 y 31 de nuestra Constitución Política, disposiciones que estipulan que el sindicado tiene derecho a impugnar la sentencia condenatoria y que toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada.

El principio de la doble instancia busca garantizar una recta aplicación de justicia, en cuanto posibilita que la misma cuestión de fondo que ha sido materia de discusión, o decisión en un proceso pueda ser revisada en su legalidad por otro funcionario que posea conocimientos superiores y un grado de experiencia mucho mayor que el funcionario de primera instancia.

2.2.21 Cosa juzgada

Artículo 21 del CPP. Estipulado en el artículo 29, Inciso 4º de la Constitución Política, se le denomina “*non bis in ídem*”, por lo que el sindicado o procesado no puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho. La expresión hecho, debe entenderse como conducta humana finalmente dirigida, mientras que la identidad alude a la persona, al objeto y a la causa de persecución, de lo contrario no se podría hablar de la identidad de hecho.

Consiste en la imposibilidad que tiene el Estado para cuestionar los asuntos que ya han sido objeto de decisión a través de un proceso previo, mediante sentencia que se encuentre en firme.

2.2.22 Restablecimiento del derecho

El restablecimiento del derecho está consagrado en el artículo 22 del CPP y se refiere a los mecanismos que puede adoptar el Fiscal y los Jueces cuando el caso lo permite, para hacer menos gravosa la situación del ofendido por el delito, tomando las medidas necesarias para restablecer el derecho conculcado o para asegurar la indemnización de perjuicios.

2.2.23 Cláusula de exclusión

Este principio relacionado con las pruebas que se harán valer en el proceso penal, se encuentra establecido en el artículo 23 del CPP. El investigador debe adelantar los procesos de consecución, recolección y aseguramiento de los elementos materiales probatorios de acuerdo a lo estipulado en los principios rectores y garantías fundamentales, el desconocimiento generara la nulidad de la misma y de las que se desprendan de ella.

2.2.24 Ámbito de la jurisdicción penal

Las actuaciones realizadas antes y durante el proceso serán ejecutadas por personal idóneo. Todas las actuaciones del proceso deben adelantarse de acuerdo a las reglas establecidas en el derecho procesal penal. Este principio de encuentra tipificado en el artículo 24 del CPP.

2.2.25 Integración

El proceso penal no se puede sustraer a todas las reglamentaciones que existen en otros procesos, especialmente el de la ciencia del proceso civil que se encuentra más desarrollada que la ciencia del derecho procesal penal. Cuando quiera que se encuentren vacíos porque procesalmente no se ha dispuesto por parte de la ley la forma como deben llenarse esos vacíos, se puede recurrir a normas similares para que se puedan aplicar y así se pueda resolver los vacíos que presente el proceso penal. De esta manera se encuentra consagrado este principio de la integración en el artículo 25 del CPP.

2.2.26 Prevalencia

El artículo 26 del CPP, manifiesta que las normas rectoras obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición, es así como los principios al ser normas rectoras deben ser respetados por los operadores judiciales ya que son la carta de navegación del proceso.

2.2.27 Moduladores de la actividad procesal

Este nuevo sistema penal que se introdujo a Colombia y que tiene una gran incidencia expansiva de los derechos constitucionales como se evidencia en el estudio de sus principios rectores, es complejo y trajo consigo nuevas figuras jurídicas como el preacuerdo, el principio de oportunidad y todos los cambios

relacionados con la libertad de las personas, es decir, con la entrada del sistema penal acusatorio, se investiga para poder capturar, no se captura para investigar.

2.3 Esquema del procedimiento penal acusatorio

Todo proceso penal inicia con el conocimiento por parte de las autoridades de un delito, por supuesto el proceso penal acusatorio no es la excepción, e inicia con la noticia criminal que es el principio de la búsqueda de la verdad.³²

2.3.1 Noticia criminal

La noticia criminal es el conocimiento o la información obtenidos por la Policía Judicial o la Fiscalía, en relación con la comisión de una o varias conductas que revisten las características de un delito, exteriorizados por distintas formas o fuentes. Puede ser verbal, escrita o formulada por cualquier medio técnico que permita la identificación del autor de la misma.

Las fuentes formales de la noticia criminal son las siguientes:

1. *Denuncia*, que puede ser la presentada por cualquier persona natural o el representante legal de una persona jurídica afectada.
2. *Petición especial* del Procurador General de la Nación.
3. *Querrela* de la víctima o directamente perjudicado, su representante legal o herederos; del defensor de familia o del agente del ministerio público, según el caso.

³² Cfr. Fiscalía General de la Nación. *Guía de introducción al sistema penal acusatorio colombiano*. Versión preliminar, diciembre 23 de 2004.

4. El reporte de iniciación de la actividad emprendida por la policía judicial para que el fiscal asuma la dirección, coordinación y control de la indagación o investigación.³³ Y debe tenerse en cuenta que la policía judicial, cualquiera sea la entidad a la que esté adscrita administrativamente, depende funcionalmente de la Fiscalía General de la Nación.³⁴
5. El informe ejecutivo de la policía judicial acerca de los actos urgentes que haya realizado y sus resultados, presentado dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.
6. Cualquier otro medio de origen oficial como informes de policía o de otra autoridad que haya tenido conocimiento de la ocurrencia de un hecho de probable connotación delictiva.

En segundo lugar, se encuentran las fuentes no formales, en este grupo se encuentra la Información obtenida por llamadas telefónicas, noticias difundidas por medios de comunicación, anónimos, informantes, correo electrónico, etc.

La noticia criminal³⁵ puede presentarse en cualquier momento, excepto la querrela que debe formularse dentro de los seis (6) meses siguientes a la comisión del delito, contados también desde el momento en que desaparezcan las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito acreditados que hubiesen impedido al querellante legítimo tener conocimiento oportuno de su ocurrencia.

³³ Cfr, Constitución Política. Artículo 250.

³⁴ Cfr, Código de Procedimiento Penal. Artículo 202.

³⁵ Fundamento normativo: Constitución Política: artículos 2, 229 y 250. Código Penal: artículos 435 y 436. Código de Procedimiento Penal: artículos 10, 11, 27, 66, 67, 68, 69,70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 205,212.

Podrá presentarse ante los organismos con funciones de policía judicial y se canalizará a través de las estructuras organizacionales que para el efecto disponga la Fiscalía General de la Nación en dependencias tales como salas de atención al usuario (SAU), unidades de reacción inmediata (URI), casas de Justicia, estructuras de apoyo en investigación de responsables.

Después que las autoridades tengan conocimiento del hecho delictuoso a través de la noticia criminal y la investigación haya iniciado respetando el procedimiento establecido en la ley, se pasará a la indagación, que al igual que la noticia criminal son etapas preprocesales.

2.3.2 Indagación

La indagación³⁶ es una etapa preprocesal en la que la Fiscalía General de la Nación, a través de la policía Judicial, averigua sobre los hechos que revisten características de delito y que han llegado a su conocimiento por medio de denuncia, querrela, petición especial, informe de policía judicial, acusación o por cualquier otro medio idóneo que reúna las condiciones de procedencia necesarias.

La indagación se inicia con la noticia criminal y puede extenderse hasta la prescripción de la acción penal, en tanto no hayan surgido elementos materiales probatorios que permitan individualizar los autores o partícipes del hecho, o se actualice una de las causales de extinción de la acción penal o de archivo de las diligencias.

³⁶ Fundamento normativo: Constitución Política: artículos 2º, 93, 94 y 250. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: artículo 9º numeral 2º. Convención Interamericana de Derechos Humanos: artículo 7º numeral 2º. Código de Procedimiento Penal: artículos 10, 36.1, 37.5, 39, 84, 85, 91, 92, 134, 154, 158, 200, 205,206, 213 a 216, 219 a 229, 232 a 237, 239, 240 a 243, 245 a 250, 282, 291, 301 y 302.

Es una fase que debe aprovecharse para la identificación y recolección de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información pertinente, que permita encontrar la verdad y adoptar la decisión que corresponda.

2.3.2.1 Actos de indagación e investigación

Además de los controles que incumben al juez de control de garantías, de acuerdo con el artículo 27 del Código de Procedimiento Penal, la Fiscalía y la policía judicial deben autorregular su conducta durante la indagación y la investigación, pues ella debe sujetarse a los criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección.

A pesar de que el Código de Procedimiento Penal autoriza a la Policía Judicial para desarrollar actos urgentes, de inmediato debe comunicar a la Fiscalía la iniciación de su actividad, no solo para compartir responsabilidad sino también para que el fiscal del caso pueda comenzar la dirección de la investigación y diseñar conjuntamente con ella el programa metodológico.

Del mismo modo, ha de mantener informado al Fiscal del caso sobre los avances y resultados de las órdenes que le imparta para el esclarecimiento de los hechos.

Después de concluida la indagación y formulada la imputación por parte del fiscal delegado ante el Juez de control de garantías, se da inicio a la investigación.

2.3.3 Investigación

La investigación³⁷ es la fase en la que el fiscal delegado, con el apoyo de la policía judicial, busca fortalecer los elementos materiales probatorios o evidencia física o

³⁷ Fundamento normativo: Constitución Política, artículos 29 y 250. Código de Procedimiento Penal, artículos 127, 175, 200 a 335.

información legalmente obtenida que sirvieron de fundamento a la formulación de imputación, con el objetivo de poder acusar a los presuntos autores o partícipes de la conducta investigada, solicitar la preclusión, o dar aplicación al principio de oportunidad.

La investigación comienza con la formulación de la imputación y se extiende hasta antes del inicio de la audiencia de juicio oral, porque en la audiencia preparatoria concluye el descubrimiento de los elementos materiales probatorios o evidencia física que las partes harán valer en la audiencia del juicio oral, como también las solicitudes probatorias que sustenten la pretensión de cada una de ellas. Esto significa que, hasta entonces, la Fiscalía estará investigando sobre la conducta y sus autores o partícipes.

El término de duración de la investigación es limitado y perentorio. A partir de la formulación de la imputación sólo tiene treinta (30) días para presentar escrito de acusación, solicitar la preclusión o aplicar el principio de oportunidad. De no hacerlo en el plazo indicado, perderá competencia para seguir actuando. Quien lo reemplace, por decisión del superior jerárquico del fiscal desplazado, tendrá un término igual a partir de la asignación del caso. Vencido éste, sólo será posible solicitar la preclusión al juez de conocimiento, por parte de la defensa o el ministerio público, y el imputado quedará en libertad inmediata.

En lo relacionado con la captura en flagrancia, fenómeno que dará origen a la iniciación de la investigación, a no ser que el delito que la motivó no tenga señalada como medida de aseguramiento la detención preventiva o la captura fuese ilegal, en cuyo caso el fiscal delegado dejará a la persona en libertad y le impondrá bajo palabra el compromiso de comparecer cuando sea necesario. Si la captura en flagrancia fue legal y el delito por el que se procede amerita detención preventiva, dentro de las 36 horas siguientes a esa restricción de la libertad por parte de la autoridad policiva o por un particular, el fiscal presentará al capturado

ante el juez de control de garantías para que en audiencia preliminar se pronuncie sobre la legalidad de la misma. En la misma audiencia, con base en el informe de policía judicial, los elementos materiales probatorios o la evidencia física aportada, el fiscal delegado procederá a formular imputación y a solicitar la imposición de la medida de aseguramiento, si fuere procedente.

El fiscal, establecidos rigurosamente los motivos excepcionales previstos en el artículo 284 del CPP, analizará la necesidad de practicar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente, sujetándose a las reglas consagradas en la citada disposición. Esta facultad podrá ejercerla hasta antes de la instalación del juicio oral, y debe cumplirse ante el juez de control de garantías en audiencia preliminar.

El fiscal delegado tendrá en cuenta que durante la investigación, a partir de la formulación de imputación, el juez de control de garantías debe citar al imputado y a su defensor a todas aquellas audiencias preliminares que no sean de carácter reservado para que, si lo desean, puedan realizar el contradictorio.

A partir de ese momento, el imputado o su defensor podrán:

- a. Buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar elementos materiales probatorios o evidencia física y solicitar su examen por peritos al Instituto Nacional de Medicina Legal, donde los entregará bajo recibo con la constancia del fiscal delegado de la calidad de imputado o defensor que se aduce e indicación clara y precisa de los interrogantes que espera le sean absueltos en la peritación.
- b. Entrevistar a personas con el propósito de encontrar información útil para la defensa de sus intereses. La podrá recoger y conservar por escrito, en

grabación magnetofónica, en video o en cualquier otro medio técnico idóneo.

- c. Obtener declaración jurada de la persona cuyo conocimiento sea de utilidad para la investigación. Podrá entonces acudir ante un alcalde municipal, inspector de policía o notario público con ese propósito y solicitar que la actuación se registre en alguno de los medios indicados en el punto anterior.
- d. Solicitar al juez de control de garantías la práctica anticipada de cualquier medio de prueba en audiencia especial a la que deberá asistir el fiscal para garantizar el contradictorio. Esta facultad tiene carácter excepcional, sólo en casos de extrema necesidad y urgencia para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio. Para su desarrollo se observarán las reglas previstas en el artículo 284 CPP.

2.3.4 El juicio

Es la fase vertebral del nuevo sistema, está a cargo del juez de conocimiento y se inicia con la presentación del escrito de acusación que debe reunir la plenitud de los requisitos exigidos por el artículo 337 del código de procedimiento penal.

Está integrada por las siguientes audiencias, cada una de ellas con ritualidades y propósitos diferentes:

- a. Audiencia de formulación de acusación
- b. Audiencia preparatoria
- c. Audiencia de juicio oral, y

- d. Audiencia de individualización de pena y sentencia, precedida por el trámite del incidente de reparación integral.

2.3.4.1 Audiencia de formulación de acusación

El escrito de acusación es el documento mediante el cual el fiscal, dentro de los treinta (30) días siguientes a la formulación de imputación, informa al juez de conocimiento los hechos que constituyen una conducta delictiva en los cuales ha participado una persona contra quien formula cargos como autor o partícipe, con fundamento en elementos materiales probatorios o evidencia física o información legalmente obtenida.

Si el escrito de acusación presentado por la Fiscalía respeta todos los requisitos exigidos por la ley se iniciara el juicio con la Audiencia de Formulación de Imputación.³⁸

Dentro de los tres (3) días siguientes a la presentación del escrito de acusación elaborado por el fiscal delegado que adelanta la correspondiente investigación, el juez de conocimiento asignado al caso señala fecha, hora y sala para la celebración de esta audiencia que tiene como finalidades específicas:

- a. Dar traslado del escrito de acusación a la defensa y al ministerio público para que expresen oralmente las causales de incompetencia o impedimento, si las hubiere, y en ese caso dar trámite legal para que el superior resuelva lo pertinente en el término previsto para ello.

³⁸ Fundamento normativo: artículos 338 a 347 y 356, numeral 1 del Código de Procedimiento Penal.

- b. Escuchar las observaciones de los demás intervinientes sobre el formato de acusación. En caso de que no satisfaga los requisitos de ley, devolverlo al fiscal para que lo aclare, adicione o corrija de inmediato.
- c. Permitir que el fiscal delegado exponga oralmente los fundamentos de la acusación.
- d. Reconocer la calidad de víctima a quien se constituya como tal y a su representante legal.
- e. Disponer, a solicitud del fiscal delegado, medidas de protección integral a víctimas y testigos.

Es requisito para la validez de la audiencia la asistencia obligatoria del juez de conocimiento que la preside, el fiscal, el defensor y el acusado privado de la libertad, a menos que no desee hacerlo o se muestre renuente a su traslado. También podrán asistir, sin que sea forzosa su presencia, el acusado no privado de la libertad, la víctima y el Ministerio Público.

Iniciada la audiencia, el juez de conocimiento da traslado del escrito de acusación a la defensa y al Ministerio Público y continuación concede la palabra al fiscal, Ministerio Público y defensa para los fines anteriormente descritos.

Como ya se advirtió, los impedimentos, recusaciones e impugnación de competencia los resuelve de plano el superior jerárquico del juez que se declara impedido o es recusado; o el respectivo superior común, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en el código, si se trata de impugnación de competencia.

El juez también puede manifestar unilateralmente su falta de competencia y así se lo hará saber a las partes, en cuyo caso envía la actuación a quien ha de resolver la novedad, en cualquiera de los casos enunciados, en el término máximo de tres (3) días, lapso durante el cual se suspende la actuación.

La probabilidad de verdad para efectos de presentar el escrito de acusación ha de entenderse por el fiscal como su convencimiento razonable de que a partir de los elementos materiales probatorios o evidencias físicas o informaciones legalmente obtenidas, podrá conseguir en el juicio oral la prueba necesaria para convencer al juez más allá de toda duda.

Hay una forma con la cual el juicio se interrumpe y finaliza prontamente, es con el preacuerdo. Esta es una nueva figura en el procedimiento penal que busca generar celeridad y prontitud en la búsqueda de la verdad.

2.3.4.1.1 Preacuerdos

El preacuerdo³⁹ es un convenio sobre los términos de la imputación, la aceptación total o parcial de los cargos, o diferente tipificación de la conducta, celebrado entre el fiscal delegado y el imputado o acusado asistido por su defensor, que tiene como objetivo específico la atenuación de la pena y como finalidades generales las siguientes:

- a. Humanizar la actuación procesal y la pena
- b. Obtener pronta y cumplida justicia
- c. Activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito

³⁹ Fundamento normativo: artículos 131, 293 y 348 a 354 del Código de Procedimiento Penal.

d. Propiciar la reparación integral de los perjuicios causados con el injusto

e. Lograr la participación del imputado o acusado en la definición de su caso.

Los preacuerdos como también lo es el principio de oportunidad constituyen soporte fundamental de la eficacia del sistema acusatorio. A través de su aplicación se evita que muchas investigaciones lleguen a juicio, con lo cual se permite que los fiscales y los jueces definan más ágilmente un número importante de los casos sometidos a su conocimiento, en el marco de criterios de garantía y eficiencia.

Sin embargo, existe una diferencia fundamental con el principio de oportunidad y es que los preacuerdos generan sentencia condenatoria en tanto aquél la extinción de la acción penal.

El juez no interviene en las negociaciones; si lo hace su actuación resulta violatoria de la ley penal procesal, especialmente si ejerce alguna forma de insinuación o presión frente al imputado o acusado porque la disponibilidad de la acción penal está asignada a la Fiscalía General de la Nación, y además afectaría su imparcialidad frente al caso.

Las negociaciones y preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.

Es igualmente importante recordar que para que la negociación tenga validez, el juez o tribunal debe cerciorarse que el imputado o acusado actuó de manera libre, consciente y voluntaria, asesorado por su defensor, con conocimiento de los derechos y garantías fundamentales a los que renuncia, la naturaleza del delito imputado y las consecuencias de su aceptación, y que se le advierta que no se

puede utilizar en su contra el contenido de las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas, si no llegare a perfeccionarse.

Resulta procedente invocar la figura para que el fiscal delegado y el imputado o acusado, asesorado por su defensor, puedan llegar a un preacuerdo desde la audiencia de formulación de imputación, hasta antes de ser presentado el escrito de acusación.

También puede el fiscal y el acusado efectuar preacuerdos posteriores a la presentación del escrito de acusación y hasta antes del momento en que sea interrogado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad.

En los distintos estadios del procedimiento es deber del juez preguntarle al imputado o acusado si acepta los cargos formulados, así ocurra en las audiencias de formulación de la imputación, formulación de acusación o previamente a la alegación inicial del juicio oral.

Si el fiscal delegado y el imputado llegan a un preacuerdo respetando todos los lineamientos jurídicos; este preacuerdo tendrá validez en la audiencia de aprobación del mismo.

Se trata de una audiencia especial,⁴⁰ anterior a las propias de la fase de juzgamiento, que se realiza a solicitud del fiscal delegado para someter, como ya se dijo, a aprobación del juez de conocimiento el preacuerdo que ha celebrado con el imputado y su defensor.

2.3.4.2 Audiencia preparatoria

⁴⁰ Fundamento normativo: artículos 131, 293, 350 y 351 del Código de Procedimiento Penal.

En esta audiencia pública,⁴¹ en presencia del juez de conocimiento, las partes y demás intervinientes, exhiben la planeación que han hecho para llevar a feliz término sus pretensiones en el juicio oral. Por esta razón el juez dispone lo siguiente:

- a. Que las partes expresen sus comentarios relacionados con el descubrimiento de elementos materiales probatorios iniciado en la audiencia de formulación de acusación, especialmente el que haya quedado sujeto a cumplirse en los tres (3) días siguientes a su culminación.
- b. Que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios o evidencia física.
- c. Que el fiscal delegado y la defensa enuncien, y en consecuencia soliciten, la totalidad de los medios probatorios que harán hacer valer en el juicio oral y público para sustentar sus pretensiones. Excepcionalmente podrá solicitar pruebas el Ministerio Público, si tuviere conocimiento de alguna no pedida por las partes y que pueda influir esencialmente en los resultados del juicio.
- d. Que a solicitud de alguna de las partes la otra exhiba los elementos materiales probatorios o evidencia física durante esta audiencia, con el único propósito de conocerlos y estudiarlos.
- e. Que las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias.
- f. Que el acusado manifieste si acepta o no los cargos. De aceptarlos, el juez procede a dictar sentencia y a reducir la pena hasta en una tercera parte.

⁴¹ Fundamento normativo: artículos 76, 339 y 355 a 362 del Código de Procedimiento Penal.

La audiencia preparatoria debe realizarse por el juez a más tardar dentro de los treinta (30) días siguientes a la terminación de la audiencia de formulación de acusación, pero en ningún caso antes de los quince (15) días siguientes a la fecha del auto que la fija.

2.3.4.3 Audiencia del juicio oral

La audiencia de juicio oral⁴² es el acto procesal más importante del nuevo proceso penal. Se realiza ante el Juez de Conocimiento, que funge como tercero imparcial de manera pública, con pleno ejercicio de los principios de inmediación, concentración, contradicción de las pruebas, con respeto de todas las demás garantías constitucionales y legales.

En esta audiencia, las partes, Fiscalía y defensa, en condiciones de plena igualdad, someten a debate los medios probatorios ordenados que han considerado pertinentes para lograr sus respectivas pretensiones.

La audiencia de juicio oral se desarrolla el día y hora señalados por el juez de conocimiento, dentro de los treinta (30) días siguientes a la terminación de la Audiencia Preparatoria.

En esta audiencia se distinguen varios estadios: alegación inicial, presentación del caso, debate probatorio, alegaciones conclusivas de las partes e intervinientes, y decisión o sentido del fallo.

La alegación inicial, como su nombre lo indica es la forma con la cual se le da comienzo a la audiencia de juicio oral. El juez advierte al acusado presente que le asiste el derecho a guardar silencio y a no auto incriminarse y a continuación le concede el uso de la palabra para que de manera libre, sin apremio ni juramento,

⁴² Fundamento normativo: artículos 366 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

se declare inocente o culpable de los cargos impuestos por la Fiscalía, los cuales puede aceptar total o parcialmente, es decir aceptar unos e insistir en su inocencia respecto de los otros, evento en el cual tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los que hubiere aceptado.

Si el acusado se declara inocente u omite hacer alguna manifestación al respecto, el juez solicita a la Fiscalía que haga la presentación del caso.

De igual manera procede si la aceptación de cargos ha sido producto de preacuerdo celebrado con la Fiscalía sólo que, en este caso, la rebaja de pena es de una tercera parte, según lo dispone el inciso final del artículo 352 del Código de Procedimiento Penal.

La presentación de la teoría del caso, es la presentación oral y descriptiva que del caso hacen las partes al juez de conocimiento para enterarlo de las circunstancias en que ocurrió el delito.

Se trata entonces de una narración histórica pero breve de lo acontecido, acompañada de la enunciación de los elementos materiales probatorios que demostrarán la verdad de lo afirmado. Se conoce también como apertura, o declaración inicial que precede el debate probatorio.

Esta declaración inicial tiene carácter obligatorio para la Fiscalía, no así para la defensa.

La presentación del caso impone determinar los hechos jurídicamente relevantes, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar como ocurrieron éstos, y de las condiciones civiles y personales del acusado y de la víctima.

Así mismo, de manera coordinada y cronológica con el recuento histórico, enunciar los elementos materiales probatorios que se pretenden introducir en el debate probatorio para demostrar la teoría del caso, y generar desde entonces el máximo interés y confianza del juez en los resultados de la práctica de pruebas. Esta declaración inicial tiene contenido fáctico, probatorio y jurídico.

El debate probatorio tiene reglas específicas para la práctica de los diferentes medios de prueba, las cuales son de obligatoria observancia para el juez, las partes e intervinientes legitimados para actuar.

En el caso de la presentación de estipulaciones, se trata de las estipulaciones probatorias o acuerdos a los que pueden llegar el fiscal delegado y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias, los cuales debieron anunciarse en esa oportunidad sin perjuicio que con posterioridad a ella pudieren convenirse, caso en el cual es éste el momento de anunciarlas e introducirlas cuando se estime oportuno.

El alegato, es la exposición oral que hacen las partes, y eventualmente el representante de la víctima y el Ministerio Público, ante el juez de conocimiento, con el objeto de presentar las conclusiones derivadas de lo demostrado en el debate probatorio en relación con su teoría del caso y a los aspectos fácticos y jurídicos de la conducta por la cual se presentó la acusación.

Concluida la presentación de los alegatos de las partes e intervinientes, el juez declara clausurado el debate y si estima necesario decreta un receso hasta por dos (2) horas para anunciar el sentido del fallo, es decir, de su decisión respecto de cada uno de los enjuiciados y cargos contenidos en la acusación.

La decisión del juez de conocimiento debe referirse a las solicitudes formuladas por las partes e intervinientes en sus alegatos conclusivos y el delito por el cual halla culpable o inocente a cada acusado.

Después de concluida la Audiencia de Juicio Oral y haber analizado las pruebas, se toma una decisión, si el imputado es declarado inocente aquí acaba el juicio, pero si es declarado culpable se continúa con la audiencia de individualización de la pena.

2.3.4.4 Audiencia de individualización de pena y sentencia

Si el fallo fuere condenatorio, o si el juez acepta el acuerdo celebrado por la Fiscalía con el acusado asistido por su defensor, concede la palabra por una sola vez al fiscal y después a la defensa para que se refieran a las condiciones individuales, sociales y familiares, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable y, si así lo consideran necesario, a la probable determinación de pena y a la concesión de algún subrogado penal.

A continuación señala nueva fecha para la audiencia en que proferirá la sentencia⁴³, dentro de los quince (15) días calendarios siguientes contados a partir de la terminación del juicio oral, a la cual incorpora el fallo del incidente de reparación integral, si lo hubo.

Dentro de la misma audiencia, pronunciada verbalmente la sentencia, el fiscal podrá interponer y sustentar el recurso de apelación, evento en el cual solicitará los apartes pertinentes de los registros que guarden relación con la impugnación.

Si el proceso ha concluido con fallo que declara la responsabilidad penal del acusado, se puede iniciar una fase incidental denominada *Incidente de*

⁴³ Fundamento normativo: artículos 161, 162, 176, 179 y 447 del Código de Procedimiento Penal.

Reparación Integral, este suceso puede ser iniciado por la víctima o el perjudicado, el Fiscal o el Ministerio Público mediante una solicitud al Juez de conocimiento en la Audiencia De Individualización de la Pena.

3. EL ACTO LEGISLATIVO 003 DE 2002

3.1 Análisis del articulado del acto legislativo 003 de 2002

La reforma constitucional del sistema penal aprobada por el Congreso de la República tiene dimensión histórica y podría ser calificada como una revolución institucional.

Es culminación de un proceso iniciado en 1991 cuando se constitucionalizó la titularidad y el ejercicio de la acción penal en cabeza de un Ministerio Público Fiscal, manteniendo funcionalmente la vigencia de un modelo que los expertos no vacilaron en calificar de inquisitivo mixto.

Puede afirmarse que la reforma en comento es una revolución institucional, por ser el primer ensayo serio y sistemático a realizarse en Colombia de lo que será una justicia oral, como primer paradigma de ruptura de la tradición escritural de raigambre colonial; por sentar las bases hacia la potenciación de la investigación criminal y la capacidad acusatoria del Estado para enfrentar el gran desafío de la criminalidad contemporánea, en un marco de reforzadas garantías procesales, esto es, de protección de los derechos fundamentales del imputado; y, porque además, se compromete a rescatar del olvido a las víctimas del delito mediante la reconstrucción victimológica del sistema penal.

La reforma constitucional es el primer paso, fundamental, de un largo camino. Su implementación demanda esfuerzos simultáneos, cuanto menos en los frentes normativo, institucional, infraestructural y cultural. Los desarrollos normativos han sido indicados en las normas transitorias del Acto Legislativo citado y abarcan la

expedición de un nuevo Código de Procedimiento Penal, así como modificaciones en los Códigos Penales y Penitenciarios, la Ley Estatutaria de Justicia y de Hábeas Corpus, y los Estatutos de la Fiscalía General y la Defensoría Pública. Para ello se conformó la Comisión Constitucional Redactora, con el encargo apremiante de entregar el conjunto de la propuesta legal al Congreso de la República a través del Fiscal General de la Nación, su presidente y líder jurídico y conceptual de la reforma.

El desarrollo legal de la reforma constitucional de la justicia penal es una excelente oportunidad para plasmar en los nuevos cuerpos normativos y planes públicos verdaderas políticas criminales de Estado, que aporten concepciones e instrumentos eficaces en la lucha contra la gran criminalidad y el delito menor.⁴⁴

La promulgación del Acto Legislativo 003 de 2002, propende responder a la necesidad de adoptar un sistema penal que acabe con la impunidad, que sea más justo, más ágil, que haga realidad la justicia material, potencializando la dignidad del procesado.

Con este Acto legislativo, se modifican ciertas disposiciones de la Constitución de 1991, en primer lugar se modifica el artículo 116 y la principal modificación se centra en el artículo 250 relacionado con la Fiscalía General de la Nación y sus funciones de carácter general y el artículo 251, relativo a las funciones especiales de dicho ente acusador. Por esta razón y teniendo en cuenta el objetivo principal de este trabajo se analizarán los artículos 250 y 251 de la Constitución, reformados por el Acto Legislativo que se comenta.

⁴⁴ Cfr. Corte Suprema y Constitucional, Jurisprudencia. *Sistema acusatorio 2005*. 350 conferencias. Segunda Edición. Legislación, códigos nacionales y suramericanos. Artículo de Mauricio González Cuervo. Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ) entrega a la comunidad legal y jurídica de Colombia segundo tomo de la colección *Reforma Constitucional de la justicia penal*. En: Jurídica ENRED.NET. EAVILAENRED.NET.

El primer artículo del Acto Legislativo, modifica el artículo 116 del Título V (de la organización del Estado), en este caso se trata de una adición: se incluyen los *“jurados en las causas criminales”*, esta reforma equivale a la reinstalación de la institución del jurado, vigente con anterioridad en el Decreto 409 de 1971 y con relación a la Ley 95 de 1936; posteriormente en la vigencia del Decreto 50 de 1987, se creó un Jurado de Derecho, que también fue suprimido debido a la situación de violencia en la que se encontraba el país, generada por el narcotráfico, y por la vulnerabilidad de los jurados frente a la delincuencia organizada. La razón de ser de estos jurados no es otra que la participación del pueblo en la justicia que normalmente es un instrumento de la democracia participativa.

3.1.1 Análisis del artículo 250 de la Constitución Política

Dentro de las diversas reformas realizadas al sistema procesal penal por el constituyente de 1991, quizás una de las más importantes fue la creación de la Fiscalía General de la Nación, como órgano perteneciente a la rama judicial, encargado de investigar y de acusar ante los jueces competentes a los presuntos infractores de la ley penal, e integrado por los funcionarios que determine la ley, los fiscales delegados y el Fiscal General, quien será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República. A la par, la nueva Constitución implanta algunos fundamentos del denominado sistema procesa acusatorio, contrario al hasta entonces imperante sistema procesal inquisitivo.

El Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo profundas transformaciones a la Fiscalía General de la Nación, a quien corresponde, de oficio o mediante denuncia o querrela, la investigación y la acusación de los hechos punibles.⁴⁵ No obstante,

⁴⁵ Salvo el caso de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio y los delitos realizados por congresistas.

como sucede en el ordenamiento norteamericano, la entidad no debe asumir simultáneamente una posición acusatoria y de defensa.

Para lograr estos objetivos, el artículo 250 C.N., en sus numerales 1 y 2, le otorgó a la Fiscalía la facultad de restringir algunos derechos fundamentales; de tomar las decisiones necesarias para asegurar el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito; de velar por la protección de víctimas, testigos e intervinientes en el proceso (núms. 6 y 7). Por lo demás, en el dispositivo constitucional se estableció que la Fiscalía está obligada a respetar los derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten al imputado.

A continuación, y teniendo en cuenta el objetivo principal de este trabajo el cual es desarrollar a fondo el concepto que introdujo el Acto Legislativo que se estudia, de la Fiscalía General de la Nación, se realizará un análisis a fondo de cada una de las funciones de esta institución.

3.1.1.1 Ejercicio obligatorio de la acción penal

Al igual que en la Constitución Italiana, la reforma a la Fiscalía General de la Nación colombiana establece el ejercicio obligatorio de la acción penal, el cual se relaciona íntimamente con tres principios constitucionales⁴⁶:

- a. El derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia,
- b. La igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y
- c. La independencia judicial.

⁴⁶ Cfr. PERALTA, Guerrero Óscar Julián. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2005. pág. 126 a 138.

Todos estos principios se han reconocido como fundamento y parte del entramado de vasos comunicantes que sustentan la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, pero no sería tal su importancia sino existieran excepciones al principio de obligatoriedad de la acción, que pueden ser decididas por la Fiscalía General de la Nación a través del llamado principio de oportunidad.

En relación con el acceso a la administración de justicia hay que entender que este no es un derecho abstracto, por el contrario, la doctrina constitucional ha avanzado hasta el punto de considerarla uno de los componentes más importantes de la tutela judicial efectiva, es decir, actuación de la administración de justicia para proteger garantías y obtener que restablezcan la paz cuando existen conflictos entre los asociados. En materia procesal penal el derecho de acceso a la administración de justicia guarda sus peculiaridades, pues al no tener el ciudadano derecho de ejercer por sí mismo la acción penal quedaría fuera del concepto civilista que cataloga el acceso a la justicia como la posibilidad de que el afectado exija la tutela de sus derechos en sede jurisdiccional. Pero esta exclusión no elimina su derecho a la jurisdicción en la medida en que toda la colectividad está interesada en la sanción de los delitos, y al Estado le asiste la obligación de realizar los fines materiales del derecho penal y el mantenimiento del orden jurídico. En sentido concreto, la persona que ha sufrido una lesión tiene derecho a la reparación del daño, de acuerdo con los bienes jurídicos que el ordenamiento penal tutela.

Pero el derecho de acceso a la administración de justicia no se agota en los anteriores supuestos, pues, como lo ha explicado la doctrina más avanzada, la concreción del principio de acceso entraña para la persona sometida a la administración de justicia penal una serie de garantías de la mayor importancia, es decir, que también le asiste al inculpado el derecho de que se decida su situación jurisdiccionalmente mediante un pronunciamiento, razón por la cual en la

interpretación de este principio necesariamente se recurre a la noción del debido proceso, como otro de sus componentes.

En cuanto a la igualdad jurídica hay que decir, en principio, que el ejercicio de la acción penal obligatoria es correlativo, pues la Fiscalía se instituye para investigar y acusar a quienes vulneren la ley penal, sin que se puedan establecer excepciones en consideración a la persona objeto de persecución penal, y como consecuencia de ello lo que se predica realmente es una paridad de tratamiento.

Por último, la independencia judicial se asegura en el sentido de amplia imparcialidad en la decisión jurisdiccional, toda vez que las funciones de investigar y juzgar las conductas punibles se encuentran escindidas. Se dice entonces que esta separación permite la formación de un proceso con la posibilidad de controvertir pruebas, resistir la investigación penal, la acusación, y debatir en la etapa de juzgamiento.

La doctrina italiana ha avanzado hasta el punto de considerar la acción penal como un *poder jurídico* radicado en cabeza de la Fiscalía, así como de la víctima o de los afectados. La discusión la inició CARNELUTTI en el sentido de considerar la función de la Fiscalía como un '*derecho – deber*' que la doctrina italiana reciente asume como '*poder – deber*'. Desde este punto de vista la misión de una Fiscalía como garante de la legalidad le impone la tarea de solicitar la apertura del proceso penal cuando se constate la comisión de una conducta punible o, dicho de otra forma, es el poder jurídico – procesal dirigido a la activación de la función jurisdiccional para la realización de los fines que se propone el derecho penal sustantivo.

Esta última tesis se acerca justamente a lo que ha planteado el Acto Legislativo 003 de 2002, como lo constata la Corte Constitucional colombiana cuando afirma:

Después de la reforma aprobada mediante Acto Legislativo No 3 de 2002, la función de la Fiscalía es la de adelantar el ejercicio de la acción penal e investigar los hechos que tengan las características de una violación de la ley penal; precisa el texto constitucional que éste cometido general es una obligación de la Fiscalía.

En efecto, el ejercicio, a tenor de lo dispuesto en la Constitución, es una obligación. Pero además de este aspecto, la reforma constitucional a la Fiscalía en nuestro país plantea el problema de dos actos consecuentes de acuerdo con la redacción del artículo 250 de la Constitución, esto es, la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito... siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo.⁴⁷

3.1.1.2 El principio de oportunidad como excepción al principio de legalidad

El proceso penal acusatorio, entendido como juicio, supone la existencia de una acusación de la Fiscalía, como desarrollo del principio acusatorio. Para llegar a esa acusación, debe haberse llevado a cabo una investigación exitosa, entendiendo como tal la que llega a la verosimilitud o probabilidad de una condena. En el derecho alemán, la existencia de una acusación supone no solamente que existe mérito para acusar, sino que además no existen razones de oportunidad para archivar el proceso, dejando en ambos casos intacta la presunción de inocencia.⁴⁸

En el derecho comparado, existen dos sistemas básicos de aplicación del principio de oportunidad.

⁴⁷ GUERRERO, Peralta Oscar Julián. Op. Cit. págs. 126 – 139.

⁴⁸ GRANADOS, Peña Jaime Enrique y HARTMANN, Arboleda Mildred. *El diseño del nuevo proceso penal constitucional*. En: Sistema Acusatorio 2005. Corte Suprema y Constitucional. Jurisprudencia. 350 conferencias. Segunda Edición. Legislación, códigos nacionales y suramericanos. En: Jurídica ENRED.NET. DEAVILAENRED.NET.

El primero de ellos es discrecional de la Fiscalía, en el entendido de que, si es ella quien ejerce la función, es ella quien carga con la responsabilidad de su debido ejercicio. Este es el sistema anglosajón.

El otro sistema es el que requiere de la intervención judicial, porque entiende que hay terceros distintos de la defensa y la Fiscalía a quienes incumbe si se archiva o no el proceso, por lo cual debe crearse una posibilidad de impugnación. Los sistemas que tienen este esquema son los que optan por la defensa de las víctimas, como el sistema alemán.

Dado el intenso debate que este tema suscitó en el Congreso durante la segunda vuelta, resulta conveniente detenerse más sobre las implicaciones de la adopción de este principio.

Como primera aclaración, el ejercicio del principio de oportunidad se distingue de la preclusión en que ella es residual (se da cuando no hay mérito para acusar) y en nuestro nuevo sistema, la preclusión es solicitada por la Fiscalía ante el juez de conocimiento en todos los casos, con el fin de verificar judicialmente la ausencia de mérito acusatorio.

En otras palabras, mientras la preclusión es una decisión judicial, por cuanto la solicita la Fiscalía al juez de conocimiento,⁴⁹ el ejercicio del principio de oportunidad es competencia de la Fiscalía, si bien está sujeta al control de legalidad por parte del juez que ejerza la función de control de garantías.⁵⁰

La redacción constitucional es clara en esta distinción de competencias. Lo que debe reglamentarse es si ese *control de legalidad* es automático (como el que

⁴⁹ Constitución Política, Nuevo artículo 250 numeral 5: “Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar”.

⁵⁰ Cfr. Constitución Política. Artículo 250 inciso 1°.

prevé el 250 núm. 2 para las injerencias en el derecho a la intimidad), o debe ser provocado, como lo es en Alemania. La expresión “*control de legalidad*” ha sido acuñada en nuestra legislación como un control provocado,⁵¹ y no automático, lo cual parece mejor, por cuanto constituye un desarrollo más coherente de la diferencia conceptual entre la preclusión y la oportunidad, asimilándose más cercanamente al esquema alemán.⁵²

En el derecho alemán, y en nuestro nuevo sistema, la autoridad competente para ejercer el principio de oportunidad es la Fiscalía, y no la policía. Ésta distinción es importante, por cuanto la policía está obligada a investigar todo hecho que llegue a su conocimiento, siéndole vetado aplicar causales de oportunidad para no investigar.

Por ello, según el esquema legal alemán, la policía debe investigar e inmediatamente entregar los resultados a la Fiscalía, para que sea ésta la que decida la existencia o no de motivos de oportunidad para no avanzar. Pero en la práctica, la policía domina la investigación, sobre todo en pequeñas y medianas causas, por lo cual existe el peligro de que ella aplique en la práctica esos criterios, usurpando la competencia de la Fiscalía.

La Fiscalía a veces debe solicitar la toma de la decisión de archivar por razones de oportunidad al juez, y en la mayoría de las causales toma la decisión de manera autónoma, si bien existe la posibilidad de un control judicial rogado de dicha decisión, provocado por la víctima o incluso por el investigado.

⁵¹ Esta expresión se introdujo en la legislación colombiana por parte del artículo 54 de la ley 81 de 1993 como “control de legalidad de las medidas de aseguramiento”, y operaba con posterioridad a la decisión, de manera rogada y encaminada a establecer la validez de la medida.

⁵² Otra razón a favor de que el control sea provocado es que el control automático de las injerencias en el derecho a la intimidad se denomina “control posterior respectivo”, y luego la norma aclara que es “a más tardar dentro de las 36 horas siguientes”, con lo cual queda claro que no es rogado. En cambio, el principio de oportunidad tiene un “control de legalidad”, sin término constitucional.

La Fiscalía General de la Nación elaboró un manual de capacitación sobre el sistema penal acusatorio para sus funcionarios y los servidores de la Policía Nacional; en relación con el principio de oportunidad, se explican en este manual, una a una las causales que pueden llevar a la aplicación del principio de oportunidad y se expone puntualmente todo lo relacionado con la introducción de esta nueva figura en el ordenamiento nacional de la siguiente manera:

El principio de oportunidad surge ante el inevitable aumento de la criminalidad y la imposibilidad de perseguir todos los hechos que revistan las características de un delito, es decir, ante la dificultad de aplicar el principio de legalidad en toda su extensión, con el consiguiente colapso de la administración de justicia, como hasta ahora ha ocurrido. Además, se constituye en una herramienta jurídica y de política criminal para perseguir eficazmente las organizaciones criminales.

Es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control posterior de legalidad ante el juez de garantías.

Debe tenerse en cuenta que en nuestro sistema, el principio de oportunidad es en realidad una excepción al principio de legalidad u obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal; de acuerdo con éste, el Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en el Código. Por medio de la aplicación del principio de oportunidad, el Estado finalmente renuncia a investigar una conducta con características de delito

o a la acusación de los presuntos responsables, a pesar de que existan suficientes motivos para hacerlo, solo por razones trascendentes de política criminal.

Para facilitar el ejercicio de este principio, el fiscal puede acudir a los mecanismos de suspensión o interrupción de la actuación con el fin de verificar el cumplimiento de las condiciones convenidas para, después de satisfechas ellas, dar aplicación a la renuncia. En caso contrario, si no se verifica la condición o no se cumple la promesa del eventual beneficiado, debe continuar el proceso.

Por regla general, la renuncia opera cuando el fiscal de conocimiento encuentra cabalmente cumplidas las exigencias fácticas, jurídicas, probatorias y de política criminal pertinentes, y sólo en este caso es obligatoria la intervención del juez de control de garantías, en audiencia preliminar que debe realizarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la decisión de la Fiscalía en tal sentido y de la respectiva comunicación al juez de garantías.

El mecanismo de la suspensión fue regulado en el Código de Procedimiento Penal⁵³ como “*suspensión del procedimiento a prueba*”, aplicable, según las causales allí establecidas, para la solución de un caso por la vía de justicia restaurativa, de manera que al cumplirse las condiciones convenidas por el imputado o acusado con el fiscal de conocimiento, puede llegarse a la renuncia y extinción de la persecución penal. En caso contrario, se restablece la obligatoriedad de proseguir la actuación.

La interrupción de la persecución penal, como mecanismo facilitador de aplicación del principio de oportunidad, puede darse en causales como las relativas a la colaboración eficaz, la entrega del imputado en extradición o a la Corte Penal Internacional, entre otras, de manera que en esos casos puede derivar en renuncia y extinción de la acción penal. Igualmente, procede para otros efectos,

⁵³ Ley 906 de 2004.

por ejemplo, para facilitar actividades investigativas prioritarias en casos de delitos de mayor relevancia o trascendencia social, cumplidas las cuales procede la renuncia a la persecución penal por el delito menos grave, o la reanudación de la misma.

El principio de oportunidad puede aplicarse hasta antes de la presentación del escrito de acusación. La fuente legal contenida en el artículo 175 del ordenamiento procedimental establece que en el término de treinta (30) días, contados a partir de la formulación de imputación,⁵⁴ el fiscal del caso debe adoptar alguna de estas decisiones: solicitar preclusión; formular acusación; o aplicar el principio de oportunidad.

Es oportuno aclarar que, aunque ninguna norma lo disponga expresamente, la decisión del fiscal de aplicar el principio de oportunidad por la vía de la suspensión del procedimiento a prueba, o de la interrupción, genera automáticamente una suspensión de los términos de la actuación procesal, por el lapso necesario para que las condiciones se cumplan.

Desde el momento en que el fiscal diseña el programa metodológico de investigación del caso, debe prever la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad⁵⁵ y, en consecuencia, estar atento cuando se actualice alguna de las causales previstas en el artículo 324 del código de procedimiento penal. En ese evento, debe observar la reglamentación interna de la Fiscalía General de la Nación sobre la materia que, entre otras actividades, le señala:

1. La obligación de informar de inmediato a su superior jerárquico.
2. El registro del inicio del trámite en la carpeta del caso.

⁵⁴ Excepcionalmente sesenta (60) días, en las circunstancias previstas en el artículo 294 del CPP.

⁵⁵ Se observa que, según la naturaleza de las causales, algunas de ellas pueden solicitarse por el indiciado o imputado, directamente o por conducto de su defensor.

3. Ubicar a la víctima del injusto, de tener noticia sobre ella, para informarle sobre la eventual renuncia a la persecución penal, y escuchar su pretensión de reparación del daño.
4. Atender el desarrollo legal previsto para la suspensión del procedimiento a prueba y el cumplimiento de las condiciones aceptadas por el imputado,⁵⁶ o de aquellas que motivaron la interrupción.
5. Acudir, previa solicitud de fijación de día y hora para la realización de la audiencia correspondiente, ante el juez de control de garantías para la verificación de la legalidad de lo actuado y obtener la extinción de la acción penal, con citación del Ministerio Público y de la víctima, si se conociere.

Dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad, el juez de control de garantías de turno cita a audiencia preliminar de control de legalidad que se desarrolla en los siguientes términos:

1. El fiscal presenta el caso, indica los medios materiales probatorios o información que le permite inferir la autoría o participación del imputado en la conducta delictiva.
2. Expone las circunstancias que acreditan la causal aplicable del principio de oportunidad.
3. Señala la pretensión de resarcimiento del daño que invoca la víctima, de haber sido posible su contacto, quien debe acreditar esa calidad.

⁵⁶ Cfr. Código de Procedimiento Penal. Artículos 325 y 326.

El juez concede la palabra a víctima y Ministerio Público para que, si lo estiman pertinente, controvertan la posición de la Fiscalía,⁵⁷ en especial respecto de los elementos de conocimiento que expuso, y después decide sin que pueda interponerse recurso alguno contra lo resuelto.

3.1.1.2.1 Reglas comunes a las causales

El trámite del principio de oportunidad y su audiencia de control de legalidad deben ser breves y ágiles; desprovistos de formalidades innecesarias; robustecidos por el respeto a la legalidad, la dignidad humana, la imparcialidad e igualdad; garantistas del acceso de las víctimas a la administración de justicia, y del respeto al principio de objetividad que rige la actividad de la Fiscalía General de la Nación.

La fundamentación fáctica, probatoria y jurídica prevista en el numeral 4 del artículo 162 del código de procedimiento penal, está referida a la existencia del mínimo de medios de conocimiento, elementos materiales probatorios o información legalmente obtenida, que permitan al juez inferir la autoría o participación y la tipicidad del hecho, así como el cumplimiento de las condiciones exigidas para la estructuración de la causal invocada. El ir más allá de la mínima exigencia prevista para tal efecto,⁵⁸ podría hacer ineficaz la persecución penal en el caso de que no se concrete la aplicación del principio de oportunidad.⁵⁹

⁵⁷ Para efectos del artículo 327 del código de procedimiento penal, que permite a la víctima y al ministerio público intervenir durante la audiencia para controvertir la “prueba” aducida por la Fiscalía General de la Nación como sustento de la decisión, debe entenderse que la norma se refiere a los elementos materiales probatorios o evidencia física, información legalmente obtenida o declaración jurada, estrictamente necesarios para demostrar al juez de garantías la autoría o participación del imputado en la conducta punible, así como las exigencias para aplicar alguna de las causales del principio de oportunidad.

⁵⁸ Cfr. Código de Procedimiento Penal. *Artículo 327*.

⁵⁹ La aplicación del principio de oportunidad frustrada, no genera impedimento para el fiscal.

La controversia a que se refiere el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, por parte de la víctima y el ministerio público, sólo puede extenderse a las prerrogativas que a cada uno le corresponde legalmente. A la primera, respecto de sus intereses indemnizatorios; al segundo, para participar en aquellas diligencias o actuaciones donde proceda la disponibilidad oficial de la acción penal, con el fin de procurar que la voluntad otorgada sea real, así como los principios de verdad y justicia, en los eventos de aplicación del principio de oportunidad.⁶⁰ No podría la víctima, por ejemplo, entrar a controvertir las razones de política criminal que se invoquen por la Fiscalía para la aplicación del principio de oportunidad. No siempre es necesaria la presencia de la víctima en la audiencia especial de control de la legalidad para la aplicación del principio, toda vez que su intervención es facultativa. En todo caso, debe tenerse la seguridad de tuvo oportuno conocimiento de su derecho a ser oída por el juez de control de garantías.⁶¹ Con todo, debe destacarse que la aplicación de las causales contempladas en los ordinales 2º, 3º, 4º, 5º, y 6º, del artículo 324 del código de procedimiento penal no depende de la reparación integral a la víctima.

Tratándose de causales que requieren reparación integral del daño, como condición previa para la aplicación del principio de oportunidad, debe tenerse en cuenta que la víctima podría manifestar desinterés en ella, o la intención de buscarla por la vía de la jurisdicción civil, hipótesis en las cuales nada impediría la extinción de la acción penal a través de este mecanismo.

En los casos por delitos cuyo máximo de pena exceda de seis (6) años, el fiscal de conocimiento debe comunicar al Fiscal General para que él, o su delegado especial, asuman directamente el procedimiento. De todas maneras, aunque la pena no supere el límite antes indicado, de conformidad con el reglamento

⁶⁰ Cfr. Código de Procedimiento Penal. *Artículo 11-g y 112-2, literal d.*

⁶¹ Cfr. Código de Procedimiento Penal. *Artículo 11-g*

expedido en la materia, el fiscal del caso debe informar a su superior sobre el trámite previsto, en virtud de los principios de unidad de gestión y jerarquía.

3.1.1.2.2 Causales de aplicación del principio de oportunidad

1. La primera causal, procede cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años, se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse, y pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal.⁶²

2. La segunda, procede cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible.⁶³

3. La causal tercera, procede cuando la persona fuere entregada a la Corte Penal Internacional a causa de la misma conducta punible. Tratándose de otra conducta punible sólo procede la suspensión o la interrupción de la persecución penal.⁶⁴

Si las autoridades colombianas investigan un acto de genocidio, por ejemplo, y la Corte Penal Internacional decide que no hubo investigación eficaz y solicita al imputado, no puede aplicarse el principio de oportunidad por prohibición expresa de la ley procedimental. Para ello debe tratarse de otra conducta punible, en cuyo caso se interrumpe la persecución penal por este delito hasta tanto la Corte Penal Internacional resuelva el caso.

4. La cuarta de las causales, procede cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible, y la sanción a la que pudiera llevar

⁶² Cfr. *Ibídem*, artículo 324-1.

⁶³ Cfr. *Ibídem*, artículo 324-2

⁶⁴ Cfr. *Ibídem*, artículo 324-3.

la persecución en Colombia carezca de importancia comparada con la sanción que le hubiera sido impuesta con efectos de cosa juzgada en el extranjero.⁶⁵

5. La quinta causal, procede cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.⁶⁶

6. Esta causal, procede cuando el imputado sirve como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial. Los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con la obligación que la motivó.⁶⁷

7. La séptima causal, procede cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción, o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.⁶⁸

Es importante lograr que la víctima comprenda y acepte que, atendida la gravedad del daño físico o moral que sufrió el imputado como consecuencia de su conducta culposa, resulta inhumano y desproporcionado aplicarle una sanción penal.

El fiscal debe advertirle al imputado que se puede beneficiar con la renuncia a la persecución penal, conforme con la causal prevista en la ley, procurando por todos los medios indemnizar a las víctimas, aunque éste no sea requisito necesario para la aplicación de la causal.

⁶⁵ Cfr. *Ibíd*em, artículo 324-4.

⁶⁶ Cfr. *Ibíd*em, artículo 324-5.

⁶⁷ Cfr. *Ibíd*em, artículo 324-6.

⁶⁸ Cfr. *Ibíd*em, artículo 324-7

8. En octavo lugar se encuentra esta causa que procede en las situaciones previstas para la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa, siempre como consecuencia del cumplimiento de las condiciones impuestas al imputado.⁶⁹

En atención a que la suspensión a prueba debe darse en el marco de la justicia restaurativa, el fiscal verifica la existencia de solicitud verbal del imputado que se ajuste a las condiciones de procedencia previstas para la mediación, teniendo en cuenta que no es viable para todos los delitos.⁷⁰

Asimismo, el fiscal constata que la petición del imputado contenga un plan de reparación del daño y las condiciones que está dispuesto a cumplir.⁷¹ Tiene en cuenta, además, que el término máximo de la suspensión a prueba es de tres (3) años, lapso durante el cual debe verificar el cumplimiento de las condiciones impuestas al imputado.

9. La novena causal, procede cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.⁷²

10. La décima de las causales, procede cuando en atentados contra la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulta poco significativa, y la infracción al deber funcional tiene o ha tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios.⁷³

11. Esta causal procede cuando en delitos contra el patrimonio económico el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular,

⁶⁹ Cfr. *Ibíd*em, artículo 324-8.

⁷⁰ Cfr. *Ibíd*em, artículo 524.

⁷¹ Cfr. *Ibíd*em, artículo 325, inciso 2.

⁷² Cfr. *Ibíd*em, artículo 324-9.

⁷³ Cfr. *Ibíd*em, artículo 324-10.

que la genérica protección brindada por la ley hace más costosa su persecución penal y comporta un reducido y aleatorio beneficio.⁷⁴

12. Esta causal procede cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.⁷⁵

13. Procede cuando el juicio de reproche de culpabilidad resulta de tan secundaria consideración que hace de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.⁷⁶

14. La décimo cuarta causal procede cuando se afectan mínimamente bienes colectivos, siempre que se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.⁷⁷

15. Esta causal procede cuando la persecución penal de un delito comporta problemas sociales más significativos, siempre que exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.⁷⁸

16. Procede cuando la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o participe, dificulta, obstaculiza o impide al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, cometidos por él mismo o por otras personas.⁷⁹

El fiscal puede acudir a esta causal siempre que se trate de una conducta dolosa o culposa que vulnera o pone en peligro bienes jurídicos considerados como de

⁷⁴ Cfr. *Ibíd.*, artículo 324-11.

⁷⁵ Cfr. *Ibíd.*, artículo 324-12.

⁷⁶ Cfr. *Ibíd.*, artículo 324-13.

⁷⁷ Cfr. *Ibíd.*, artículo 324-14.

⁷⁸ Cfr. *Ibíd.*, artículo 324-15.

⁷⁹ Cfr. *Ibíd.*, artículo 324-16.

mayor trascendencia social. Igualmente debe tener presente la comparación de las penas, bien como delito individualmente considerado (incluido el continuado y masa) o dentro de los límites del concurso de conductas punibles.

17. Esta última causal procede cuando los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta permiten considerar el exceso en la justificante, como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa.⁸⁰

3.1.1.3 Las funciones de la Fiscalía General de la Nación

En el artículo 250 de la Constitución Política se encuentran consagradas las funciones genéricas de la Fiscalía. Es necesario, entrar en un análisis profundo y literal del artículo para entender no sólo las funciones a las que se ha hecho mención, sino algunas instituciones procesales que se han introducido a la Carta por medio de la reforma que se estudia.

Indica la norma en su numeral 1º que la Fiscalía deberá:

(...) Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que 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.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

Así, de la lectura de éste artículo se puede concluir que las instituciones procesales introducidas al mismo son, el juez de control de garantías, las medidas para asegurar la comparecencia de los imputados al proceso, la conservación de

⁸⁰ Cfr. *Ibidem*, artículo 270 y 324-17.

la prueba y la calidad de víctima. A continuación se hará una breve explicación de cada una de ellas para entender mejor el sistema penal acusatorio y la importancia del papel de la Fiscalía General de la Nación dentro del mismo.

3.1.1.3.1 El juez de control de garantías

Una de las finalidades de la reforma constitucional, según algunos doctrinantes que han hecho un seguimiento de ésta, es fortalecer la capacidad investigativa de la Fiscalía General de la Nación; para ello los autores del proyecto de la reforma, sugirieron al legislador la consagración constitucional de una Fiscalía desprovista de facultades jurisdiccionales que restringieran las garantías fundamentales, por considerar que en un modelo acusatorio el ente investigador no debe ostentar las facultades propias del juez.

Es connatural a un proceso penal de corte acusatorio, que la potestad para decidir sobre la restricción de ciertos derechos fundamentales como la libertad, la propiedad y la garantía constitucional a la intimidad le corresponde al juez; empero, en el modelo adoptado y en atención a razones de política criminal, la Fiscalía continuará con la facultad para restringir tales derechos básicos cuando así se requiera para el éxito de las investigaciones.

Con el propósito de evitar abusos por parte del órgano de la investigación y en consecuencia armonizar la función investigativa del Estado con la protección efectiva de los derechos humanos de los presuntos autores de las conductas ilícitas, consideró el legislador pertinente, que las decisiones de la Fiscalía General de la Nación estuvieran bajo la vigilancia, aunque posterior, de un juez de control de garantías, cuya función primordial es la de determinar si el actuar de la Fiscalía estuvo acorde con las disposiciones constitucionales y legales, y enmarcado dentro de criterios de objetividad.

La Corporación Excelencia en la justicia ha dicho que

Quando se hace alusión a los jueces de control de garantías no se quiere dar a entender que la Constitución ha creado una nueva categoría de jueces, sino, de una nueva función que deben cumplir durante la etapa de la investigación, cuando en opinión del fiscal que la adelanta deba limitarse algún derecho fundamental, como por ejemplo la libertad (control previo) a la intimidad (control posterior).

Se considera entonces este aspecto como fundamental dentro del diseño del sistema en general, y en particular, del proceso de implementación, pues es aquí donde debe imprimírsele agilidad al sistema, lo que se traduce en que el juez que ejerce la función de control de garantías en un caso concreto no podrá dar orientaciones a la Fiscalía sobre el rumbo de la investigación, no podrá decretar pruebas de oficio, tampoco celebrar audiencias no pedidas y, respecto de la cadena de custodia, sólo intervendrá para verificar que exista y se haya manejado correctamente. En conclusión, cualquier intromisión del juez que ejerza la función de control de garantías en la investigación desdibujaría el papel para el cual fue creado y lo convertirá en algo similar a un juez de instrucción, posibilidad que es contraria totalmente con el texto del acto legislativo mencionado.⁸¹

En lo referente a la restricción de la libertad, se concluye del concepto de la Corporación Excelencia en la Justicia, que el control no siempre será previo. Como se logra inferir del numeral 1º del Artículo 250, lo será para la imposición de las medidas de aseguramiento de detención preventiva, para efectos de procurar la comparecencia de los imputados al proceso penal debe preceder la solicitud al juez de control de garantías. Sin embargo, en el mismo artículo, numeral 3, se da la potestad a la Fiscalía para que excepcionalmente pueda realizar capturas, en este último caso, el control se ejercerá posteriormente, dentro de las 36 horas siguientes a la materialización de la aprehensión.

⁸¹ Corporación Excelencia en la Justicia. *Puntos claves para que la reforma camine*. Ámbito Jurídico de Editorial Legis. Edición de marzo 10 del año 2003, Pág. 12A. Concepto citado por VANEGAS GONZÁLEZ, David. En: *El Sistema Acusatorio, Estructura del Proceso Penal*. Segunda edición. Acto Legislativo No 003 de diciembre de 2002. Bogotá: Editorial Biblioteca Jurídica DIKE, 2004. pág. 78 – 79.

En conclusión, puede asegurarse, que las funciones del juez de control de garantías son las siguientes:

1. Por solicitud de la Fiscalía General de la Nación, decretar medidas de aseguramiento. Art. 250, núm. 1º, inciso 3º.
2. Una vez materializadas las diligencias de capturas, que por excepción le autoriza la Carta política a la Fiscalía, se practiquen los allanamientos y registros, la interceptación de comunicaciones y las incautaciones de bienes, es deber del juez de garantías, ejercer el control pertinente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.
3. Asimismo, como lo dispone el inciso 1º del artículo 250 superior, le corresponde ejercer el control de legalidad respecto de la aplicación del principio de oportunidad por parte de la Fiscalía General. Esto es, si la Fiscalía decide suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal en los casos que le autorice la Ley, el control de esta determinación le corresponderá al juez de garantías.

3.1.1.3.2 Facultad de la Fiscalía para practicar allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones

Esta facultad se encuentra establecida en el numeral 2º del artículo 250. Como limitante a esta potestad se encuentra el control posterior que debe ejercer el juez de control de garantías y que deberá realizarse a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, con la finalidad de determinar su validez.

Con la práctica de las diligencias en comento, resultarían restringidos los siguientes derechos fundamentales:

- a. La inviolabilidad de domicilio⁸²
- b. La inviolabilidad de las comunicaciones privadas en cualquiera de sus manifestaciones⁸³
- c. La garantía de la propiedad privada⁸⁴

Con la reforma introducida por el Acto Legislativo 003 de 2002, las limitaciones a derechos como los aludidos aún pueden llevarse a cabo por parte de la Fiscalía (a excepción de la autonomía para decretar el embargo de bienes), la diferencia radica en el control posterior que deberán ejercer los jueces de control de garantías. El allanamiento y la interceptación, sólo han de adoptarse cuando resulten *estrictamente necesarios* para garantizar el acceso a información que permita recoger evidencia.

De esta forma la Fiscalía continuará tomando decisiones relacionadas con la afectación al derecho a la intimidad de las personas ordenando la práctica de diligencia de allanamiento y registro; igualmente, el fiscal podrá ordenar la interceptación de comunicaciones telefónicas o similares, con el fin de obtener pruebas necesarias para la investigación y para que éstas sean allegadas a la misma posteriormente.

Las funciones de la Fiscalía están sujetas a límites constitucionales. Como son funciones discrecionales, se someten a requisitos de ponderación y eficiencia en la gestión. Así, la adopción de medidas restrictivas de los derechos o la solicitud de los mismos se someten a requisitos de idoneidad y necesidad. El allanamiento y la interceptación, por

⁸² Cfr. Constitución Política. Op. Cit. *Artículo 28*.

⁸³ Cfr. *Ibíd*em, artículo 15.

⁸⁴ Cfr. *Ibíd*em, artículo 58.

ejemplo, sólo han de adoptarse cuando resulten *estrictamente necesarios* para garantizar el acceso a información que permita recoger evidencia. De igual manera, la definición de las estrategias de investigación y el ejercicio de la dirección de la misma, por parte de los superiores, deben orientarse a garantizar la eficiencia investigativa, de manera que sólo cuando resulta estrictamente necesario es posible separar a los investigadores (pues tienen un conocimiento privilegiado en virtud del principio de inmediatez) o modificar el rumbo de la investigación.

La Constitución inicialmente autorizaba a la Fiscalía para realizar capturas. Sin embargo, aclaraba, la ley debía establecer los *casos excepcionales* en los cuales el ente acusador puede adoptar dichas medidas.⁸⁵ Sin embargo la Corte Constitucional, en sentencia C-1001 de octubre 3 de 2005,⁸⁶ manifestó:

El desarrollo hecho por el Legislador en la norma acusada de la posibilidad señalada en el tercer inciso del artículo 250-1 de la Constitución no atiende el carácter excepcional al que condicionó el Constituyente derivado la posibilidad de que la Fiscalía General de la Nación pudiera realizar capturas. Posibilidad que no solo debe comportar el cumplimiento de presupuestos y requisitos claramente definidos en la ley sino que lógicamente no pueden ser menores que los que se exijan al juez de control de garantías como autoridad judicial competente de ordinario

En ese orden de ideas dado que el Legislador en el presente caso al regular la posibilidad aludida optó por establecer requisitos que no comportan la excepcionalidad expresamente exigida por el tercer inciso del artículo 250-1 de la Constitución tal como quedó modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002 debe concluirse que desconoció dicho texto superior.

Estas facultades, propias o de petición de medidas al juez de control de garantías, están dirigidas al logro de los objetivos de la investigación. Si bien el inicio de la investigación supone satisfacer los requisitos de la causa probable, durante ésta la

⁸⁵ Cfr. *Ibíd*em, numeral 2º del artículo 250

⁸⁶ M.P. Alvaro Tafur Galvis

Fiscalía debe recoger información suficiente que permita determinar si realmente ocurrieron los hechos punibles y su autoría, salvo el ejercicio del principio de oportunidad. También ha de establecerse si tal autoría supone responsabilidad, presupuesto constitucional para la acusación, en virtud del principio culpabilista que informa el sistema penal colombiano.

3.1.1.3.3 El aseguramiento de los elementos materiales de prueba y la cadena de custodia

Entre las diferencias más notables entre el modelo inquisitivo y el mixto que imperó antes de la entrada en vigencia de tal acto está el tema de la prueba durante la investigación.

El modelo inquisitivo se basa en la idea de que al ente investigador le corresponde encontrar la verdad y solicitar al juez que dicte una sentencia de conformidad con dicha verdad. Consustancial a este esquema es la práctica de pruebas durante la instrucción. En sentencia C-830 de 2002 la Corte definió el concepto de prueba en los siguientes términos:

Las pruebas judiciales son los medios señalados por el legislador para crear en el juzgador la certeza o el convencimiento sobre la verdad de los hechos que son materia de los procesos respectivos, con el fin de que el mismo aplique el ordenamiento positivo a los casos concretos.

En directa relación con lo anterior, en sentencia de 1996, con ocasión a una demanda en contra del artículo 247 del Decreto 2700 de 1991 que establecía la posibilidad de dictar sentencia con base en la prueba que obraran en "*el proceso*", la Corte tuvo oportunidad de indicar que, como la Fiscalía ejercía funciones jurisdiccionales, la incorporación y valoración de pruebas durante la instrucción no constituía violación de la Constitución. Además, durante dicha etapa estaban garantizadas oportunidades de debate y contradicción de las mismas.

Es decir, la existencia de pruebas, en un sentido jurídico, durante la investigación, se explicaba por las funciones jurisdiccionales de la Fiscalía y la posibilidad de contradicción. Lo anterior no se aplica al sistema acusatorio, donde la recopilación de información durante la instrucción constituye etapa preparatoria del juicio, por tal motivo sólo tiene carácter de evidencia que deberá constituirse en prueba durante el juicio.

De esta forma, dispone el numeral 3º del artículo 250 de la Carta que es función de la Fiscalía General de la Nación “asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello”.

Es la primera vez que un aspecto tan importante como la cadena de custodia ocupa un lugar en la Constitución Política. Sin embargo el legislador del año 2000, consciente de la importancia de las pruebas físicas o sensibles, mejor llamadas elementos materiales de prueba, dispuso en el artículo 281 de la Ley Procesal Penal la implementación de la cadena de custodia, con el fin de “garantizar la autenticidad de los mismos, acreditando su identidad y estado original, las condiciones y las personas que intervienen en la recolección, envío y manejo, análisis y conservación de estos elementos, así mismo, los cambios hechos en ellos por cada custodio”.

Ahora, el sistema penal acusatorio tiene como una de sus principales características el principio de contradicción que garantiza a los intervinientes en el proceso que tendrán, en condiciones de igualdad, acceso a los elementos materiales de prueba o las evidencias físicas que se alleguen a la actuación y de

cuyo análisis surjan las pruebas para declarar la culpabilidad o la inocencia del procesado.

En este sentido la cadena de custodia adquiere vital importancia a fin de garantizar que los elementos materiales de prueba no sufran alteraciones dolosas o culposas que repercutan desfavorablemente en el desarrollo de la investigación y del juzgamiento.

3.1.1.3.4 La acusación pública

Establece la norma superior en su artículo 250 numeral 4º que entre las funciones de la Fiscalía General de la Nación está la de presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.

La acusación es el medio procesal mediante el cual se informa a una persona, imputado, que como resultado de una investigación, se tiene suficiente evidencia para considerarlo posible responsable de un hecho punible, y que se solicitará a un juez (o un jurado) que así lo declare.

(...) Se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción.⁸⁷

Una de las principales características de los sistemas penales acusatorios, es que la acción penal no se ejerce de manera oficiosa, de esta forma, las víctimas o

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1997. citado por VANEGAS, González David. *El Sistema Acusatorio, Estructura del Proceso Penal, Acto Legislativo No 003 de diciembre de 2002*. Bogotá: Editorial Biblioteca Jurídica DIKE, 2004. págs. 96-104.

perjudicados por el delito, o cualquier ciudadano, acuden al funcionario competente, con el fin de presentar denuncia o querrela, con fundamento en las cuales se dará inicio al proceso. En torno a este punto, la doctora Whanda Fernández León, en sus conferencias de procedimiento penal constitucional en la Universidad Libre, manifiesta que

Esta particularidad implica que el proceso no puede iniciar ex officio; es imprescriptible que la 'acusatio' sea propuesta y sostenida previamente por la víctima, ya que el Estado carece de iniciativa para la persecución penal. Al concebirse el delito como una afrenta personal, al Estado no le preocupan represión ni investigación, hasta tanto el afectado así lo demande. Con el tiempo, esta exigencia se transfiere a otras personas (denunciante) y, finalmente a un órgano oficial. Siempre se ha constituido sobre la base de la persecución penal por iniciativa de una persona totalmente extraña al órgano de la jurisdicción.⁸⁸

A diferencia de lo anterior, en el caso colombiano de acuerdo con el ordenamiento hasta ahora vigente, y en atención al principio de investigación oficiosa (principio de legalidad), ante la comisión de infracciones penales de considerable importancia, la Fiscalía General de la Nación se subroga el derecho de iniciar la averiguación penal correspondiente, sin que se requiera solicitud de la víctima o de los particulares, excepción hecha de los delitos querrelables.

Otro aspecto importante relacionado con la acusación y el modelo procesal acusatorio, es la independencia entre el fiscal investigador – acusador y el juez imparcial que decide el derecho; en este modelo de enjuiciamiento aparecen claramente definidas las actividades del funcionario investigador, quien, luego de recolectar el material probatorio necesario, formulará la acusación ante el juez de la causa, quien es el que tomará la última determinación, conforme a derecho, aceptando alguna de las pretensiones que ejerciten las partes, esto es, el acusador y la defensa. Se dice que en un sistema de corte acusatorio es el juez quien tiene de manera exclusiva la potestad jurisdiccional y el único facultado por

⁸⁸ *Ibidem*. págs. 100-101.

la Ley para restringir los derechos fundamentales a la libertad y a la intimidad del procesado (mediante órdenes de captura, medidas de aseguramiento, allanamientos y registros, interceptación de comunicaciones y demás formas de correspondencia privada, etc.).

La acusación en manera alguna se presenta como un tema fácil desde el punto de vista constitucional, pues trae consigo una serie de problemas que han sido ampliamente analizados por la doctrina en orden a preservar el máximo de las garantías para la persona que es objeto de ella, especialmente el derecho de defensa y la extensión constitucional de la cosa juzgada. La acusación tiene su fundamento como exigencia de impulsión del proceso en el llamado '*principio acusatorio*', el cual se expresa de la manera más elemental diciendo que '*no existe proceso sin acusación*'. Este principio está íntimamente ligado con la imparcialidad del juez y por lo tanto hace parte del núcleo del derecho a un proceso con todas las garantías.

Comprendiendo de la manera ya expresada el principio acusatorio configura tres garantías básicas para el acusado, esto es, el derecho para el acusado de conocer previamente la acusación (con la obligación correlativa para el Estado de comunicarla, a efectos de concretar las manifestaciones del derecho de defensa); en segundo lugar, se establece la garantía de que no se podrá condenar por hechos punibles distintos a los establecidos en la acusación, ni a sujeto distinto del acusado (congruencia); y por último, la acusación también aparece cobijada por la prohibición de la *reformatio in pejus*.

La doctrina entiende que la materialización de la defensa se define en el hecho de que la acusación marca el objeto del proceso; como bien lo dice Pfeiffer⁸⁹ el significado de la acusación establece los límites en los cuales se ha de mantener

⁸⁹ Cfr. PFEIFFER, Gerd Die Anklage. *Libro homenaje a Bemmman Becas*. Munich: 1997. págs. 582-595. Cita hecha por GUERRERO, Peralta Oscar Julián, en su obra *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. Ediciones Nueva Jurídica, 2005. pág. 272.

el resultado jurídico de la investigación y la decisión. La consecuencia clara desde el punto de vista de la separación funcional se encuentra en el hecho de que el juez queda parcialmente ligado a la acusación, esto es, vinculación temática del tribunal como lo establece la doctrina alemana.

3.1.1.3.5 La preclusión de las investigaciones

El numeral 5º del modificado artículo 250 constitucional dispone que la Fiscalía deberá solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la Ley no hubiere mérito para acusar.

Algunos críticos han manifestado sus reparos a la forma como quedó consagrada la norma analizada, por considerar que si el reformado artículo 250 superior faculta a la Fiscalía para suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal en los casos que establezca la Ley para dar aplicación al principio de oportunidad, no es lógico que deba solicitar autorización al juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones.

Según el autor David Vanegas González, la intervención del juez de conocimiento en la toma de esta decisión –que debe ser estrictamente jurisdiccional- le da transparencia a labor de la Fiscalía; además, es importante considerar que si el juez está instituido como el protector de garantías de los investigados, no es menos cierto que también debe actuar en defensa del ordenamiento jurídico y los intereses de la comunidad; desde esta perspectiva, estará investido por la Constitución y la Ley, incluso, para negar las solicitudes de preclusión realizadas por la Fiscalía si éstas no se ajustan a las exigencias legales.⁹⁰

⁹⁰ Cfr. VANEGAS, González David. *El Sistema Acusatorio, Estructura del Proceso Penal, Acto Legislativo No 003 de diciembre de 2002*. Segunda edición. Bogotá: Editorial Biblioteca Jurídica DIKE, 2004. págs. 105-106.

Ahora bien, se deben establecer diferencias, toda vez que en la estructura definida la ley procesal tiene diversas maneras y momentos para culminar con la actividad de la Fiscalía. Así, el archivo es propio de la terminación de las diligencias adelantadas por la Fiscalía para constatar la existencia de una conducta punible, otro concepto distinto es el que corresponde al archivo por razones de aplicación del principio de oportunidad, cuyo fundamento es la renuncia al ejercicio de la persecución penal, mientras que la preclusión debe ser entendida por el juez del conocimiento y opera con posterioridad a la imputación. En efecto, el artículo 331 del Código de Procedimiento Penal establece que en cualquier momento, a partir de la formulación de la imputación, el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión, si no existiere mérito para acusar.

Esta disposición según el autor Oscar Julian Guerrero Peralta, retorna al problema relacionado con la expresión '*mérito para acusar*', que puede tener dos versiones: la primera, como faz negativa de la acusación, en el sentido de que habiéndose realizado la investigación pertinente y la correspondiente imputación, los elementos de prueba y evidencia física no son suficientes o contundentes para soportar una acusación. Y la segunda, que en realidad se acerca a la sistemática de nuestro Código, se refiere a la existencia de una serie de situaciones que implican que el proceso no pueda continuar por comprobada ausencia de responsabilidad del imputado, obstáculos procesales o carencia de relevancia jurídica de la conducta.

El requerimiento constitucional de que sea el juez del conocimiento quien profiera en sentencia la preclusión plantea un problema dogmático que también ha sido ampliamente discutido por la doctrina, esto es, qué tipo de examen debe hacer el juez para proferir la preclusión y las incidencias de este con respecto al principio acusatorio. Las respuestas al problema se fundamentan en el principio de legalidad, esto es, que no se configura el requerimiento legalmente exigido para la

acusación por razones fácticas (los hechos que formarían la base concluyente del delito *razonadamente no se pueden demostrar por los medios de prueba* o resultó imposible averiguar el autor del delito); por razones jurídicas (los hechos constatados no resultan concluyentes para cumplir con los supuestos de determinado delito con sus elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad); por razones procesales (existencia de impedimentos). Por lo tanto, el examen que debe realizar el juez se concibe en términos de suficiencia del material probatorio para agotar las exigencias del principio de legalidad en toda su extensión, tanto sustancial como procesalmente. Esa misma razón es la que permite que en algunas legislaciones como la germana exista la figura del '*procedimiento para compeler la acusación*' que opera cuando la Fiscalía se niega al ejercicio de la acción.

El Nuevo Código de Procedimiento Penal en su artículo 332 replica las causales del artículo 39 de la Ley 600 de 2000. En efecto, la disposición establece que el fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:

1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal por las causales previstas en este Código.
2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.
3. Inexistencia del hecho investigado.
4. Atipicidad del hecho investigado.
5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado

6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.
7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del CPP.

La causal relativa a la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, como una variable nueva en el instituto de la preclusión, obliga a pensar que el fiscal puede hacer la imputación, pero si observa que el material recopilado no permite soportar razonadamente la acusación, puede optar por la solicitud de preclusión.

El trámite previsto para decidir sobre la preclusión está contenido en el artículo 333, y exige que el fiscal promueva la aplicación de la figura como lo establece el numeral 5 del artículo 250 de la Constitución. La Ley procesal dispone que para tales efectos se realice una audiencia dentro de los cinco (5) días siguientes a la solicitud en la que se estudiará la petición de preclusión.

Instalada la audiencia, el juez concede el uso de la palabra al fiscal para que exponga su solicitud con indicación de los elementos materiales probatorios y evidencia física que sustentaron la imputación, y fundamentación de la causal incoada. Justamente esta redacción es la que autoriza a hablar de un examen de suficiencia y razonabilidad probatoria por parte del juez que le permita apreciar, en el ámbito del principio de legalidad sustancial y procesal, que no existe mérito para acusar. Pero el examen del juez del conocimiento debe circunscribirse únicamente a la causal invocada por la Fiscalía, esto es, que existe una clara limitación a las potestades del juez con respecto al trabajo del fiscal que implica la imposibilidad de declarar de oficio la preclusión por una causal no invocada para efectos de preclusión.

El juez en la audiencia debe conferir el uso de la palabra a la víctima, al agente del ministerio público y al defensor del imputado cuando deseen manifestar su oposición a la solicitud del fiscal. La participación de la víctima enfrentada a la petición de la Fiscalía se justifica por su legítimo derecho a la verdad, la justicia y la reparación de acuerdo a la legislación internacional. La del ministerio público por razones de preservación del debido proceso y del principio de legalidad, mientras que la del imputado obedece a una renuncia a la preclusión cuando prefiera que el proceso siga su curso para demostrar su inocencia sin atenerse a los efectos jurídicos que producen ciertos impedimentos procesales.

El diseño del instituto de la preclusión en el nuevo Código de Procedimiento Penal no permite ni solicitud, ni práctica de pruebas. Una vez agotadas las intervenciones el juez podrá decretar un receso hasta por una (1) hora para preparar la decisión, que motivará oralmente. La decisión puede revestir dos modalidades, esto es, de aceptación de la solicitud de la Fiscalía, caso en el cual se dictará sentencia, la cual admite recurso de apelación. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 334 del Código de Procedimiento Penal una vez en firme la decisión cesan los efectos de la persecución penal con carácter de cosa juzgada por los hechos investigados y se deben revocar las medidas cautelares que pesen contra el imputado.

El tema del rechazo de la solicitud de preclusión por parte del juez de conocimiento es digno de consideración teórica, pues aquí igualmente se deben cumplir los supuestos del principio acusatorio. En efecto, el examen judicial puede determinar que la causal o causales invocadas se prestan a una apreciación diversa que bien puede corresponder, por ejemplo, a que el juez estime que no existe prescripción de la conducta; que los componentes de las causales de exclusión de responsabilidad no están establecidos con nitidez por la Fiscalía; que el hecho efectivamente tenga relevancia jurídico-penal; que las atribuciones de

autoría se puedan establecer con el material probatorio que allegado por la Fiscalía en la imputación o que en concepto del juez el material es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

Para que se cumpla con el supuesto del principio acusatorio según el cual, *quien investiga acusa y quien juzga no investiga*, el examen del juez en este punto implica que él no puede introducir una formulación de orden probatorio *ex officio* para determinar si la causal está correctamente invocada por la Fiscalía. Su examen tiene un límite material, esto es, debe exponer su apreciación basado en los argumentos de los intervinientes en la audiencia. El cumplimiento del principio de legalidad en sentido sustancial o procesal de acuerdo a la causal invocada es el eje directriz de su apreciación. La decisión de rechazo mediante auto también admite apelación.

El artículo 335 del Código de Procedimiento Penal establece como efecto jurídico del rechazo que en firme el auto, las diligencias retornen a la Fiscalía, se restituya el término que duró el trámite de la preclusión y se genere el impedimento del juez del conocimiento para conocer del juicio.

3.1.1.3.6 La asistencia a las víctimas, el restablecimiento del derecho y la reparación integral

Reza el numeral 6° del artículo 250 superior, que la Fiscalía debe:

Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

Lo anterior implica que se podrán tomar decisiones inmediatas que afecten al patrimonio de los imputados, pues es sabido que éstos se valen de cualquier cantidad de artimañas para ocultar sus bienes. Evitando con esto las reparaciones a las víctimas y perjudicados por la conducta delictiva.

Más adelante se desarrollará en extenso esta función de la Fiscalía y todo lo concerniente a la protección de las víctimas del delito.

3.1.1.3.7 Dirección y coordinación de las funciones de policía judicial

Dispone el numeral 8º del artículo 250 de la Carta que es función de la Fiscalía General dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la Ley.

El concepto específico de Policía Judicial,⁹¹ puede definirse como

El ejercicio, por delegación, de la función permanente, especial o transitoria que le otorgan la Constitución, la Ley o las resoluciones del Fiscal General de la Nación a ciertos organismos públicos, a efectos de que le presten la coadyuvancia científica, técnica, artística e investigativa a los fiscales y jueces en la consecución y aseguramiento, mediante la cadena de custodia, de las pruebas necesarias que conduzcan al esclarecimiento de las conductas de connotaciones delincuenciales, a la individualización e identificación de los probables autores y partícipes y a su aprehensión material, con el fin de que respondan por sus actos ante las autoridades competentes.

Antes de la reforma constitucional esta función estaba contenida en el numeral 3º del artículo 250 superior, y con fundamento en esta disposición el artículo 312 del actual Código de Procedimiento Penal taxativamente relaciona los organismos oficiales que desempeñan funciones de Policía Judicial en forma permanente y especial. Ejercen esta actividad de forma permanente los siguientes organismos:

⁹¹ VANEGAS, González David. Op. Cit. págs. 119-130.

1. La Policía Judicial de la Policía Nacional
2. El Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación y todos los servidores públicos que desempeñen funciones judiciales, siempre y cuando guarden relación con la naturaleza de su función.
3. La Policía Judicial del Departamento Administrativo de seguridad.

Según se manifiesta en el inciso segundo de esta norma, realizan funciones especiales, en asuntos de su competencia, las siguientes entidades públicas:

1. La Contraloría General de la República
2. La Procuraduría General de la Nación
3. Las autoridades de tránsito
4. Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control (Superintendencias, DIAN, etc.)
5. Los alcaldes e inspectores de policía
6. Los directores nacional y regional del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-, los directores de los establecimientos de reclusión y el personal de custodia y vigilancia, conforme lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario.

De conformidad con las prescripciones contenidas en la Carta Política, artículos 250-3, como ya se ha anotado, el Estado ejerce el monopolio de la acción penal por conducto de la Fiscalía General de la Nación para el debido desarrollo de esa responsabilidad, al ente acusador se le confía, entre otras, la misión de dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que estén a cargo de la Policía Nacional o de los demás organismos que defina la ley.

En la sentencia C-037 de 1996,⁹² de la Corte Constitucional, mediante la cual se revisó la constitucionalidad del proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, "*ley Estatutaria de la Administración de Justicia*", la Corte declaró exequible el artículo 33⁹³, el cual reitera lo dispuesto en la norma superior citada.

Señala la Corte Constitucional que el artículo 33 se encarga de conceder algunas facultades que, no sólo son de naturaleza disciplinaria, sino que se convierten en instrumento efectivo para que el Fiscal General de la Nación pueda ejercer las labores de dirección y coordinación de la policía judicial, de forma tal que los responsables de investigar y acusar conozcan y puedan decidir oportunamente acerca de las gestiones que se adelanten respecto de un asunto en particular.

⁹² M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁹³ *Artículo 33. Dirección, coordinación y control de las funciones de policía judicial.* El Fiscal General de la Nación o sus delegados tienen a su cargo dirigir, coordinar y controlar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional, demás organismos previstos en la Ley y los restantes entes públicos a los cuales de manera transitoria el Fiscal General les haya atribuido tales funciones, todas las cuales ejercerá con arreglo a la ley, de manera permanente, especial o transitoria directamente o por conducto de los organismos que ésta señale. La omisión en el cumplimiento de las órdenes, directrices, orientaciones y términos que imparta la Fiscalía para el cumplimiento de las funciones de policía judicial, constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, penal y civil del infractor. El Fiscal General de la Nación, bajo su responsabilidad, separará en forma inmediata de las funciones de policía judicial al servidor público que omita el cumplimiento de tales órdenes, directrices, orientaciones y términos. Si tal servidor no es funcionario o empleado de la Fiscalía, el Fiscal que dirija la investigación lo pondrá a disposición de su nominador quien iniciará el proceso disciplinario correspondiente, sin perjuicio de las demás investigaciones a que haya lugar. PARÁGRAFO. Se exceptúa de lo dispuesto en este artículo la estructura y funciones de Policía Judicial de la Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con lo señalado por el artículo 277 de la Constitución Política.

La omisión en el cumplimiento de las órdenes, directrices, orientaciones y términos que imparta la Fiscalía para el cumplimiento de las funciones de policía judicial, constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, penal y civil del infractor.

Agrega que las decisiones disciplinarias que al respecto adopte el Fiscal General, siempre deberán respetar el derecho fundamental de defensa y de contradicción, integrantes del debido proceso, el cual es aplicable tanto a los asuntos de orden penal como, en este caso, a los administrativos.

Para adelantar las labores de investigación la Fiscalía General de la Nación cuenta con el apoyo de la policía judicial. La Constitución le asigna funciones permanentes de policía judicial a la Policía Nacional, mientras que el Acto Legislativo 02 de 2003 difiere en una ley estatutaria la asignación de tales facultades a autoridades de la fuerza pública, con el exclusivo objeto de prevenir la comisión de actos terroristas.

3.2.2 Las funciones especiales del Fiscal General de la Nación, análisis del artículo 251 de la Constitución Nacional.

El artículo 251 de la Constitución Política, reformado, establece las funciones especiales de la Fiscalía General de la Nación máximo representante del órgano de la investigación y acusación.

Este artículo señala como funciones especiales del Fiscal General de la Nación las de investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución;⁹⁴ nombrar y remover de conformidad con la ley, a los empleados bajo su dependencia;⁹⁵

⁹⁴ Cfr. Constitución Política. Artículo 251 numeral 1. Op. Cit.

⁹⁵ Cfr. Constitución Política. Artículo 251 numeral 2. Op. Cit.

participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto;⁹⁶ otorgar atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir funciones de policía judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación,⁹⁷ y suministrar al Gobierno información sobre las investigaciones que se están adelantando, cuando sea necesaria para la preservación del orden público.⁹⁸

Estas funciones del Fiscal General de la Nación han sido objeto de consideraciones por parte de la Corte Constitucional, cuando, en estricta interpretación del espíritu de la Carta Política, declaró exequible la expresión ‘*calificar*’ contenida en el numeral I del artículo 17 de la Ley 81 de 1993, porque de manera errónea se argumentaba por un ciudadano que, como el numeral I del artículo 251 de la Carta solamente habla de “*investigar y acusar*”, el Fiscal General no puede calificar las acusaciones que se realicen contra los altos funcionarios del Estado que gocen de fuero constitucional. Estimó el alto tribunal que el hecho de que el numeral I artículo 251 de la Constitución Nacional no hubiese incluido el término ‘*calificar*’ dentro de la referida función especial del Fiscal General no significa que no pueda hacerlo, pues no se entendería cómo podría realizar una acusación sin calificar, esto es, sin tipificar con precisión el hecho punible y la correspondiente responsabilidad.

Así mismo, respecto a las atribuciones del Fiscal General de la Nación, la doctrina constitucional ha señalado que las funciones consignadas en el artículo 251 citado revisten el carácter de indelegables, y por tanto, sólo el Fiscal General puede asumirlas y ejecutarlas.⁹⁹ Estimó la Corte que, no siendo claro el sentido de la mencionada palabra, se requiere consultar la intención o el espíritu del legislador

⁹⁶ Cfr. Constitución Política. Artículo 251 numeral 4. Op. Cit.

⁹⁷ Cfr. Constitución Política. Artículo 251 numeral 5. Op. Cit.

⁹⁸ Cfr. Constitución Política. Artículo 251 numeral 6. Op. Cit.

⁹⁹ En sentencia C-472 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte declara la inexecutable de la expresión “o por conducto de sus delegados de la unidad de fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia” contenida en el numeral I artículo 17 Ley 81 de 1993.

(en este caso del constituyente), constatándose que dentro de las discusiones en la Asamblea Constituyente se aprobó sustituir el término *'indelegables'* por el de *'especiales'*, solamente con el ánimo de unificar la terminología utilizada en el texto superior, pero que el propósito era que las atribuciones contempladas en el artículo 251 fueran asumidas y ejecutadas exclusivamente por el Fiscal General.

Con soporte en el mismo principio de legalidad,¹⁰⁰ piedra angular del Estado social de Derecho, el tribunal constitucional advierte que la Carta distingue las funciones de la Fiscalía General de la Nación de las del Fiscal General, pues las primeras, contempladas en el artículo 250, comprometen a todos los funcionarios de esa entidad, incluyendo al Fiscal General, mientras que las segundas, señaladas en el artículo 251, obligan únicamente al Fiscal General y no a sus subalternos. También, el referido tribunal no puede ignorar la naturaleza de las funciones que el artículo 251 de la Carta le asigna al Fiscal General, en cuanto a que asuntos como participar en el diseño de la política criminal, otorgar atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir funciones de policía judicial, o investigar, calificar y acusar *'a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional'*, por ejemplo son funciones que, dada su naturaleza, exigen la intervención directa, inmediata y personal del Fiscal General; sin perjuicio de que pueda comisionar, más no delegar, en los fiscales que actúan ante la Corte Suprema de Justicia.

A propósito de la facultad de investigar, calificar y acusar *"a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución"*, es pertinente precisar que la señalada atribución se refiere a la acusación que el Fiscal General realice contra los funcionarios determinados en el numeral 4 artículo 235 de la Carta.

En lo que atañe a las excepciones contempladas en la Constitución, debe precisarse que son señaladas tanto en el numeral 3 artículo 178 como en el

¹⁰⁰ Cfr. Constitución Política. *Artículo 121*. Op. Cit.

artículo 174, donde se establece que la Cámara de Representantes debe acusar ante el Senado al presidente de la República, a los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y del Consejo Superior de la Judicatura, y al Fiscal General de la Nación; y que el Senado, a su turno, en caso de encontrar mérito suficiente, debe adelantar la etapa de instrucción y el posterior juicio que se celebre contra alguno de los funcionarios anteriormente citados. Así mismo, también se exceptúa la investigación y acusación de congresistas¹⁰¹ y de miembros de la fuerza pública cuando el delito tenga relación con el servicio.¹⁰²

En fin, la Constitución incorpora a la Fiscalía General de la Nación en la rama judicial y le adjudica facultades limitadas para administrar justicia, lo cual le permite cumplir con algunas funciones eminentemente jurisdiccionales y, en consecuencia, gozar de los principios de la independencia y autonomía de los jueces de que tratan los artículos 228 y 230 de la Carta.¹⁰³

Por último, debe resaltarse que, conforme al artículo 249 Constitucional, la Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial y tiene autonomía administrativa y presupuestal; lo que se reafirma en la Ley Estatuaria de la Administración de Justicia.

Con lo anterior se quiso que esta entidad tuviera un status especial respecto de las demás entidades de la rama, lo que implica que ella no tiene por qué depender de las decisiones que le corresponde adoptar al Consejo Supremo de la Judicatura en ejercicio de las atribuciones consignadas en los artículos 256 y 257 de la Constitución. No obstante, lo expuesto no impide que, de conformidad con el artículo 267 de la Carta, la Contraloría General de la República pueda ejercer el

¹⁰¹ Cfr. *Ibíd*em, artículos 186 y 253 numeral 3.

¹⁰² Cfr. *Ibíd*em, artículo 221.

¹⁰³ Cfr. Corte Constitucional, sala plena. *Sentencia C-558 del 6 de diciembre de 1994*.M.P. Carlos Gaviria Díaz.

correspondiente control fiscal, pues sin lugar a dudas se trata de vigilar a una entidad del Estado que administra fondos y bienes de la Nación.

Así mismo, si bien el Fiscal General de la Nación, en ejercicio de la autonomía administrativa y en razón de sus funciones, podrá expedir reglamentos técnicos relacionados con la organización y el eficaz desempeño de las funciones del organismo bajo su dirección, dicha autonomía no es absoluta, razón por la que ese organismo debe actuar en consonancia con las competencias constitucionales de los demás órganos del Estado.

Con base en lo anterior es que la Corte, en sentencia C-775 de 2001,¹⁰⁴ declaró inexecutable el párrafo del artículo 117 de la Ley 600 de 2001 que atribuía al Fiscal General de la Nación la facultad de señalar los funcionarios judiciales encargados de la tramitación de los recursos que se interpongan frente a la acusación de los fiscales delegados. Consideró la Corte que la referida disposición se proyecta externamente, incursionando en una regulación propia del ejercicio de la función judicial del Estado, aspecto éste que constitucionalmente compete al legislador.

¹⁰⁴ M.P. Alvaro Tafur Galvis.

4. LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL

Después de varios siglos de haberse excluido y olvidado a la víctima, principalmente a raíz del surgimiento del Estado moderno y su posterior consolidación, la víctima reaparece en el escenario de la justicia procesal penal, ocupando un lugar central dentro de la política criminal.

El derecho penal estatal que conocemos surge, históricamente, justificado como medio de protección del autor del hecho frente a la venganza del ofendido o su familia, como mecanismo para el restablecimiento de la paz. La historia del derecho penal muestra, sin embargo cómo éste fue utilizado exclusivamente en beneficio del poder estatal para controlar ciertos comportamientos de ciertos individuos, sobre quienes infligió crueles e innecesarios sufrimientos, y cómo excluyó a la víctima al expropiarle sus derechos. Las garantías del programa reformador del siglo XIX no han sido suficientes para limitar las arbitrariedades del ejercicio de las prácticas punitivas, entre otros motivos, porque son los órganos estatales que llevan adelante la persecución los encargados de poner límites a esa persecución, es decir, porque deben controlarse a sí mismos.

Frente a la concentración de facultades en los órganos del Estado, los individuos fueron constituidos como sujetos privados, esto es, como sujetos sin derechos.¹⁰⁵

Con la redefinición de la víctima y la reconsideración del importante papel de este sujeto dentro del proceso penal, se ha concluido por algunos doctrinantes que si de algo sirve el derecho penal es para prevenir daños y, al suceder estos daños, es devolverle a las personas el respeto requerido en su integridad,

¹⁰⁵ Cfr. BOVINO, Alberto. *Víctima y Derecho Penal*. [En línea] Disponible en: <http://www.medicolegal.com.co>

bienes, honra etc., es decir las personas agredidas deben obtener del aparato judicial una reparación redignificante, este remedio es la condena penal lograda mediante la participación del ofendido en el proceso.

La redefinición de la víctima antes mencionada se debe a las reformas de derecho comparado, el desarrollo doctrinario y la existencia de diversos movimientos que comenzaron una lucha inagotable por el respeto de las víctimas del delito. Sin embargo, no parecen suficientes estos esfuerzos para devolverle a la víctima un papel protagónico dentro del proceso penal.

El individuo tiende a los valores más elevados. Así, se convierte en el valor supremo de todo orden jurídico humano. Es el sujeto natural del derecho y no sólo el elegido. La convivencia social es necesidad, pero no es un fin absoluto. Todo orden de estructura social y sobre todo el jurídico, debe permitir que el individuo tienda, dentro de esta estructura, a los valores más elevados y cumpla su misión moral individual.

La misión del derecho penal es la de todo derecho, a saber, la regulación de la convivencia humana. La convivencia social requiere preceptos jurídicos y un orden en que un individuo pueda vivir sin ser lesionado por otros.

Por regla general, los sistemas penales siempre han centrado toda su atención en la investigación de las conductas punibles y en conceptos de que la motivación preeminente es el interés punitivo del Estado. Con esto la víctima a pasado a ocupar, como se ha dicho antes, un lugar secundario y su rol dentro del proceso penal ha sido la colaboración con la recuperación de pruebas, y perseguir su interés reparatorio por medio de acciones que frecuentemente ocupan un espacio marginal dentro del proceso penal.

Sin embargo, en los últimos años, y en algunos ordenamientos primero que en otros, los objetivos del sistema penal han entrado en un proceso de cambio radical y este cambio ha implicado para la víctima mayor atención y una intensa lucha por sus derechos y por que su intervención en el proceso penal pueda ser más activa y gratificante en dos aspectos significativos: el primero su derecho a saber la verdad y de otro lado su reparación o indemnización; todo esto atendiendo a que los intereses de la víctima y la ayuda a quienes se encuentran en esta condición aparece como uno de los efectos beneficiosos, reales y verificables que el sistema puede producir.

Así mismo una concepción moderna de la seguridad ciudadana se vincula, ya no sólo a la conservación de un orden y el respeto por un cierto conjunto de normas, sino a la promoción de las condiciones que permitan a las personas el goce de sus derechos. En tal sentido, una de las formas de promover la seguridad de los ciudadanos, tiene que ver con la preocupación por quienes se han visto privados de derechos a consecuencia de un delito.

La sociedad y el Estado existen para las personas, para garantizar su dignidad y su libertad. Los derechos fundamentales del hombre, que provienen de la idea misma de la dignidad humana, deben ser la preocupación esencial de la administración de justicia. Si la justicia no está preparada para defender al simple ciudadano de los abusos de sus semejantes, de los poderosos y de los del propio Estado, entonces la administración de justicia, no cumple papel preponderante alguno, por tanto, el Estado debe cambiar de penalidad respecto a su finalidad en el proceso, esto es, dejar de lado el poder punitivo de perseguir al delito y convertirlo en una facultad punitiva, solamente ahí podemos decir que vivimos en una sociedad democrática.¹⁰⁶

¹⁰⁶ IBARRA, Mendoza Viviana. Ponencia *La víctima en la audiencia de juicio oral*. II CONGRESO SOBRE LA REFORMA PROCESAL PENAL. 26 y 27 de Octubre de 2001, Pucón. [En línea] Disponible en: http://www.acceso.uct.cl/congreso/docs/viviana_ibarra.doc

Un sistema moderno debe otorgar importancia a la protección del ofendido que es el que ha sufrido en su persona o en su patrimonio el menoscabo o daño producto del delito.

Pensar las víctimas del delito y su papel en el sistema penal tiene como punto obligado de partida, especialmente en sistemas que como el colombiano se ha caracterizado por una marcada tendencia inquisitiva, el olvido que históricamente han debido soportar.¹⁰⁷

En este orden de ideas, a las situaciones de conflicto penal se les da un tratamiento procesal que ha impuesto la profesionalización de las formas procesales, cuando se exige para su representación un experto en cuestiones jurídicas y oratorias.¹⁰⁸ Con la dogmática penal ilustrada que plantea una visión abstracta, con pretensiones de universalización y por tanto deshumanizada de la figura victimal:

“todas las víctimas son ya la misma víctima: la sociedad; y todas las victimizaciones típicas conculcan fundamental y prioritariamente el orden penal del Estado”,¹⁰⁹ los protagonistas del drama criminal han sido despojados del conflicto y el proceso penal ha pasado a ser un escenario en el que solo tiene cabida el victimario y el Estado.

Los conflictos de la sociedad son definidos por la justicia penal en términos de las regulaciones (legislación penal), se ha olvidado que deben ser definidos en términos de intervinientes o partes implicadas, así cuando una conducta ha sido definida como criminal, la víctima del delito pierde por completo su injerencia o influencia en el desarrollo del juzgamiento de la misma, ya que el problema a

¹⁰⁷ SAMPEDRO, Arrubla Julio Andrés. *La reconstrucción victimológica del sistema penal: las víctimas del delito en la reforma constitucional de la justicia penal*. Director Departamento de Derecho Procesal y del Centro de Estudios en Criminología y Victimología. Jorge Enrique Gutiérrez Anzola de la Universidad Javeriana. Bogotá,

¹⁰⁸ Cfr. SAMPEDRO, Arrubla Julio Andrés. Op. Cit.

¹⁰⁹ HERRERA, Moreno Myriam *La hora de la víctima*. Compendio de victimología. Citado por SAMPEDRO, Arrubla Julio Andrés. Ibidem.

dejado de ser suyo y pasa a ser una ocupación del Estado; las víctimas, marginadas, pierden por partida doble, primero, frente al delincuente, y segundo, al serles denegado el derecho a la plena participación en el ritual del proceso penal.

Los sistemas penales, buscan desarrollarse dentro del marco de la democracia y así, paradójicamente, basados en principios como el *garantismo penal* han fijado toda su atención en la figura del victimario, desconociendo que igualmente deben guardar un absoluto respeto por la dignidad humana, han marginado a las víctimas, desconociendo que su presencia es fundamental para comprender integralmente el fenómeno social del delito.

Como lo manifiesta el Dr. Julio Andrés Sampredo Arrubla, en su artículo *La Reconstrucción Victimológica del Sistema Penal: Las víctimas del Delito en la Reforma Constitucional de la Justicia penal:*

Nuestra historia pone de manifiesto el abandono en que se encuentra el hombre, hace evidente que vivimos en una cultura basada en el olvido del ser en la que predomina la indiferencia ante el sufrimiento del otro. Una sociedad con esas bases está abocada irremediablemente a la irrupción de la “barbarie”, la cual, como nos dice J.C. MÉLICH, no es otra cosa que el supremo acto de violencia en el que se niega lo distinto y evidencia todo intento de comprender el Otro desde lo Mismo, la Diversidad desde la Unidad, la Diferencia desde la Identidad.

Para no caer en ella se impone tomar en cuenta puntos de vista que tradicionalmente han sido negados; efectuar una revisión crítica de situaciones deplorables sucedidas en la última centuria, de actos oprobiosos ejecutados por seres humanos que niegan la dignidad de los otros mediante el no ejercicio de la propia, en fin, de situaciones entre las cuales ocupa un papel principal el olvido al que se ha sometido a las víctimas del delito.

En Colombia el camino se ha iniciado, asistimos a un verdadero movimiento de redescubrimiento del papel ético, social y jurídico de las víctimas que con

seguridad contribuirá fundamentalmente a la construcción de una sociedad en paz. Dos hechos marcan este sendero: por una parte el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en los últimos años, particularmente con la Sentencia C-228 de 2002;¹¹⁰ y en segundo lugar la implementación de un Sistema Penal de corte acusatorio, en el cual se redescubre y se apuesta por el papel de las víctimas dentro del mismo. Con este sistema no se pretende dejar de lado al autor del delito, por el contrario se busca crear un equilibrio y procurar una compensación de intereses que obtenga una clara calma entre victimario, víctima y la sociedad.

4.1 El Concepto de víctima

Dentro de las definiciones actuales de víctima se distinguen dos corrientes: Una en sentido amplio, en la que se incluye a las víctimas de cualquier acción humana o natural (terremotos, guerras, catástrofes naturales), y otra en sentido restringido, que es la referida al delito y al derecho penal y procesal penal, la cual resulta limitada en función de un código penal que en muchos casos resulta insuficiente para abarcar determinados sectores o grupos de la sociedad.

Hoy en día no puede hablarse de un concepto individual de víctima, este debe entenderse en sentido amplio, no solo como sujeto pasivo del delito, sino de otras personas naturales o jurídicas, que aunque no estén individualizadas, pueden haber sufrido daños como consecuencia de la infracción.¹¹¹

Diversos autores resaltan la necesidad de plantear conceptos más amplios en los que se puedan incluir a todas las personas o grupos que padecen directa o indirectamente las consecuencias de un hecho criminal:

¹¹⁰ M.P. Manuel José Cepeda y Eduardo Montealegre Lynett.

¹¹¹ Cfr. SAMPEDRO, Arrubla Julio Andrés. *¿Quiénes son las víctimas del delito? La redefinición del concepto desde la victimología*. En: Revista Derecho Penal y Criminología. Volumen XXI. N° 67. Septiembre - Diciembre. 1999. Pág. 154-155.

A. Beristain señala:

A la luz de la actual doctrina victimológica, por víctima ha de entenderse un círculo de personas naturales y jurídicas más amplio que el sujeto pasivo de la infracción. Lo incluye, pero también lo rebasa. Víctimas son todas las personas naturales o jurídicas que directa y/o indirectamente sufren un daño notable – no basta cualquier daño, pues de minimis non ucrat praetor – como consecuencia de la infracción.¹¹²

En igual sentido se pronuncia I. Rodríguez Manzanera¹¹³, quien entiende por víctimas del delito

A toda persona física o moral que sufre un daño por causa de una conducta antijurídica, típica y culpable, e incluye dentro del concepto al sujeto pasivo, titular del bien jurídico protegido; al ofendido, quien sufre un perjuicio por la comisión del delito y tiene derecho a la reparación del daño; y al damnificado, quien sufre un perjuicio por la comisión del delito, pero que no lograría que el daño le sea reparado aunque no tuviese mayor culpa ni participación en el ilícito.

Desde el punto de vista de la criminología, Molina Arrubla¹¹⁴ refiriéndose a la nueva Victimología plantea una definición de víctima, diferenciando tal concepto del de sujeto pasivo o perjudicado, entendiendo por víctima a “la persona natural o jurídica, sobre la cual recae la acción material del delito; por ‘sujeto pasivo’ u ‘ofendido’ a la persona, igualmente natural o jurídica, sobre la cual recae la acción jurídica, vale decir, que es el titular del bien jurídico afectado, de manera real o potencial, con la observancia del comportamiento delictual”.

¹¹² BERISTAIN, Antonio. *Nueva criminología desde el derecho penal y la victimología*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994. Pág. 359

¹¹³ RODRÍGUEZ, Manzanera L. *Victimología. Estudio de la víctima*. Tercera Edición. México: Porrúa. 1993. Citado por SAMPEDRO, Arrubla Julio Andrés. *Ibidem*. Pág. 155

¹¹⁴ MOLINA, Arrubla Carlos Mario. *Introducción a la criminología*. Segunda Edición. Medellín, Biblioteca Jurídica DIKE, 1994. Pág. 129

El mismo autor fundamentándose en Bustos Ramírez¹¹⁵ señala que en un mismo delito pueden coincidir sujeto pasivo y víctima, y cita un ejemplo: “A alguien le hurtan su reloj; pero también puede suceder que ello no sea así, como cuando a un menor le hurtan el reloj de su padre que llevaba a arreglar a la joyería”.

Julio Andrés Sampredo Arrubla en su artículo *Una reflexión victimológica en torno al sistema pena*¹¹⁶ señala como la actual victimología busca estructurar un concepto más amplio de víctimas, el cual, respetando los postulados básicos del Estado Social y Democrático de Derecho, garantice la atención integral de todos los protagonistas del suceso criminal y, sin desconocer los derechos fundamentales de los victimarios, permita adoptar una opción preferencial por las víctimas. Muestra además como se ha ido superando el concepto individual de víctima para dar paso a una concepción más amplia, comprensiva no solo por parte del sujeto pasivo del delito sino de otras personas naturales o jurídicas, que aunque no estén individualizadas, pueden haber sufrido daño como consecuencia de la infracción.

La Sociedad Internacional de Victimología en la declaración sobre justicia y asistencia para las víctimas plantea la siguiente definición:

Víctima es la persona que ha sufrido una lesión o daño físico o mental, una pérdida o daño material, o cualquier otro perjuicio social como resultado de una acción que:

- a. Esté en violación con las leyes penales; o
- b. Es un crimen catalogado bajo la ley internacional; o

¹¹⁵ BUSTOS, Ramírez Juan. *Victimología presente y futuro*. Segunda Edición. Bogotá: Editorial Temis, 1993. Pág. 9.

¹¹⁶ SAMPEDRO, Arrubla Julio Andrés. *Una reflexión victimológica en torno al sistema pena*. En: Revista Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional. N° 6. Bogotá: Editorial Legis. Enero-Marzo, 2004. Pág. 31.

- c. Constituye una violación a las normas de los derechos humanos internacionalmente reconocidos que protegen la vida, la libertad y la seguridad personal; o
- d. Constituye un ‘abuso de poder’ ejercido por personas que, en razón de su posición política, económica o social, ya sean oficiales políticos, agentes o empleados del Estado, o entidades comerciales, estén ‘fuera del alcance de la ley’; o
- e. Que aunque no esté realmente proscrito por las leyes nacionales o internacionales, cause daños físicos, psicológicos o económicos comparables a los causados por los abusos de poder, constituyendo de esta forma un delito dentro de la ley internacional o una violación a las normas internacionalmente reconocidas de los derechos humanos, y cree serias necesidades en sus víctimas similares a las causadas por la violación de esas normas.

El término ‘víctima’ incluye a toda persona que ha sufrido una pérdida, daño o lesión, ya sea como individuo o como integrante de un grupo o colectividad.

Cuando corresponda, el término ‘persona’ se referirá a entidades legales, organizaciones, asociaciones, comunidades, el Estado, la sociedad en un todo.¹¹⁷

Las Naciones Unidas se han pronunciado sobre el tema en la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*,¹¹⁸ en la cual se acogieron las siguientes definiciones:

Víctimas de actividades delictuosas:

1. Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de

¹¹⁷ Texto presentado por el secretario general de la Sociedad Internacional de Victimología en el Congreso Internacional de las Naciones Unidas en 1985. Citado por SANPEDRO, Arrubla Julio Andrés. *¿Quiénes son las víctimas del delito? La redefinición del concepto desde la victimología*. Op. Cit. Pág. 156

¹¹⁸ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. [En línea] *Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985*. Disponible en: www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp49_sp.htm.

acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

2. Podrá considerarse “víctima” a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión víctima se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a las víctimas en peligro o para prevenir la victimización.

Víctimas de abusos de poder.

18. Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones al derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente relativas a derechos humanos.

En Colombia, la Corte Constitucional en la sentencia C-228 de 2002¹¹⁹ introdujo distinciones entre los conceptos jurídicos de víctima y de perjudicado:

Como víctima señala a la *“persona respecto de la cual se materializa la conducta típica”*, y como perjudicado *“comprende a todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial, como consecuencia directa de la comisión del delito”*, e incluye a las víctimas. Señalando además que los perjudicados tienen interés en participar del proceso penal.

Por último, el actual Código de Procedimiento Penal, señala su propia definición de víctima, la cual recorrió varias etapas hasta llegar al texto aprobado por el Congreso de la República, plasmado en el capítulo IV artículo 132 de la ley 906 de 2004 que expone:

¹¹⁹ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

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.

Esta definición ha sido duramente criticada por algunos miembros de la Comisión Constitucional Redactora del Proyecto de Código de Procedimiento Penal que fue presentado ante el Congreso de la República, entre ellos el Doctor Julio Andrés Sampedro Arrubla¹²⁰, el cual señala que el texto finalmente aprobado no fue la redacción presentada ante el Congreso de la República, manifestando que fue sustancialmente modificado, limitando en sus alcances el concepto de víctima y rompiendo la estructura victimológica del proyecto, apartándose del espíritu que orientó la reforma contenida en el Acto Legislativo 03 de 2002.

4.2 La víctima en el proceso acusatorio antiguo y en el proceso inquisitivo¹²¹

En los orígenes del proceso penal la reacción ante el delito involucraba necesariamente la existencia de un conflicto entre victimario y víctima, no existiendo ningún sujeto tercero e imparcial que mediara en el conflicto, de tal forma que no es de extrañar que la primera forma por la cual se encausa históricamente este conflicto sea la venganza privada, ésta asumía los mayores niveles de crueldad y desproporcionalidad en relación al daño sufrido, de tal forma que esa venganza involucraba no necesariamente al responsable directo del daño

¹²⁰ Cfr. SAMPEDRO, Arrubla Julio Andrés. *Una reflexión victimológica en torno al sistema penal*. Op. Cit. Pág. 59.

¹²¹ CUBERO, Pérez Fernando. *La tutela efectiva de los derechos de la víctima en el proceso penal costarricense*. Segunda Edición. En: Sistema Acusatorio 2005, Corte Suprema y Constitucional, Jurisprudencia. 350 conferencias, legislación, códigos nacionales y suramericanos. En: Jurídica ENRED.NET, deavilaenred.net.

sino que también podía comprometer a otros sujetos cercanos al ofensor tales como los parientes y los miembros de su grupo o clan.

Sin embargo, la evolución de la sociedad generó el que los efectos de la primitiva venganza privada fueran atemperados por instituciones como la Ley del Tali3n, o la compensaci3n de los da1os.

4.2.1 La venganza privada y las formas hist3ricas sustitutivas

Siempre suele afirmarse que al principio era el caos, en tal sentido si bien es claro que la venganza privada no puede conceptualizarse como una instituci3n social, si debe tenerse presente que fue la primera reacci3n ante el delito, en la cual el ofendido se tomaba la justicia por propia mano, convirti3ndose en muchos casos en una verdadera guerra de eliminaci3n de grupos, familias o clanes.

Por ello desde esta perspectiva, no resulta incorrecto considerar que instituciones como la Ley Tali3nica, que impona lmites a esa arbitraria venganza privada implicaba un mayor raciocinio de la respuesta ante el delito, imponi3ndole lmites a los excesos en que suele incurrir el ofendido cuando se trata de cobrar la sangre derramada.

El ojo por ojo o miembro por miembro era un gran avance en la percepci3n acerca de la soluci3n del conflicto, de tal forma que empieza a aparecer como limitante de la venganza privada en aquellas sociedades que han logrado un notable desarrollo de sus instituciones sociales.

M3s tarde, conforme se opera un mayor progreso social, empiezan a aparecer formas hist3ricas de compensaci3n con las cuales se buscaba una mayor limitaci3n a la crueldad de la Ley del Tali3n, en este sentido la compensaci3n va apareciendo primero a la par de la Ley Tali3nica al presentarse como una forma

facultativa y luego como una solución obligatoria, siendo que mientras reinaba la composición como sanción principal, nos encontrábamos en la época de mayor esplendor del sistema acusatorio.

Sin embargo el fin de ésta etapa de esplendor se encuentra avizorado por la creciente intervención de poderes centralizados que se erigen como definidores de la contienda entre partes y que empiezan precisamente por apropiarse de parte de la compensación económica, la cual en la mayoría de los casos debía ser compartida con la comunidad o con el rey, dándose nacimiento al sanción de la multa.

4.2.2 La expulsión de la víctima del proceso penal

Conforme ese poder centralizador fue afirmándose y se dio el nacimiento de los Estados, el conflicto penal dejó de ser un conflicto *inter partes*, para constituirse en un problema entre el ofensor y el Estado, la ofensa penal era una ofensa hacia el poder central y por ende éste se va apropiando de la sanción, la hace suya, logrando de ésta forma que la víctima vaya desapareciendo del escenario, trátase éste del derecho penal sustantivo como del derecho procesal penal.

Se puede esbozar el desarrollo de esta expulsión haciendo alusión a un hilo conductor, cual es, que conforme se fue afirmando el sistema procesal inquisitivo, así la víctima fue perdiendo protagonismo en el proceso penal.

4.2.2.1 El proceso inquisitivo y la expropiación del conflicto

La doctrina es pacífica en establecer que en el tanto en que la persecución penal fue asumida por el Estado, el rol de la víctima dentro del proceso fue desapareciendo, el sistema procesal inquisitivo con las facultades ilimitadas del juez, convirtió al conflicto penal en una lucha entre el representante estatal que

debía resguardar los valores de la sociedad y el trasgresor de esos valores, de tal forma que los intereses de la víctima quedaron totalmente al margen de la contienda penal.

Esta situación que se inicia en plena Edad Media y que se prolonga durante varios siglos va a generar el que la preocupación del derecho procesal y el derecho penal se centre en el ofensor, de tal forma que la reparación viene a configurarse como un componente ya no de la sanción penal sino del orden civil.

La consolidación del proceso inquisitivo genera la total neutralización de la víctima dentro del proceso penal, pues no será más un sujeto del proceso, los roles protagónicos los llevará adelante el Juez y el imputado, desapareciendo por ello el ofendido totalmente del escenario. En este sentido la criminología ha sido clara en establecer que el conflicto le es expropiado por el Estado al ofendido, en donde su interés a nivel sustantivo se ve reemplazado por el abstracto bien jurídico tutelado y su derecho a la acusación se ve suprimido en aras de la persecución estatal promovida por la vigencia del principio de oficialidad de la acción penal.

Como consecuencia de lo anterior, a la víctima solamente se le consideró como el material probatorio que podía ser utilizado por el Estado, y su pretensión de resarcimiento se concibió como algo meramente privado entre víctima y ofensor sin mayor importancia para el proceso penal, ésta concepción del tema que ha prevalecido a través de la historia se vio reforzada principalmente por dos factores históricos: la codificación del derecho medieval por parte del Emperador Carlos V, la cual llevó a ver en la acción punible solo la lesión del derecho del Estado y por ende se comenzó a construir el derecho y el proceso penal como una tarea de pacificación entre el Estado y los violadores del Derecho. Como así mismo en épocas más recientes las ideas de la biología criminal de Lombroso, Ferri y Garófalo, además en tiempos modernos de las investigaciones empíricas de Sheldon y Gluck, los cuales ponen el acento en la causación del hecho por parte

del autor y en el tratamiento al delincuente como un aspecto fundamental para la aplicación de la pena.

4.2.2.2 La reforma liberal y la víctima

Con la instauración de la reforma liberal, si bien es cierto se avanzó en la construcción del proceso penal, al realizarse una mixtura entre el proceso inquisitivo y el proceso acusatorio, lo cierto es que en el aspecto referido a la satisfacción de los intereses de la víctima no se avanzó grandemente, la preocupación de la legislación y la doctrina se encaminó hacia la protección de los derechos del imputado dentro del proceso penal, situación que se mantiene hasta la finalización del siglo XIX.

En la legislación derivativa de la reforma liberal solamente se encuentra vagamente la mención de la víctima en dos aspectos, el primero de ellos en referencia al derecho penal sustancial, consistente en que el comportamiento de la víctima era considerado para el establecimiento de atenuantes o eximentes de la pena, sin que ello llevase a la creación de un derecho penal sustantivo desde o a partir de la víctima.

En el segundo aspecto, la posibilidad de reparación del daño dentro del proceso penal, quedó enclaustrado dentro de los estrechos límites dentro del ejercicio de la acción civil resarcitoria en sede penal, siendo que dentro de éstos límites resulta ser muy aventurado afirmar que efectivamente se da una adecuada satisfacción a los legítimos intereses resarcitorios de las víctimas.

4.2.3 La criminología redescubre a la víctima

El abandono de la víctima como objeto de estudio de las Ciencias Penales se vio impulsado durante el siglo pasado y parte del actual por el desarrollo del

paradigma de la criminología tradicional, la cual asumía al delincuente como su objeto fundamental de estudio y por ello centraba su atención en la elaboración de modelos explicativos del delito, tratando de comprender científicamente las causas de éste, ocupando en este análisis la víctima un papel marginal, pues nada podía aportar a la explicación científica del hecho delictivo.

Esta posición de las ciencias penales y de la criminología en particular se variaría hasta luego de finalizada la segunda guerra mundial, cuando con la publicación por parte de Hans Von Hentig en 1948 de su obra *El criminal y su víctima* se inaugura la afirmación de un cambio de paradigmas en la investigación criminológica, de forma tal que los subsiguientes estudios sobre el delito no se orientarán exclusivamente a la satisfacción de la pretensión punitiva del Estado, sino a la intervención en el problema social que se encuentra inserto en la realidad del delito, para tratar de prevenirlo, teniendo como objetivos la recuperación del infractor y la reparación del daño sufrido por la víctima, la cual asume un papel protagónico dentro de éste nuevo enfoque, al reconocérsele una relevancia "etiología" en la génesis y dinámica del delito.

Es por ello que a partir de la década del cincuenta comienzan a ver luz una serie de estudios empíricos en los cuales el acento se encuentra en la determinación de los procesos de victimización y consecuentemente en el estudio y posterior reconocimiento de los derechos de las víctimas.

4.2.4 El establecimiento de los derechos de las víctimas

La investigación victimológica y la discusión consecuente ha originado que tanto a nivel de instrumentos internacionales como en leyes de aplicación nacional, paulatinamente se han ido prefijando los derechos de las víctimas en el proceso penal.

En este sentido del análisis de la normativa internacional se puede establecer que la promulgación de los principios de justicia para las víctimas abarca tres aspectos generales y fundamentales, a saber:

1. Acceso real de la víctima a la justicia penal.
2. Asistencia a las víctimas.
3. Resarcimiento e indemnización.

4.2.4.1 La concretización del derecho a la indemnización

El resarcimiento es primeramente una obligación que debe pesar sobre el infractor y los responsables civiles, ahora bien en caso de que el delincuente no pueda ser identificado o no pueda responder a esa obligación, debería surgir a cargo del Estado tal responsabilidad que debe concretarse en una obligación de indemnizar a la víctima y consecuentemente en un derecho exigible por parte del ciudadano.

Cuando se trata por parte de la doctrina de establecer cuál es el fundamento para la indemnización del daño sufrido por la víctima a cargo del Estado, se indican principalmente razones de solidaridad y de equidad social.

Por lo general suele afirmarse que no es propio de un verdadero Estado de Derecho dejar en desamparo a la víctima de un delincuente no identificado o que no puede hacerle frente a la obligación reparatoria.

Cierto sector importante de la doctrina considera que la responsabilidad estatal deriva de la obligación del Estado por garantizar la vigencia dentro de la comunidad de ciertos derechos básicos como la vida, la libertad, la dignidad y la seguridad, siendo que el delito al ser una transgresión de esos bienes

fundamentales viene a constituirse en la prueba del descuido estatal por la preservación de tales bienes propios de toda la colectividad.

Ahora bien en los sistemas penales de avanzada la vigencia de éste derecho indemnizatorio se ha concretizado por medio del establecimiento de Leyes especiales de indemnización a víctimas por parte de fondos estatales, siendo que con el carácter de leyes modernas podemos señalar la legislación de Nueva Zelandia quien en 1963 fue pionera en el establecimiento de un plan y un Tribunal de Compensación, destacándose igualmente los Estados de California, Hawai, Maryland, Massachussets, Nevada y Nueva York, mientras que en el contexto de la Europa continental, es significativa la existencia de la Ley Francesa de 8 de Julio de 1983, la Ley Italiana de 1975, la Ley Belga del 1 de Agosto de 1985 y dentro del ámbito español merece especial referencia la Ley 35-1995 de Ayudas y Asistencias a las víctimas de delitos violentos.

Como características generales de éstas legislaciones y que también se pueden encontrar enunciadas en el Convenio 116 del Consejo de Europa se tienen:

El Estado asume la obligación de indemnizar únicamente cuando no existen otras fuentes que se puedan hacer cargo de tal obligación, aunque no se puede proceder y sancionar al autor.

Los daños indemnizables se concretan a las lesiones corporales graves o daños en la salud, provenientes directamente de delitos intencionales de violencia, quedan por ende excluidos los daños materiales.

Los beneficiarios están taxativamente establecidos por la legislación, y son únicamente los ofendidos directos o en caso de muerte las personas que vivían a cargo del fallecido.

El contenido de la indemnización se encuentra claramente establecido y comprende principalmente, como elementos del perjuicio, pérdidas de ingresos, gastos médicos, hospitalización, gastos funerarios y pérdidas de alimentos. La indemnización es de carácter subsidiario y solo entra en juego a falta de otros fondos indemnizatorios.

El Estado se reserva la posibilidad de subrogación sobre los montos dados como indemnización en caso de que el ofendido recupere parte de lo dado por el Estado en razón del cobro de algún seguro o una acción civil.

Los reclamos de los beneficiarios están sujetos a plazos de prescripción.

4.3 Las víctimas del delito en el derecho internacional

4.3.1 La víctima en el sistema universal de los derechos humanos

En 1948, tanto la Declaración Americana de Derechos del Hombre¹²² como la Declaración Universal de Derechos Humanos,¹²³ marcan el inicio de una tendencia en el derecho internacional por desarrollar instrumentos que garanticen el derecho de todas las personas a una tutela judicial efectiva de sus derechos, a través de la

¹²² *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, OAS Res. XXX, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (1948), reimprimido en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/ Ser.L.V/IL82 doc.6 rev.1 p. 17 (1992). Artículo XVIII. Derecho de justicia. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. Citado en Corte Constitucional. Sentencia C -228 de 2002.

¹²³ *Declaración Universal de Derechos Humanos*, A.G. res. 217 A (III), ONU Doc. A/810 p. 71 (1948). Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley. Citado en Corte Constitucional. *Sentencia C -228 de 2002*.

cual no sólo obtengan reparación por el daño sufrido, sino también se garanticen sus derechos a la verdad y a la justicia.¹²⁴

El interés por las víctimas del delito ocupa la atención de organismos internacionales, encontrándose importantes documentos, entre ellos, *la Resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 29 de noviembre de 1985* que promulgó “La declaración de los principios fundamentales de justicia para víctimas de delitos y abuso el poder”, donde se recomendó promover en todos los Estados la protección a las víctimas, para lo cual, se debe, entre otras cosas, “revisar periódicamente su legislación y prácticas vigentes con objeto de adaptarlas a las circunstancias cambiantes, y promulgar y hacer cumplir las leyes que proscriban los actos que infrinjan normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos, la conducta de las empresas y otros abusos de poder”.¹²⁵

Esta misma declaración plantea a su vez tres hipótesis para definir a las víctimas, las dos primeras referentes a las víctimas del delito¹²⁶ y otra a las víctimas del abuso de poder¹²⁷, las cuales fueron descritas en acápite “*Concepto de víctima*”¹²⁸ de este trabajo.

Esta declaración trae un anexo que consagra una serie de derechos de las víctimas tales como:

¹²⁴ Corte Constitucional. *Sentencia C -228 de 2002* M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

¹²⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas. [En línea] *Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985*. Disponible en: www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp49_sp.htm.

¹²⁶ Cfr. *Ibídem*, numerales 1 y 2 del Apartado A.

¹²⁷ Cfr. *Ibídem*, apartado B.

¹²⁸ Cfr. Página 115.

- a. Accesos a la justicia y trato justo, que implica un tratamiento compasivo y un respeto a su dignidad¹²⁹
- b. Derecho a obtener un resarcimiento proveniente de los delincuentes o los terceros responsables de su conducta
- c. Derecho a ser indemnizadas; en aquellos casos en que *“no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los estados procurarán indemnizar financieramente”*¹³⁰
- d. Derecho a recibir la asistencia material, médica, psicológica y social necesaria

Los conceptos allí planteados adquieren gran relevancia frente a otros documentos relativos a las víctimas producidos por las Naciones Unidas, en los cuales se ve una opción preferencial por las víctimas, en el sistema de justicia penal entre ellos:

El Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, en el cual se dictaron las directrices sobre la función de los fiscales, y se manifestó que en cumplimiento de sus funciones los fiscales:

- b) Protegerán el interés público, actuarán con objetividad, tendrán debidamente en cuenta la situación del sospechoso y de la víctima. (...)
- d) Considerarán las opiniones e inquietudes de las víctimas cuando se vean afectados sus intereses personales y asegurarán que se informe a

¹²⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración de los principios fundamentales de justicia para víctimas de delitos y abuso del poder*. Numeral 3º. Resolución 40/34. aprobada el 29 de noviembre de 1985.

¹³⁰ Cfr. *Ibidem*, Numeral 12.

las víctimas de sus derechos con arreglo a la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder.

En la Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XXI, producida en el décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, realizado en Viena del 10 al 17 de abril de 2000, se reconoce que las estrategias de prevención del delito en los planos nacional, regional y local deben abordar las causas profundas y los factores de riesgo relacionados con la victimación.¹³¹ Además alienta a la elaboración de políticas que respeten los derechos, necesidades e intereses de las víctimas, las comunidades y demás partes interesadas;¹³² tomando en cuenta para esta el análisis de temas como equidad para las víctimas (con mención expresa al catálogo de derechos de las víctimas en los procesos penales); los conflictos de interés entre los delincuentes y las víctimas; la relación de la víctima con el Estado; el refuerzo del Ministerio Fiscal cuando las víctimas actúan como asistentes en la acusación; y la justicia restaurativa como modelo alternativo a la justicia penal.

También vale la pena destacar en el plano del sistema universal la Resolución 2.000/14 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, en donde se presentó el *“Proyecto revisado de elementos de una declaración de principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal”*, en donde se destaca la definición que se hace de proceso restaurativo, el que se entiende como:

Todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de

¹³¹ Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente. *Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XXI*. Numeral 25. Viena 10 al 17 de abril de 2000.

¹³² *Ibíd.*, numeral 28.

cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias.¹³³

Con sustento en este documento fue redactado el Informe de la reunión del grupo de expertos sobre Justicia Restaurativa, convocada por la Comisión de Prevención del delito y Justicia Penal, órgano adscrito al Consejo Económico Social de Naciones Unidas –ESOCOC- y que data de abril de 2002. En este informe los expertos *“apoyaron la idea de promover medidas de justicia restaurativa en el ámbito de los sistemas de justicia penal”*.

Otro instrumento importante en el plano internacional sobre protección a las víctimas se encuentra en las *recomendaciones adoptadas por el comité de ministros del Consejo de Europa*, en donde se señalan disposiciones tendientes a la protección y garantía de los derechos de las víctimas, y de las cuales la Corte Constitucional en su sentencia C-228 de 2002¹³⁴ destaca los planteamientos más significativos, señalando como en el contexto europeo también se han reconocido de manera amplia los derechos de las víctimas, que comprenden no sólo la indemnización de perjuicios, sino el derecho a que se haga una investigación exhaustiva que otorgue claridad sobre lo ocurrido y conduzca a la sanción justa de los responsables. En 1977 el Comité de Ministros del Consejo de Europa expidió la Resolución (77) 27, con recomendaciones para la indemnización de las víctimas del delito.¹³⁵ En 1983 se redactó la Convención Europea para la compensación de las víctimas de los crímenes violentos, con el fin de ocuparse de la situación de las víctimas que hubieran sufrido daños corporales o menoscabo de salud y de las

¹³³ Consejo Económico y Social de Naciones Unidas. Resolución 2.000/14. Citado por CASAS, Luis Francisco. *La víctima en el sistema procesal de la ley 906 de 2004. Temas sociojurídicos*. En: Revista del centro de investigaciones sociojurídicas. Volumen 23. N° 48. Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga. Julio 2005. Pág. 151.

¹³⁴ Cfr. Corte Constitucional. *Sentencia C -228 de 2002*. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

¹³⁵ Cfr. Comité de Ministros del Consejo de Europa. *Resolución (77) 27*. adoptada el 28 de septiembre de 1977.

personas dependientes de quienes mueran como resultado de estos delitos, pero donde también se hace referencia a la obligación de proteger a las víctimas y de otorgarles ciertos derechos a participar en el proceso penal.¹³⁶ Posteriormente, en 1985, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó la recomendación R (85) 11 sobre la posición de la víctima en el procedimiento y en el derecho penal;¹³⁷ y, en 1987 como complemento, se formuló la recomendación R (87) 21, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de los procesos de victimización.¹³⁸ Recientemente, como parte de los derechos fundamentales reconocidos por la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales consagró el derecho a un recurso judicial efectivo.¹³⁹

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

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

¹³⁶ Cfr. Convención Europea. *Sobre la compensación a las víctimas de delitos violentos*. 24 de noviembre de 1983, El Consejo de Europa también ha expedido normas y recomendaciones relativas a los derechos de las víctimas de los delitos.

¹³⁷ Cfr. Recomendación (85) 11 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 28 de Junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal.

¹³⁸ Cfr. Recomendación (87) 21, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo, e Europa el 17 de septiembre de 1987, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización.

¹³⁹ Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000 O.J. (C 364) 1, *en vigor desde* Dic. 7, 2000. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Artículo 47. "Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia". Citado en: Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

discrecionalidad para adaptarse a las obligaciones derivadas de esta norma. (...) En cualquier caso, el recurso requerido por el artículo 13 debe ser efectivo, tanto en la ley como en la práctica, en particular en el sentido de que su ejercicio no debe ser impedido injustificadamente por las acciones u omisiones de las autoridades del Estado demandado. (...)

98. (...) el artículo 13 impone a los Estados, sin perjuicio de que haya otros recursos disponibles en el ordenamiento interno, una obligación de realizar una investigación exhaustiva y efectiva de los incidentes de tortura.”(Traducción no oficial) (Subrayado fuera de texto).¹⁴⁰

4.3.2 La víctima en el derecho internacional humanitario

El “Protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de la víctimas de conflictos armados sin carácter internacional”, celebrado en Ginebra el 8 de junio de 1977, ratificado por Colombia por la Ley 171 de 1994 (Diario Oficial 41640 de diciembre 20 de 1994, entró en vigor general el 7 de diciembre de 1978), en su artículo 4º, numeral 2, establece:

Sin perjuicio del carácter general de las disposiciones que preceden, estarán y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las personas a que se refiere el párrafo primero:

- a) *Los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las persona, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal.*
- b) *Los castigos colectivos.*
- c) *La toma de rehenes.*
- d) *Los actos de terrorismo.*

¹⁴⁰ Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso Aksoy vs Turquía*. Corte Constitucional. *Sentencia del 18 de diciembre de 1996*. Citado en. Corte Constitucional. *Sentencia C-228 de 2002*. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

- e) *Los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes o degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor.*
- f) *La esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas.*
- g) *EL pillaje.*
- h) *Las amenazas de realizar los actos anteriores.*

El artículo 32 del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 consagra el “*derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros*”, lo que no se puede interpretar restrictivamente al campo económico, como bien nos lo recuerda la Corte Constitucional al comentar sobre éste punto el tratado suscrito en medio del conflicto en la Antigua República de Yugoslavia “entre Croacia y Bosnia y Herzegovina, concluido el 21 de noviembre de 1995, en Dayton (Estados Unidos) y firmado en Paris el 14 de Diciembre de 1995, en los siguientes términos (traducción no oficial):

2. Los Estados Parte se comprometen a permitir el registro de tumbas y la exhumación de cadáveres de fosas individuales o colectivas que se encuentren en su territorio, así como el acceso de personal autorizado dentro de un periodo de tiempo definido para la recuperación y evacuación de los cadáveres de militares o civiles muertos con ocasión del conflicto armado y de los prisioneros de guerra fallecidos.¹⁴¹

4.3.3 La víctima en el sistema interamericano

La Corte Interamericana ha señalado en su jurisprudencia que conforme a la Convención Americana son claros derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y la reparación.

¹⁴¹ Corte Constitucional. *Sentencia C-228 de 3 de abril de 2.002*. Magistrados ponentes Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

El derecho a la reparación que es el que tradicionalmente se ha manejado y que está sustentado en el principio de restablecimiento del derecho o de reparación del daño.

El derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos y el juzgamiento de los responsables conforme a los parámetros de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.¹⁴² Este derecho a la verdad no se limita solo a la víctima directa y sus familiares, también incluye a la sociedad, cuando ésta es afectada por la violencia generalizada, a fin de que los sucesos no se repitan.¹⁴³

El derecho a la justicia surge de la interpretación armónica de los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana de Derechos Humanos y de los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana. En este sentido ha dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que:

Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para facilitar el acceso de las víctimas a recursos adecuados y efectivos tanto para denunciar la comisión de estos crímenes como para lograr la reparación del daño sufrido y de esa forma contribuir a prevenir su repetición.

A su vez,

Los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” establecen que los Estados deben:

¹⁴² Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C N° 70. Párrafo 201.*

¹⁴³ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Barrios Altos. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C N° 75.*

- a. dar a conocer por medio de mecanismos oficiales y privados, todos los recursos disponibles contra las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario;
- b. adoptar, durante los procedimientos judiciales, administrativos o de otra índole que afecten a los intereses de las víctimas, medidas para proteger su intimidad, según proceda, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos, contra todo acto de intimidación o represalia; y
- c. utilizar todos los medios diplomáticos y jurídicos apropiados para que las víctimas puedan ejercer su derecho a interponer recursos y obtener reparación por las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos o del derecho internacional humanitario.¹⁴⁴

4.3.4 La víctima en el Estatuto de Roma

El 17 de julio de 1998, la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional para el juzgamiento de personas por la comisión de crímenes de grave trascendencia para la comunidad internacional.

La Corte Penal Internacional se compone de la presidencia, una sección de apelaciones, una sección de primera instancia, una sección de cuestiones preliminares, la fiscalía y la secretaría, y sus funciones son realizadas en cada sección en salas que se componen de magistrados asignados a las secciones según la naturaleza de las funciones que correspondan a cada una y de sus calificaciones y experiencia, de tal forma que en cada sección haya una combinación apropiada de especialistas en derecho y procedimiento penal y en derechos internacional.

¹⁴⁴ Comisión Interamericana De Derechos Humanos. *Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia*. Diciembre 13 de 2004. Párrafo 41. Tomado de CASAS, Luis Francisco. *La víctima en el sistema procesal de la ley 906 de 2004. Temas socio jurídicos*. En: Revista del centro de investigaciones socio jurídicas. Volumen 23. N° 48. Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga. Julio 2005. Pág. 151 - 152

El Estatuto de Roma otorga competencia a la Corte Penal Internacional, que tiene sede en La Haya, respecto del genocidio¹⁴⁵, los crímenes de lesa humanidad¹⁴⁶, los crímenes de guerra¹⁴⁷ y el crimen de agresión.¹⁴⁸

Aunque esta Corte es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales, es importante el hecho de que se vincule a las Naciones Unidas y esté acorde con sus propósitos y principios (preámbulo), logrando el reconocimiento efectivo de los derechos fundamentales de las víctimas de los delitos al actuar de conformidad con la Resolución 40/34 de la Asamblea General, en la cual como se mencionó con anterioridad aparte de la definición de víctimas, se establecen una serie de derechos fundamentales, como el de acceso a la justicia y trato justo, el resarcimiento, la indemnización y asistencia.

El Estatuto de Roma menciona en diferentes partes a las víctimas, reconociéndoles un papel principal en los procesos:

1. El artículo 53 numeral 2, como una forma de principio de oportunidad, le permite al fiscal abstenerse de proceder al enjuiciamiento si existen razones sustanciales para creer que el mismo no redundaría en interés de la justicia, sin embargo, para adoptar esta decisión debe tener en cuenta, como criterio principal, entre otros factores los intereses de las víctimas.
2. El artículo 55 establece los derechos de las personas durante la investigación, norma que ampara también a las víctimas.

¹⁴⁵ Cfr. Estatuto de Roma artículo 6.

¹⁴⁶ Cfr. *Ibidem*, artículo 7.

¹⁴⁷ Cfr. *Ibidem*, artículo 8.

¹⁴⁸ Cfr. *Ibidem*, artículo 5.

3. El artículo 57 señala como una de las funciones específicas de la sala de cuestiones preliminares la de asegurar la protección y el respeto de la intimidad de las víctimas y testigos.
4. La sala de primera instancia debe velar porque el juicio sea justo y expedito y se sustancie con pleno respeto de los derechos del acusado, teniendo en cuenta los derechos de las víctimas,¹⁴⁹ así podrá, en el desempeño de sus funciones antes o durante el juicio, adoptar las medidas necesarias para la protección de las víctimas.
5. El artículo 68 del Estatuto de Roma regula las disposiciones tendientes a proteger a las víctimas y testigos, en especial en relación con su participación en los procesos penales que se adelanten ante la Corte Penal Internacional. Dentro de esta disposición se destaca el derecho que tiene la víctima a presentar observaciones sobre la competencia de la Corte o la admisibilidad de la causa, a que se haga una presentación completa de los hechos de la causa en interés de la justicia, a ser tratadas con dignidad, a que se proteja su seguridad e intimidad, a que se tengan en cuenta sus opiniones y observaciones, a ser reparadas materialmente y a apelar ciertas decisiones que afecten sus intereses.
6. La secretaría establecerá una dependencia de víctimas y testigos, la cual, en consulta con la fiscalía, deberá adoptar las medidas de protección y dispositivos de seguridad, y prestará asesoramiento y asistencia a víctimas y testigos. Esta dependencia igualmente, asesorará a la Corte sobre las medidas que deba adoptar en protección y asistencia a las víctimas.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Cfr. *Ibidem*, artículo 54, 2.

¹⁵⁰ Cfr. *Ibidem*, artículos 43,6 y 68, 4.

7. EL artículo 75 se ocupa de *“la reparación de las víctimas”*, entendiendo por tal la restitución, la indemnización y la rehabilitación que debe otorgarse a las víctimas o sus causahabientes.

El Estatuto de Roma además dispone que por decisión de los Estados parte se establecerá un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas y de sus familias que será administrado según los criterios que fije la asamblea de los Estados parte.

En materia de cooperación internacional y asistencia judicial se dice que la Corte podrá formular solicitudes de cooperación con los Estados parte, las cuales deberán tramitarse por vía diplomática, y en relación con las medidas que adopte para proteger la seguridad y el bienestar físico o psicológico de las víctimas y sus familiares, podrá solicitar que toda información sea transmitida y procesada de manera que proteja la seguridad y el bienestar físico o psicológico de las víctimas.

Finalmente se establece la obligatoriedad de los Estados parte a cumplir las solicitudes de asistencia formuladas por la Corte en relación con las investigaciones o enjuiciamientos penales a fin de proteger a las víctimas.

4.3.5 La víctima y el Bloque de Constitucionalidad

Existe en el ordenamiento jurídico colombiano una institución de naturaleza sustantiva, con grandes repercusiones procesales, y que de cuya aplicación resultan favorecidas no sólo las personas imputadas de la comisión de un delito, sino también las víctimas. Esta institución es la contemplada en el artículo 93 y 94 de la Carta Política, de donde surge un concepto doctrinario y jurisprudencial denominado *“Bloque de Constitucionalidad”*.

Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

En desarrollo de estas directrices constitucionales las legislaciones penales sustantiva y procedimentales (leyes 599 y 600 de julio 24 del año 2000), consagraron como norma rectora el principio de integración en sus artículos segundos, en los cuales se establece que “las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consagrados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este Código”.

Por su parte la ley 906 de 2004, por la cual se expide el actual Código de Procedimiento Penal, en su artículo 3º señala como principio rector la prelación de los tratados internacionales así: “En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar parte del bloque de constitucionalidad”.

El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato de la propia Carta. Dichos lineamientos son auténticos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel

constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional en estricto sentido.¹⁵¹

La Corte Constitucional en diferentes sentencias se ha pronunciado sobre la integración de las normas de derecho internacional humanitario en un bloque de constitucionalidad, señalando la importancia de tener en cuenta que estos convenios hacen parte del cuerpo normativo de los derechos humanos, puesto que tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto como los convenios de derecho humanitario son normas de *Ius Cogens* que buscan, ante todo, proteger la dignidad de la persona humana. Son pues normatividades complementarias que, bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana. La diferencia es entonces de aplicabilidad, puesto que los unos están diseñados, en lo esencial, para situaciones de paz, mientras que los otros operan en situaciones de conflicto armado, pero ambos cuerpos normativos están concebidos para proteger los derechos humanos.¹⁵² Así, ésta Corporación ya había señalado que “el derecho internacional humanitario constituye la aplicación esencial, mínima e inderogable de los principios consagrados en los textos jurídicos sobre derechos humanos en las situaciones extremas de los conflictos armados”.¹⁵³

El artículo 93 de la Carta establece la prevalencia en el orden interno de ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. La Corte ha precisado que para que opere la prevalencia de tales tratados en el orden interno, “es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte,

¹⁵¹ Cfr. BERNAL, Cuellar Jaime y MONTEALEGRE, Lynett Eduardo, *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004. Pág. 75

¹⁵² Cfr. Corte Constitucional. *Sentencia C-225 de 1995*. M.P. Alejandro Martínez.

¹⁵³ Cfr. *Ibidem*, *sentencia C-574 de 1994*. M.P. Ciro Angarita Barón.

el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea, de aquellos cuya limitación se prohíba en los estados de excepción”.¹⁵⁴

En tales circunstancias es claro que los tratados de derecho internacional humanitario, como los Convenios de Ginebra de 1949 o el Protocolo I, o este Protocolo II bajo revisión, cumplen tales presupuestos, puesto que ellos reconocen derechos humanos que no pueden ser limitados ni durante los conflictos armados, ni durante los estados de excepción.¹⁵⁵

Señala la Corte como a partir de todo lo anterior se concluye que los convenios de derecho internacional humanitario prevalecen en el orden interno. Sin embargo, ¿Cuál es el alcance de esta prevalencia? algunos doctrinantes la han entendido como una verdadera supraconstitucionalidad, por ser estos convenios normas de *Ius Cogens*. Esto puede ser válido desde la perspectiva del derecho internacional puesto que, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Con menor razón aún podrán los Estados invocar el derecho interno para incumplir normas del *Ius Cogens* como las del derecho internacional humanitario. Pero desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, esta interpretación debe ser matizada, puesto que la Constitución es norma de normas.¹⁵⁶

¿Cómo armonizar entonces el mandato del artículo 93 que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos, con el artículo 4º que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución?

La Corte considera que la noción de “*bloque de constitucionalidad*”, proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional

¹⁵⁴ Cfr. Ibídem, *sentencia C-295 de 1993*. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁵⁵ Cfr. Ibídem, *sentencia C-225 de 1995*. M.P. Alejandro Martínez.

¹⁵⁶ Cfr. Constitución Política. *Artículo 4º*.

comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4º y 93 de nuestra Carta, señalando que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (C.P Art. 93 y 214 numeral 2º) es que estos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas, con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción.

Es entonces, con base al bloque de constitucionalidad que adquieren verdadera importancia y se hace posible la real aplicación de los instrumentos internacionales mencionados al inicio de este capítulo, lográndose hacer efectivas las garantías fundamentales establecidas en los convenios y tratados internacionales a favor de las víctimas de los delitos, entre los cuales podríamos citar *“los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”* y *“el conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Derecho a la verdad, la justicia y la reparación”*; los primeros, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/30 de 29 de noviembre de 1985, en donde aparecen temas tan importantes como el concepto de víctima, el acceso a la justicia y trato justo, el resarcimiento, la indemnización y la asistencia a las víctimas; sobre los cuales se hicieron varias precisiones en la parte inicial de este capítulo; los segundos referidos al anexo final del relator especial acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violación de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) E/CN.C4 Sub.2/1997/20/Rev.1 presentado a la comisión de derechos humanos en 1998. Sobre este último es importante destacar que si bien este instrumento tiene por finalidad frenar la impunidad respecto de los crímenes aberrantes y las violaciones de derechos humanos en

los Estados, en él se encuentran instituciones de superlativa importancia que en virtud del bloque de constitucionalidad se pueden trasladar a nuestras normas internas, tales como: el derecho de las víctimas a saber o a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos; derecho a la justicia, es decir, a la garantía que tiene toda persona que ha padecido las consecuencias del delito, de obtener pronunciamiento de los tribunales y por último el derecho a obtener reparación, el cual se fundamenta en que toda violación de un derecho humano da lugar, correlativamente, a la facultad de la víctima o de sus derechohabientes a obtener reparación. Lo anterior implica el deber del Estado de reparar y el derecho de dirigirse contra el autor del comportamiento delictivo.

4.4 Las víctimas del delito en el derecho colombiano

Como bien lo señala el autor Julio Andrés Sampredo Arrubla¹⁵⁷ la historia del derecho penal y procesal penal coincide con una progresiva marginación de la figura de las víctimas del delito del modelo de justicia penal. En Colombia tanto en la ley como en la jurisprudencia orientadas por la dogmática tradicional se utilizan expresiones como “*sujeto pasivo*” o “*perjudicado*”, o incluso “*víctima*” para referirse al titular del bien jurídico protegido con la norma y limita sus derechos a la simple reparación económica sin tener en cuenta que “*con la Constitución Política de 1991, en la cual se adoptó el modelo de Estado social y democrático de derecho se impone el reconocimiento, para las víctimas del delito, de derechos que incluyen, pero superan el contenido patrimonial*”.

La legislación penal sólo permitía la entrada al sujeto pasivo de la infracción mediante el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal. El Código Penal, Decreto 100 de 1980, en su artículo 104 señala como titulares de la acción indemnizatoria a las personas naturales, o sus sucesores, y las personas jurídicas

¹⁵⁷ SANPEDRO, Arrubla Julio Andrés. *¿Quiénes son las víctimas del delito? La redefinición del concepto desde la victimología*. En: Revista Derecho Penal y Criminología. Volumen XXI. N° 67. Septiembre - Diciembre. 1999. Pág. 164.

perjudicadas por el hecho punible, dejando la regulación para el ejercicio de dicha acción en manos del Código de Procedimiento Penal. Además en su artículo 104 señala que con el hecho punible se origina la obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan, obligación que prevalece sobre cualquiera otra que contraiga el responsable después del cometido el hecho y aun respecto de la multa.

La Constitución de 1991, los decretos 2699¹⁵⁸ y 2700¹⁵⁹ del 30 de noviembre del mismo año, la ley 104 de 1993 el decreto 2238 de 1995, la ley 241 de 1995 y la ley 270 de marzo 7 de 1996¹⁶⁰, se han matriculado en la tendencia moderna que se orienta a darle mayor protagonismo e importancia a la víctima o perjudicado con el delito y con hechos dañosos.

Es en la Constitución Política de 1991 que se comienza a hacer alusión de manera expresa la obligación que tiene el Estado de salvaguardar las garantías de los sujetos pasivos y los perjudicados por las conductas punibles.

El artículo 250 numeral 4º de la Constitución Política, antes de la reforma realizada a través del Acto Legislativo 003 de 2002, se establecía como una función básica de la Fiscalía *“velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso”*.

En desarrollo de este mandato constitucional, en el primer Estatuto Orgánico de la Fiscalía, el Decreto 2699 de noviembre de 1991, se estableció que la Fiscalía tendría una dependencia denominada *Oficina de Protección a Víctimas y Testigos* encargada de asesorar al Fiscal General en la definición de las políticas relacionadas con la protección de las víctimas e intervinientes en el proceso penal.

¹⁵⁸ Primer Estatuto Orgánico de la Fiscalía. Decreto 2699 de noviembre 30 de 1991.

¹⁵⁹ Código de Procedimiento Penal. Decreto 2700 de noviembre 30 de 1991.

¹⁶⁰ Ley Estatutaria de la administración de justicia.

El primer Código de Procedimiento Penal diseñado después de la Constitución de 1991, fue el Decreto 2700 de 1991, en el cual se consagraron algunas instituciones que desarrollaron el tema de protección a las víctimas. En su artículo 11 se indicaba que “la Fiscalía General de la Nación dentro de la actuación procesal proveerá la protección y asistencia a las víctimas y testigos en el proceso que lo requieran para garantizar el restablecimiento del derecho y la cooperación judicial plena y libre”.

Así mismo, en su artículo 28 se introduce la novedad denominada “acceso al expediente y aporte de pruebas por el perjudicado”; norma que dio luz verde para permitir a la víctima o perjudicado por la conducta punible ejercer el derecho de petición ante el funcionario judicial, con el fin de obtener información o hacer solicitudes específicas en las decisiones que los afectan.

En el artículo 38 se consagra la institución de *la conciliación*, que puede operar en cualquier fase de la actuación procesal, concediéndole una participación más activa a las víctimas y perjudicados en lo relacionado con la reparación de perjuicios.

En el artículo 43 se regula lo relacionado con *la constitución de parte civil dentro del proceso penal*, la cual concede todo tipo de garantías a quien se considere perjudicado por el delito, con el fin de que haga valer sus pretensiones. Se da la posibilidad de ejercer la acción civil, individual o popular, dentro o fuera del proceso penal, a elección de su titular. Señala como titulares de dicha acción, además de las personas naturales o jurídicas perjudicadas, a los herederos o sucesores de aquellas, ya mencionadas por el Código Penal, al Ministerio Público y al actor popular cuando se afecten intereses colectivos.

Este mismo artículo en su inciso segundo señala que si el titular de dicha acción indemnizatoria no tuviere la libre administración de sus bienes, y optare por

ejercitarla dentro del proceso penal, debe constituirse en parte civil mediante demanda presentada por su representante legal y en caso de carecer de este, o estuviera ausente o impedido, o se presentare conflicto entre sus padres cuando aquél estuviere sujeto a patria potestad, el funcionario judicial debe proceder a designarle un curador *ad litem* de acuerdo con lo previsto en la legislación procesal civil.

También se regularon las medidas de embargo y secuestro y las normas sobre liquidación de perjuicios en los artículos 52 y siguientes, tendientes a evitar que los llamados a responder patrimonialmente se valgan de negocios ficticios con apariencia de legalidad, con el fin de sustraerse al cumplimiento de su obligación resarcitoria.

Por su parte el Decreto 2699, en su artículo 23, entre otros, señala como la asistencia a las víctimas debe ser social y humanitaria, que busca el apoyo anímico y social de la víctima de un delito (la angustia de quien ve morir a sus parientes, del que sufre el secuestro de un ser querido, la mujer víctima de un delio sexual violento, etc.), quienes merecen atención y ayuda del fiscal y en general de los diferentes funcionarios que hacen parte de la Fiscalía General de la Nación.

La ley 104 de 1993,¹⁶¹ también consagra la protección que debe darse por parte del Estado por intermedio de la Fiscalía General de la Nación a aquellos que hayan quedado desamparados por la pérdida de sus viviendas o propiedades como consecuencia de actos terroristas, de incendios, etc.

¹⁶¹ Ley 104 de diciembre 30 de 1993. Por la cual se consagran instrumentos para la búsqueda de la convivencia y la eficacia de la justicia.

El capítulo III del Decreto 2238 de 1995¹⁶² consagra en su artículo 23 protecciones especiales a las víctimas del delito de secuestro.

El artículo 32 de la Ley 241 de 1995¹⁶³ extiende a los procesos que se adelantan ante la jurisdicción militar la protección de las víctimas.

El Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones, aprobado por la Ley 168 de 1995, se refiere en el capítulo destinado a la justicia para todos, a la *prevención del delito y a la atención de las víctimas*, disponiendo formas y mecanismos ágiles para ser atendidas física, psicológica y económicamente.

La Fiscalía General de la Nación expidió la Resolución 663 de 1993 mediante la cual organizó el programa de protección de víctimas y testigos.

El artículo 15 de la Ley 360 de febrero 1 de 1991¹⁶⁴, consagra expresamente:

Derechos de las víctimas de los delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana". Toda persona víctima de los delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana tiene derecho a ser tratada con dignidad, privacidad y respeto durante la entrevista o actuación con fines médicos, legales o de asistencia. Ser informada acerca de los procedimientos legales que derivan del hecho punible. Ser informada de los servicios disponibles para atender las necesidades que le haya generado el delito. Tener acceso a un servicio de orientación y consejería gratuita para ella y su familia, atendido por personal calificado. Tener acceso gratuito a los servicios de examen y tratamiento para la prevención de enfermedades venéreas incluido el VIH/sida; examen y tratamiento para trauma físico y emocional; recopilación de evidencia médico legal; ser informada sobre la

¹⁶² Decreto 2238 de diciembre 21 de 1995. Por el cual se dictan medidas tendientes a erradicar algunos delitos contra la libertad personal, especialmente el secuestro, la extorsión, y se dictan otras disposiciones.

¹⁶³ Ley 241 de diciembre 26 de 1995. Por la cual se prorroga la vigencia, se modifica y adiciona la ley 104 de 1993.

¹⁶⁴ Ley 360 de febrero 7 de 1997. Por medio de la cual se modifican algunas normas del título XI del libro II del decreto ley 100 de 1980 –Código Penal-, y se adiciona el artículo 417 del decreto 2700 de 1991 -Código de Procedimiento Penal-.

posibilidad de acceder a la indemnización de los perjuicios ocasionados con el delito.

La Ley 418 de diciembre 26 de 1997 en la cual se consagran instrumentos para la búsqueda de la convivencia y la eficacia de la justicia, contiene un concepto más amplio de víctimas. En su título II, sobre la atención a las víctimas de hechos violentos que se susciten en el marco del conflicto armado interno, dice que se entiende por víctimas *“aquellas personas de la población civil que sufren perjuicios en su vida, grave deterioro en su integridad personal y/o bienes, por razón de actos terroristas, combates, ataques y masacres, entre otros”*, y se le otorga al representante legal de la Red de Solidaridad Social de la Presidencia de la República la facultad de determinar, en caso de duda, si son o no aplicables las medidas a que se refiere la ley.

Todas estas instituciones fueron recogidas posteriormente, con algunas modificaciones, por las normas subsiguientes. Es así como el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación (Decreto 261 de febrero 22 de 2000), y el aún vigente Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de julio 24 de 2000), dedican espacios normativos a instituciones jurídicas tendientes a hacer menos gravosa y dolorosa la situación de quienes resulten afectados como consecuencia de la comisión de los delitos.

4.4.1 La víctima en el Código Penal de 2000

En la ley 600 de 2000, aún vigente, la víctima en el derecho penal y procesal no ha estado marginada, prueba de ello es el que la misma puede estar representada por un abogado, se le reconoce una acción civil individual¹⁶⁵ y además puede

¹⁶⁵ Ley 600 de 2000. Artículo 45. *Acción civil. Titulares.* La acción civil individual o popular para el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y colectivos causados por la conducta punible, podrá ejercerse ante la jurisdicción civil o dentro del proceso penal, a elección de las personas naturales o jurídicas perjudicadas, por los herederos o sucesores de aquellas, por el Ministerio Público o por el actor popular cuando se trate de lesión directa a bienes jurídicos colectivos. En

ejercer derecho de petición ante el funcionario judicial con el fin de obtener información (Art.30 ley 600 de 2000).¹⁶⁶ Al respecto de esto último, la Corte Constitucional en la sentencia C-228 de 2002 condicionó la constitucionalidad de dicha disposición (sobre el acceso al expediente en ejercicio del derecho de petición), en el sentido de que una vez que se haya constituido la parte civil, ésta podrá acceder directamente al expediente desde el inicio de la investigación previa, pero si aún no se ha constituido en parte civil, la víctima o perjudicado deberá acceder al expediente en la forma prevista en el artículo 30, es decir, a través del ejercicio del derecho de petición.

La constitución de parte civil otorga a la víctima el status de sujeto procesal y, como tal, adquiere todos los derechos y deberes que le son inherentes, pudiendo participar activamente en el proceso.¹⁶⁷

este último evento, sólo podrá actuar un ciudadano y será reconocido quien primero se constituya. El actor popular gozará del beneficio de amparo de pobreza de que trata el Código de Procedimiento Civil.

Si el titular de la acción indemnizatoria no tuviere la libre administración de sus bienes y optare por ejercerla en el proceso penal, se constituirá en parte civil mediante demanda presentada por su representante legal.

Artículo 47. Oportunidad para la constitución de parte civil. La constitución de parte civil, como actor individual o popular, podrá intentarse en cualquier momento. (La expresión “y hasta antes de que se profiera sentencia de única o de segunda instancia”, que hacia parte del artículo 47 de la Ley 600 de 2000, fue declarada inexecutable por la sentencia C-760/01, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra y Manuel José Cepeda Espinosa. La expresión “a partir de la resolución de apertura de instrucción” fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-228 del 3 de abril de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁶⁶ Ley 600 de 2000. *Artículo 30. Acceso al expediente y aporte de pruebas y aporte de pruebas por el perjudicado.* La víctima o el perjudicado, según el caso, podrán ejercer el derecho de petición ante el funcionario judicial con el fin de obtener información o hacer solicitudes específicas, pudiendo aportar pruebas.

El funcionario deberá responder dentro de los 10 días siguientes.

¹⁶⁷ Ley 600 de 2000. *Artículo 137. Parte civil. Definición.* Con la finalidad de obtener el restablecimiento del derecho y el resarcimiento del daño ocasionado por la conducta punible, el perjudicado o sus sucesores, a través de abogado, podrán constituirse en parte civil dentro de la actuación penal.

En todo proceso por delito contra la administración pública, será obligatoria la constitución de parte civil a cargo de la persona jurídica de derecho público perjudicada. Si el representante legal de esta última fuera el mismo sindicato, la Contraloría General de la República o las Contralorías Territoriales, según el caso, deberán asumir la constitución de parte civil; en todo caso, cuando los organismos de control fiscal lo estimen necesario en orden a la transparencia de la pretensión podrán intervenir como parte civil.

Además de esto el código procesal penal de 2000 consagra instituciones como el tercero civilmente responsable¹⁶⁸ y el llamamiento en garantía,¹⁶⁹ los cuales tienen el objetivo de desarrollar el principio de restablecimiento del derecho.

Así mismo indica en sus artículos 114 numeral 6 y 121¹⁷⁰ como una de las atribuciones de la Fiscalía General de la Nación: “*Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso*”.

Tanto en la Ley 599 de 2000, como en la Ley 600 de 2000, se reguló el tema de la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal con las siguientes características:¹⁷¹

1. la reparación de la conducta punible incluye los daños materiales y morales¹⁷² y se refiere tanto a daños individuales como colectivos.¹⁷³
2. la liquidación de los perjuicios ocasionados por el delito debe hacerse de acuerdo con lo acreditado en el proceso penal.¹⁷⁴

Cuando la perjudicada sea la Fiscalía General de la Nación, estará a cargo del Director Ejecutivo de la Administración Judicial o por el apoderado especial que designe.

¹⁶⁸ Ley 600 de 2000. *Artículo 69. Tercero civilmente responsable. Demanda.* La vinculación del tercero civilmente responsable podrá solicitarse con la demanda de constitución de parte civil o posteriormente, antes de que se profiera la providencia que ordena el cierre de la investigación, en escrito separado, el que deberá contener los mismos requisitos de la demanda de parte civil. La demanda se notificará personalmente a quien se dirija y desde el momento de su admisión se adquiere la calidad de sujeto procesal. En tal virtud, deberá dar contestación a la demanda y podrá solicitar y controvertir pruebas relativas a su responsabilidad.

¹⁶⁹ Ley 600 de 2000. *Artículo 71. Intervención de otros terceros.* Dentro del proceso penal, en ejercicio de la acción civil, podrá proponerse la denuncia del pleito y el llamamiento en garantía.

¹⁷⁰ Ley 600 de 2000. *Artículo 121. Medidas de protección a víctimas y testigos.* El Fiscal General de la Nación directamente o a través de sus delegados puede tomar las medidas necesarias para prevenir la intimidación de víctimas, testigos y demás intervinientes en el proceso, y proveerles protección y asistencia

¹⁷¹ Síntesis efectuada al respecto en la sentencia C-916/02 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Citada en la sentencia C-823 de agosto 10 de 2005. M.P. Álvaro Taffur Galvez.

¹⁷² Ley 599 de 2000. *Artículo 94. Reparación del daño.* La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella.

¹⁷³ Ley 599 de 2000. *Artículo 95. Titulares de la acción civil.* Las personas naturales, o sus sucesores, las jurídicas perjudicadas directamente por la conducta punible tienen derecho a la acción indemnizatoria correspondiente, la cual se ejercerá en la forma señalada por el Código de Procedimiento Penal. El actor popular tendrá la titularidad de la acción civil cuando se trate de lesión directa de bienes jurídicos colectivos

3. la indemnización integral de los perjuicios ocasionados para ciertos delitos, trae como consecuencia la extinción de la acción penal.¹⁷⁵
4. la regulación de medidas para garantizar la indemnización integral, de tal manera que el juez penal podrá no sólo disponer en la sentencia condenatoria el remate de bienes decomisados¹⁷⁶, sino en el curso del proceso adoptar medidas sobre los bienes del procesado.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Ley 600 de 2000. *Artículo 56. Sentencia condenatoria y pronunciamiento sobre los perjuicios.* En todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el juez procederá a liquidarlos de acuerdo a lo acreditado en la actuación y en la sentencia condenará al responsable de los daños causados con la conducta punible. Además, se pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho si a ello hubiere lugar. Cuando se haya intentado la acción popular y ésta prospere, el juez en la sentencia condenatoria deberá señalar el monto de los perjuicios colectivos ocasionados por la conducta punible. Cuando en la sentencia se condene al pago de indemnización colectiva se ordenará la constitución de un fondo conformado por el importe de la misma, administrado por el Defensor del Pueblo y destinado al restablecimiento de los daños causados con la infracción. (...) Cuando obre prueba de que el ofendido ha promovido independientemente la acción civil, el funcionario se abstendrá condenar al pago de perjuicios. En caso de hacerlo, será ineficaz la condena impuesta.

¹⁷⁵ Ley 600 de 2000. *Artículo 42. Indemnización integral.* En los delitos que admiten desistimiento, en los de homicidio culposo y lesiones personales culposas cuando no concorra alguna de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los artículos 110 y 121 del Código Penal, en los de lesiones personales dolosas con secuelas transitorias, en los delitos contra los derechos de autor y en los procesos por los delitos contra el patrimonio económico cuando la cuantía no exceda de doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes, la acción penal se extinguirá para todos los sindicados cuando cualquiera repare integralmente el daño ocasionado. Se exceptúan los delitos de hurto calificado, extorsión, violación a los derechos morales de autor, defraudación a los derechos patrimoniales de autor y violación a sus mecanismos de protección. (...) La reparación integral se efectuará con base en el avalúo que de los perjuicios haga un perito, a menos que exista acuerdo sobre el mismo o el perjudicado manifieste expresamente haber sido indemnizado.

¹⁷⁶ Ley 600 de 2000. *Artículo 67. Comiso.* (...) Los bienes incautados, destinados directa o indirectamente para la producción, reproducción, distribución, transporte o comercialización de los ejemplares o productos ilícitos, podrán ser embargados y secuestrados o decomisados de oficio y, previo avalúo, los que no deban ser destruidos se adjudicarán en la sentencia condenatoria a los perjudicados con la conducta punible a título de indemnización de perjuicios o se dispondrá su remate para tal fin.

¹⁷⁷ Ley 600 de 2000. *Artículo 50. Admisión de la demanda y facultades de la parte civil.* Admitida la demanda de parte civil, ésta quedará facultada para solicitar la práctica de pruebas orientadas a demostrar la existencia de la conducta investigada, la identidad de los autores o partícipes, su responsabilidad, y la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados. Podrá igualmente denunciar bienes del procesado y solicitar su embargo y secuestro, e interponer recursos contra las providencias que resuelvan sobre las materias de que trata este artículo. *Artículo 62. Prohibición de enajenar.* El sindicado dentro del proceso penal no podrá enajenar bienes sujetos a registro durante el año siguiente a su vinculación, a menos que esté garantizada la indemnización de perjuicios o se hubiere producido pronunciamiento de fondo sobre su inocencia. Esta obligación deberá ser impuesta expresamente en la diligencia de indagatoria. Cualquier negociación que se

5. la determinación de los obligados, de tal forma que el juez penal podrá llamar a quienes, según la ley sustancial, estén obligados a responder solidariamente¹⁷⁸
6. cuando no es posible la determinación objetiva de los perjuicios, se acude a los criterios que establece el Código Penal¹⁷⁹
7. la solicitud de la reparación ante la jurisdicción civil, excluye la posibilidad de acudir a la jurisdicción penal para reclamar la reparación de los perjuicios¹⁸⁰

haga sobre los bienes sin autorización del funcionario judicial, será nula y así se lo deberá decretar en la sentencia. No obstante, en el curso del proceso, se podrá cancelar provisionalmente el registro del negocio jurídico. (...) Artículo 63. *Autorizaciones especiales*. El funcionario judicial podrá autorizar que se realicen operaciones mercantiles sobre los bienes descritos en el artículo anterior, cuando aquellas sean necesarias para el pago de los perjuicios. Igual autorización procederá para los bienes entregados en forma provisional. El negocio jurídico deberá ser autorizado por el funcionario, y el importe deberá consignarse directamente a órdenes del despacho judicial. Cuando la venta sea necesaria en desarrollo del giro ordinario de los negocios del sindicato o esté acreditada la existencia de bienes suficientes para atender una eventual indemnización, se podrá autorizar aquella. (subrayado fuera de texto).

¹⁷⁸ Ley 599 de 2000. *Artículo 96. Obligados a indemnizar*. Los daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, están obligados a responder. Ley 600 de 2000, Artículo 46. *Quiénes deben indemnizar*. Están solidariamente obligados a reparar el daño y a resarcir los perjuicios causados por la conducta punible las personas que resulten responsables penalmente y quienes, de acuerdo con la ley sustancial, deban reparar el daño.

¹⁷⁹ Ley 600 de 2000. *Artículo 56. Sentencia condenatoria y pronunciamiento sobre los perjuicios*. (...) En los casos de perjuicios no valorables pecuniariamente, la indemnización se fijará en la forma prevista en el Código Penal.

¹⁸⁰ Ley 600 de 2000. *Artículo 48. Requisitos*. (...) La manifestación, bajo la gravedad de juramento, que se entiende prestado con la presentación de la demanda, de no haber promovido proceso ante la jurisdicción civil, encaminado a obtener la reparación de los daños y perjuicios ocasionados con la conducta punible. (...) Artículo 52. *Rechazo de la demanda*. La demanda será rechazada cuando esté acreditado que se ha promovido independientemente la acción civil por el mismo demandante, que se ha hecho efectivo el pago de los perjuicios, que se ha producido la reparación del daño o que quien la promueve no es el perjudicado directo. También procede el rechazo cuando la demanda se dirija contra el tercero civilmente responsable y la acción civil se encuentre prescrita. En cualquier momento del proceso, en que se acredite cualquiera de las situaciones descritas, mediante providencia interlocutoria se dará por terminada la actuación civil dentro del proceso penal.

8. la obtención del beneficio de suspensión condicional de la ejecución de la pena, puede ser supeditada a que se efectúe la reparación integral de los perjuicios;¹⁸¹ y,
9. En la sentencia condenatoria debe incluirse la condena en perjuicios cuya existencia haya sido demostrada en juicio, a menos que exista prueba de que se promovió de manera independiente la acción civil de indemnización.¹⁸²

4.4.2 La víctima en la Ley 906 de 2004

La relevante posición de la víctima en el derecho constitucional colombiano y en el derecho internacional contemporáneo, tiene como consecuencia que el derecho procesal penal no sólo debe regular y controlar el poder sancionador del Estado en beneficio del acusado como destinatario de muchas garantías del proceso, sino

¹⁸¹ Ley 600 de 2000. *Artículo 483. Procedencia.* Para conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, se dará cumplimiento a lo dispuesto en el Código Penal y se fijará el término dentro del cual el beneficiado debe reparar los daños ocasionados con la conducta punible. Cuando existan bienes secuestrados, decomisados o embargados, que garanticen íntegramente la indemnización, no se fijará término para la reparación de los daños. *Artículo 484. Ejecución de la pena por no reparación de los daños.* Si el beneficiado con la suspensión condicional de la ejecución de la pena, sin justa causa, no reparare los daños dentro del término que le ha fijado el juez, se ordenará inmediatamente el cumplimiento de la pena respectiva y se procederá como si la sentencia no se hubiere suspendido. *Artículo 489. Exigibilidad del pago de perjuicios.* La obligación de pagar los perjuicios provenientes de la conducta punible para gozar de la suspensión condicional de la ejecución de la pena será exigida a menos que se demuestre que el condenado se encuentra en imposibilidad económica de hacerlo.

¹⁸² Ley 600 de 2000. *Artículo 56. Sentencia condenatoria y pronunciamiento sobre los perjuicios.* En todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el juez procederá a liquidarlos de acuerdo a lo acreditado en la actuación y en la sentencia condenará al responsable de los daños causados con la conducta punible. Además, se pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho si a ello hubiere lugar. Cuando se haya intentado la acción popular y ésta prospere, el juez en la sentencia condenatoria deberá señalar el monto de los perjuicios colectivos ocasionados por la conducta punible. Cuando en la sentencia se condene al pago de indemnización colectiva se ordenará la constitución de un fondo conformado por el importe de la misma, administrado por el Defensor del Pueblo y destinado al restablecimiento de los daños causados con la infracción. En los casos de perjuicios no valorables pecuniariamente, la indemnización se fijará en la forma prevista en el Código Penal. Cuando obre prueba de que el ofendido ha promovido independientemente la acción civil, el funcionario se abstendrá condenar al pago de perjuicios. En caso de hacerlo, será ineficaz la condena impuesta.

que también debe hacer efectivos los derechos de la víctima, quien ha padecido el delito.

El Código de Procedimiento penal no se refiere a la parte civil, como concepto procesal tradicional, sino que hace alusión a la víctima, la que es definida en el artículo 132 como:

Las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto.

En este nuevo sistema penal, la víctima es considerada como interviniente, lo cual se entiende como una persona que participa en el proceso penal, pero sin la condición de parte, situación que para algunos resultaría dándole a la víctima un status “degradado” frente a esta. Pero es a partir del proferimiento de una sentencia condenatoria en donde la víctima se toma como una parte en el proceso, como sujeto procesal, al dársele la posibilidad de adelantar el denominado incidente de reparación integral, que se tratará en extenso adelante.

Como lo describen Granados y Peña en su artículo *Tratamiento a la Víctima en el nuevo sistema procesal penal colombiano*, en el nuevo Código Procesal Penal aparece como innovación y sin lugar a dudas, evidencia del interés en revalorizar el papel de la víctima, la incorporación, como principio rector para todo el procedimiento penal, la garantía del acceso de las víctimas al sistema judicial y los derechos que dentro del mismo deben tener; superándose así el mandato del artículo 21 del Código de Procedimiento Penal del 2000 en el que se establecía que *el funcionario judicial deberá adoptar las medidas necesarias para que cesen*

*los efectos creados por la comisión de la conducta punible, las cosas vuelvan al estado anterior y se indemnicen los perjuicios causados por la conducta punible.*¹⁸³

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que es deber de la Fiscalía General de la Nación adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad personal o familiar del ofendido, así como evitar que se incurra en ataques a su intimidad o dignidad, para el logro de estos objetivos, el Acto Legislativo 003 de 2002 asignó diversas responsabilidades a la Fiscalía en relación con las víctimas, tales como:

1. Solicitarle al juez de control de garantías las medidas necesarias para “*la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas*”
2. Solicitarle al juez de conocimiento las medidas judiciales indispensables para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito; y
3. velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y los demás intervinientes en el proceso penal.

En relación con estas funciones, la Corte Constitucional¹⁸⁴ se pronunció al respecto y manifestó lo siguiente:

En tal sentido, mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 se replantearon las funciones que debe cumplir la Fiscalía General de la Nación en relación con las víctimas, en el sentido de al momento de que el juez de control de garantías decida adoptar medidas restrictivas de la libertad debe tener en cuenta la protección de la comunidad, con especial énfasis en las víctimas; se le impone la labor de solicitarle ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, y al mismo tiempo, se faculta al órgano de investigación

¹⁸³ Cfr. MURILLO, Granados Adolfo y PEÑA, Barrios William. *Tratamiento a la víctima en el nuevo sistema procesal colombiano*.

¹⁸⁴ Corte Constitucional. *Sentencia C – 591 de 2005*. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

para requerirle al juez de conocimiento el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los sujetos pasivos de un delito. De igual manera, se conserva la función constitucional de la Fiscalía de proteger a las víctimas y testigos, habiéndose ampliado tal deber frente a los jurados en causas criminales. A su vez, la regulación constitucional de las facultades de la Fiscalía en el tema de víctimas, debe ser interpretada de conformidad con los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, consagrados en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos.

En relación con las funciones establecidas en el artículo 250 de la Constitución, en sus numerales 6º y 7º se puede afirmar que, en primer lugar, en las disposiciones en comento, se establecen obligaciones diferentes dentro del proceso penal, así por un lado (num. 6) es posible solicitar al juez de conocimiento la adopción de “*medidas judiciales*” de asistencia a la víctima y de otro lado, a través del numeral 7º se le asigna a la Fiscalía el deber de proteger a la víctima.

4.4.2.1 Protección a la víctima

El numeral 6º del artículo 250 de la Constitución establece que es deber de la Fiscalía:

6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

Las medidas a las que se refiere esta disposición son aquellas necesarias para asegurar que la iniciación del proceso penal no se torne en oportunidad para que los infractores de la ley penal amenacen a las víctimas (así como a los testigos y demás intervinientes en el proceso).¹⁸⁵ Para algunos autores como Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Lynett:

¹⁸⁵ BERNAL, Cuellar Jaime y MONTEALEGRE, Lynett Eduardo. Op. Cit. pág. 347.

Esta facultad tiene como objetivo hacer efectiva la acción represiva del Estado, más que la asignación de un deber de garante a la Fiscalía respecto de los derechos de los perjudicados por los hechos punibles. La protección que se brinda está directamente relacionada con otros aspectos propios del proceso penal, como la posibilidad de que la víctima se haga presente en el proceso, libre de amenazas, o que comparezcan testigos, que temen por sus derechos, por razón del proceso mismo.

De la misma manera, los autores en comentario opinan que este mandato constitucional no abarca a los perjudicados por el delito, ya que, si así fuera, esto convertiría a la Fiscalía en garante de personas indeterminadas que no están vinculadas directamente al proceso penal.

4.4.2.2 Medidas judiciales para la asistencia de las víctimas

Para la explicación de este punto, se hace referencia a la guía introductoria al sistema penal acusatorio elaborada por la Fiscalía General de la Nación.¹⁸⁶

Por asistencia se entiende el conjunto de acciones tendientes a informar y orientar a la víctima con el fin de disminuir el impacto de la conducta punible dentro de la actuación penal, en el orden personal, psicológico, familiar y social, y brindar la posibilidad de proporcionar soluciones reales y concretas a la problemática planteada.

Se aplica por el fiscal director de la investigación o la Policía Judicial cuando entren en contacto con la persona que acredite sumariamente, dentro de la actuación penal, su condición de víctima.

La asistencia puede ser de orden médico, psicológico, social, legal y toda la demás que busque disminuir las consecuencias que se deriven de la conducta

¹⁸⁶ Cfr. Fiscalía General de la Nación. *Guía de introducción al sistema penal acusatorio colombiano*. Versión Preliminar, diciembre 23 de 2004.

punible. Dicha asistencia será brindada por las autoridades tanto gubernamentales como no gubernamentales.

Cuando la víctima se encuentre en condiciones de escuchar y valorar la información sobre sus derechos, el fiscal de conocimiento, una vez identificadas las necesidades pertinentes, procederá a informarle de forma oportuna, precisa y clara el alcance de los artículos 11 y 136 del Código de Procedimiento Penal, con sus correspondientes explicaciones, guardando en todo caso la reserva legal que cobija la actuación penal.

Para brindar una información adecuada, el fiscal se cerciorará de la existencia de las instituciones más próximas que puedan ofrecer la asistencia requerida. Verificará a cuáles de ellas la víctima puede acceder con mayor prontitud.

El fiscal informará y orientará sobre las diferentes modalidades de asistencia, y las instituciones tanto gubernamentales como no gubernamentales aptas para brindarles la ayuda solicitada a las cuales se remitirá a la víctima. La remisión efectuada por el fiscal director de la investigación puede realizarse por escrito, por vía telefónica o por cualquier otro medio eficaz.

Si la víctima, al momento de acudir al Despacho del Fiscal de conocimiento, no estuviere en condiciones necesarias para exponer de manera serena sus inquietudes, el funcionario la remitirá, bien sea mediante solicitud escrita, telefónica o por otro medio, a la entidad correspondiente más próxima con el fin se le preste la ayuda adecuada (SAU, comisarías de familia etc.)

El fiscal director de la investigación le manifestará a la víctima que, en caso de que ésta lo considere necesario y oportuno, su Despacho está disponible para recibir las informaciones que tenga sobre los hechos materia de indagación y que ayuden a su esclarecimiento, así como para despejarle las inquietudes que se susciten.

Sin embargo, se debe advertir a la víctima sobre el uso adecuado y conveniente de sus derechos para prever cualquier forma de abuso de estos. Se permitirá a la víctima, al momento de solicitar la asistencia al Fiscal de conocimiento, estar acompañada de una persona de su confianza o de quien encuentra un apoyo para valerse (intérprete, traductor, etc.) El fiscal velará porque el acompañante no interfiera en el normal desarrollo de sus funciones.

El Fiscal hará seguimiento sobre la asistencia brindada a la víctima de la conducta punible. Para ello coordinará con la institución de apoyo con el fin se le brinde información acerca del desarrollo de la asistencia prestada.

Si es otra autoridad la que entra en primer contacto con la víctima, aquella le hará conocer los derechos fundamentales que le corresponden. Se indicará también que, en lo sucesivo, deberá entenderse con el fiscal director de la investigación.

Para los autores Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Linett,

Esta solicitud alude a la utilización de remedios judiciales que permitan la asistencia de las víctimas. Con ello se hace referencia a la necesidad de que alguna autoridad judicial facilite el acceso a los medios judiciales de defensa dirigidos a lograr el cumplimiento temprano de los deberes de protección de los derechos constitucionales de los afectados directos por los hechos punibles. En este orden de ideas, no puede extenderse a los perjudicados, porque sus intereses superan la necesidad de esta atención temprana, pues están directamente relacionados con el resultado del proceso.¹⁸⁷

Después de analizados los mandatos constitucionales sobre el tema, se analizarán las normas de la Ley 906 de 2004 en los cuales se establecen los derechos de las víctimas de delitos y su intervención en el proceso.

4.4.2.3 Derechos de las víctimas

¹⁸⁷ BERNAL, Cuellar Jaime y MONTEALEGRE, Linett Eduardo. Op. Cit. pág. 347.

El artículo 1º de la Ley 906 de 2004 consagra que *los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana*. En sentencia C-228 de 2002¹⁸⁸ la Corte Constitucional al respecto manifestó:

Como desarrollo del artículo 2 de la Carta, al adelantar las investigaciones y procedimientos necesarios para esclarecer los hechos punibles, las autoridades en general, y las judiciales en particular, deben propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de bienes jurídicos de particular importancia para la vida en sociedad. No obstante, esa protección no se refiere exclusivamente a la reparación material de los daños que le ocasione el delito, sino también a la protección integral de sus derechos.

El derecho de las víctimas a participar en el proceso penal, se encuentra ligado al respeto de la dignidad humana. Al tenor de lo dispuesto en el artículo primero de la Constitución, que dice que “Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana”, las víctimas y los perjudicados por un hecho punible pueden exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. (...)

Consecuentemente, se debe analizar el derecho a la igualdad que se encuentra consagrado en el artículo 4 de la Ley 906 de 2004 y reza:

Es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. El sexo, la raza, la condición social, la profesión, el origen nacional o familiar, la lengua, el credo religioso, la opinión política o filosófica, en ningún caso podrán ser utilizados dentro del proceso penal como elementos de discriminación.

El proceso adversativo busca que las partes se presenten y actúen en el proceso en una igualdad de condiciones relativa. En el modelo acusatorio debe acogerse

¹⁸⁸ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. Donde la Corte analizó el alcance de los derechos que tienen las víctimas de delitos a la verdad, la justicia y la reparación dentro del proceso penal.

una concepción material de la misma; la igual oportunidad de participar en el proceso y el igual valor de las visiones de la realidad que propone cada una de las partes sólo serán “*reales y efectivas*” en la medida en que se supere la concepción formal de la igualdad¹⁸⁹, y el diálogo se realice entre partes con iguales oportunidades para recabar información y evidencias que soporten sus alegatos.

El diálogo, en un sentido ideal, exige reconocer la igualdad inherente a cada interlocutor. Las razones de uno y otro tienen igual peso. En el proceso adversativo es necesario lograr que los adversarios se encuentren en pie de igualdad. Sólo así se logra que el proceso revista las características mínimas que permitan calificarlo de justo. Lo anterior, en tanto que lo justo está definido por la existencia misma del diálogo. Si dicho diálogo parte de una situación inicial de desequilibrio, en la cual las razones de una de las partes se encuentran, en un sentido estructural y *no como resultado de las particulares estrategias de defensa y acusación*, en una posición disminuida, por carencia de elementos empíricos que soporten sus argumentos, no existe realmente diálogo. Racionalmente, la carencia de soporte empírico para las razones aducidas ha de conducir a desechar tales razones. No serán argumentos, sino mera retórica.¹⁹⁰

La participación de la víctima y los perjudicados en el proceso se explica por la protección del derecho a la verdad, la justicia y la reparación. La víctima tiene derecho a que se esclarezca lo que ocurrió y, a partir de ello, a que se logre la reparación de los daños que el autor del hecho punible ha causado. La justicia no

¹⁸⁹ Al respecto BERNAL, Cuellar Jaime y MONTEALEGRE, Lynett Eduardo. Op. Cit. pág. 296, expresan: “Teniendo en cuenta el diálogo que se produce dentro del proceso penal, la igualdad puede abordarse desde dos perspectivas. Puede considerarse la igualdad de manera estrictamente formal, en cuanto se establece que todas las partes (siendo las más relevantes el ente acusador y el acusado) tienen la oportunidad de presentar su versión de la realidad, aportar pruebas y hacerse oír por un juez. Postura compatible con aquellos modelos en los cuales el instructor, sea un juez o un ente autónomo, tiene la carga de garantizar la igualdad de las partes dentro del proceso, al encomendársele la investigación integral”

¹⁹⁰ Cfr. Ibídem. pág. 296 – 297.

sólo se refiere a la sanción del responsable, sino que involucra medidas de justicia simbólica.

La víctima, como interviniente en el proceso, tiene la facultad para investigar por su propia cuenta y aportar evidencias al juicio. Por lo mismo, tiene acceso al juez de control de garantías para asegurar sus medios materiales. Claro está, tales solicitudes están sujetas a estrictos controles bajo el principio de proporcionalidad.

De otra parte, la víctima propiamente dicha es beneficiaria de los medios de protección que la Fiscalía puede solicitar al juez de control de garantías si implica afectaciones medias o intensas a los derechos fundamentales. Con ello, la Fiscalía goza de la oportunidad de establecer si, dadas las circunstancias del caso, la víctima ha de ser protegida frente al autor del hecho punible y para asegurar sus derechos fundamentales.¹⁹¹

En la Ley 906 de 2004, los derechos de las víctimas se encuentran consagrados en el artículo 11 que reza:

El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código.

En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

- 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;

¹⁹¹ Cfr. *Ibidem.* pág. 130 – 131.

- 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;
- i) A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley;
- j) A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos.

El artículo 11 de la Ley 906 de 2004 consagró como principio rector del procedimiento penal el que la víctima dentro de la actuación penal está facultada para conocer la existencia de la actuación penal y ser informada por las autoridades de los mecanismos para hacer efectivos sus derechos, contar con la asistencia de un abogado designado por la víctima o de oficio en el juicio y el incidente de reparación integral; así mismo tiene derecho a ser oída dentro de la actuación penal; a que se le facilite el aporte de pruebas, solicitar y obtener protección durante el proceso incluso con la privación preventiva de la libertad del inculpado, conocer los resultados de la acción penal y que sean considerados sus intereses al adoptar una decisión sobre la persecución penal, también pueden acudir ante el juez de control de garantías, presentar alegaciones dentro del juicio e interponer recursos contra determinadas decisiones del juez de conocimiento y finalmente promover y participar activamente en el desarrollo del incidente de reparación integral que suceda al fallo condenatorio.

El art. 134 ídem en desarrollo del referido principio rector, le permite solicitar al juez de garantías y al de conocimiento las medidas de atención y protección necesarias para salvaguardar la seguridad e intimidad de las víctimas.

El artículo 135 prevé que la víctima debe ser informada desde la primera intervención de los derechos y potestades que tiene dentro del juicio y los mecanismos para ejercerlas.

La Policía Judicial y el Fiscal deben informar a quien demuestre sumariamente su calidad de víctima, entre otras cosas, la forma de interponer la denuncia o querrela, el trámite posterior y su papel en ellas, la forma de obtener asistencia o asesoría jurídica gratuita, los requisitos para obtener la indemnización, los medios de defensa que tiene a su alcance, y los que puede utilizar para conocer de la actuación luego de la acusación o la preclusión, el derecho a ser escuchada antes de dar aplicación al principio de oportunidad, cuando se va a desarrollar el juicio oral, la audiencia de dosificación de la pena y la sentencia y el derecho a promover el incidente de reparación integral, con lo cual se busca garantizar a la víctima su participación en el proceso penal.

Se reconoce el derecho de la víctima a intervenir en todas las fases de la actuación penal, en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. El artículo 137, que es apenas una de las normas que materializa lo dispuesto en el artículo 250, numeral 7 constitucional, determina que la víctima puede:

1. Solicitar al fiscal medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en su contra o de sus familiares.
2. Ser interrogada, respetando su situación personal, derechos y dignidad.

3. Participar en todo el desarrollo del proceso, sin necesidad de representación judicial desde el inicio de la acción penal, y asistida por un abogado o estudiante de consultorio jurídico de facultad de derecho debidamente aprobada, desde la audiencia preparatoria. Si carece de medios para designar apoderado judicial, puede desde la investigación ser representada por uno designado de oficio si así lo solicita.

4. Tiene el derecho de promover ante el juez de conocimiento el incidente de reparación integral, una vez establecida la responsabilidad penal del acusado.

En el marco de la justicia restaurativa, el legislador ha previsto la participación activa de la víctima en la solución de las *cuestiones* derivadas del delito, a través de la conciliación preprocesal y en el incidente de reparación integral y en la mediación,¹⁹² mecanismos encaminados a garantizar la satisfacción integral de los intereses de las víctimas del punible.

En efecto, varias son las normas de la Ley 906 de 2004 que abren la posibilidad a la víctima de intervenir en las distintas etapas de la actuación penal, así;

Informada de la existencia de la investigación y luego de la imputación, puede solicitar la adopción de medidas cautelares,¹⁹³ tiene derecho a asistir a todas las audiencias, sin que respecto de ella pueda restringirse la publicidad en ningún evento,¹⁹⁴ puede presentar peticiones al juez en los términos del artículo 174 ídem, igualmente deberá ser escuchada por el fiscal y el juez de garantías antes de tomar una determinación sobre la aplicación del principio de oportunidad,¹⁹⁵ así mismo, podrá intervenir en la audiencia que resuelve sobre la preclusión de la

¹⁹² Cfr. Ley 906 de 2004. Artículos 518 a 526.

¹⁹³ Cfr. *Ibidem*. Artículo 92.

¹⁹⁴ Cfr. *Ibidem*. Artículo 149.

¹⁹⁵ Cfr. *Ibidem*. Artículo 327.

investigación,¹⁹⁶ conocerá el escrito de acusación, deberá comunicársele de la audiencia de formulación de imputación y en ésta se le reconocerá su representación legal si así lo solicita.¹⁹⁷ Así mismo, la víctima podrá asistir a la audiencia preparatoria, aunque ciertamente en ella no podrá elevar solicitudes probatorias, pues los legitimados para hacerlo son las partes y por excepción el Ministerio Público.¹⁹⁸ En el juicio oral la víctima, a través de su representante legal, puede presentar alegatos en el juicio oral e impugnar la sentencia.¹⁹⁹

De otra parte aunque los artículos 132, 133 y 134 de la Ley 906 de 2004, en desarrollo del principio rector consagrado en el artículo 11 ídem, contemplan normas que no son mecanismos jurídicos de participación activa de las víctimas en el proceso penal, sí se encargan de garantizar a ésta no sólo el conocimiento sobre el desarrollo y resultado de la acción penal, sino de procurarle las condiciones de seguridad que le permitan ejercer aquellas potestades o acciones tendientes a defender sus intereses. Por ello, las disposiciones mencionadas también desarrollan el numeral 7 del artículo 250 constitucional.

Es claro, entonces, que la ley ofrece a las víctimas mecanismos que le permiten acceder a la administración de justicia con el fin de lograr la tutela judicial efectiva de sus derechos a conocer la verdad, obtener la justicia y a obtener la reparación integral de los daños ocasionados con la conducta punible.

Así las cosas, aunque el legislador no haya otorgado a la víctima la condición de *parte* dentro del proceso penal con la finalidad de conservar el *sistema de partes* propio de los esquemas de tendencia acusatoria, la víctima puede intervenir activamente dentro del proceso penal y los artículos 11, 132, 133, 134, 135 y 137 de la Ley 906 de 2004, entre otros, así lo establecen.

¹⁹⁶ Cfr. Ibídem. Artículo 333.

¹⁹⁷ Cfr. Ibídem. Artículos 337 y 340.

¹⁹⁸ Cfr. Ibídem. Artículos 355 y 357.

¹⁹⁹ Cfr. Ibídem. Artículo 188.

De otra parte, la igualdad no se garantiza *ipso facto* con la categorización de la víctima como *parte* del proceso penal. Ahora bien, aunque la participación de la víctima y del procesado no puede regirse por idénticos parámetros como quiera que están en distinta situación jurídica, tanto a la víctima como al procesado les asiste el derecho de acudir ante la administración de justicia, para la defensa o protección de sus derechos en el escenario penal, a través de recursos idóneos que garanticen los derechos de la víctima sin perjuicio o detrimento de las garantías procesales del inculpado y viceversa.

De esta forma, aunque el procesado es la parte contra quien se dirige la acción penal, es el destinatario de la imputación o acusación, es a él a quien se le sindicada de cometer la infracción penal y por tanto tiene el derecho constitucional a defenderse ciertamente en condiciones de igualdad frente a esa otra parte que es el acusador que ejerce la acción penal, hace el señalamiento punitivo y por tanto quien asume la carga de demostrar su acusación, en la víctima también concurren derechos constitucionales que deben ser garantizados por el ordenamiento legal y respetados en desarrollo del proceso, aunque para ello ciertamente no sea imprescindible reconocerle procesalmente como *parte* de la acción penal, máxime cuando su intervención efectiva no puede establecerse como condición *sine qua non* para el desarrollo de la actuación, salvo respecto de los delitos querellables, toda vez que el proceso penal puede avanzar y cumplir su objetivo, incluso en su ausencia.

Por ello, reconociendo que el proceso penal diseñado por el Acto legislativo 03 de 2002 es de tendencia acusatoria, en donde el carácter público de la acción penal, el sistema de partes y el principio de igualdad o equilibrio entre las partes, podrían fisurarse al permitir como partes del proceso a sujetos distintos al acusador y a la parte acusada, al legislador indiscutiblemente le correspondía establecer los mecanismos idóneos para garantizar a las víctimas el acceso a la administración

de justicia para obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos a conocer la verdad, obtener justicia y la reparación integral del daño sufrido.²⁰⁰

4.4.3 La posición constitucional de la víctima

Una de las innovaciones del Acto legislativo más interesantes es sin duda la función impuesta a la Fiscalía General de la Nación con relación a las víctimas.²⁰¹

De acuerdo con una primera aproximación, el constituyente ha reformulado toda la concepción existente en cuanto a la participación de las víctimas en el proceso penal que se configura a partir de tres fundamentos, a saber:

Una de las causales para la adopción de medidas restrictivas de la libertad es la relativa a la protección de la comunidad, y en el contexto de aquella la norma establece que debe haber una especial consideración a la protección de las víctimas.

El segundo fundamento constitucional le impone a la Fiscalía General de la Nación la tarea de solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas y al mismo tiempo la norma faculta al fiscal para requerir al juez a efecto de restablecimiento del derecho y reparación integral de los afectados con el delito.

El último fundamento no es novedoso y hace relación a la función tradicional de velar por la protección de las víctimas, así como la de los jurados y los testigos. No

²⁰⁰ Cfr. TÉLLEZ, Beltrán Sonia Patricia. Procuradora Auxiliar para Asuntos Constitucionales (E). *Demanda de Inconstitucionalidad parcial contra los artículos 11, 133, 134, 135, 136, 137 y 357 de la Ley 906 de 2004*, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal". [En línea] Demandante: Humberto Ardila Galindo. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño Expediente No. D-5978 Concepto No. 4019. Disponible en: www.fiscalia.gov.co.

²⁰¹ Cfr. GUERRERO, Peralta. Oscar Julián. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. Bogotá. Ediciones Nueva Jurídica, 2005. págs. 226-237.

obstante, en la misma disposición se remite a la ley para que ésta fije los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y la adopción de mecanismos de justicia restaurativa a que haya lugar.

Como puede observarse, el panorama que se les ha proyectado a las víctimas en el proceso penal colombiano promete ser interesante, al menos para superar lo que han considerado algunos como el olvido consciente de quien más tiene que perder con el proceso penal, y consecuentemente con la tradicional fórmula de remitir el problema de la víctima a la legislación civil.

En todo caso, hay que reconocer que desde 1991 la legislación procesal penal ha hecho esfuerzos apreciables, que si bien no se ubican en un campo estrictamente victimológico, sino más bien en el de la descongestión del aparato judicial, se pueden considerar como pasos importantes en la opción de soluciones alternativas que incluyen a las víctimas de algunos delitos.

Este es el caso de figuras como la conciliación o la indemnización, en las que eventualmente, resulta más acertada una solución de reparación o indemnización que la aplicación de una sanción penal propiamente dicha. En efecto, estos institutos fueron concebidos en su tiempo con el fin de aliviar las cargas de la administración de justicia penal, dándoles a los funcionarios diversas facultades para que en determinados delitos fuera menos complejo llegar a una decisión con efectos de cosa juzgada, sin menoscabo del ejercicio de persecución penal ordinario cuando esto no ocurriera.

El fundamento constitucional que puede justificar la existencia de institutos como la indemnización integral o la conciliación, lo han encontrado algunos en la noción de Estado Social y Democrático de Derecho. Esta apreciación, que está bastante familiarizada con la de la Constitución Española, promueve una relación entre el derecho constitucional y el derecho penal que apunta esencialmente a la

concepción de una política criminal respetuosa de los derechos fundamentales y a una justificación de las sanciones, según la cual la noción de Estado Social no se compadece con un derecho penal que basa sus consideraciones en una exigencia fundamentalmente retributiva de las sanciones. De esta forma lo han manifestado algunos autores como Mir Puig,²⁰² la pena debe cumplir una misión política de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos.

La posición jurídica de la víctima en el proceso penal aún muestra aristas problemáticas con pocas vías de solución.²⁰³ Es laudable que tales medidas se hayan tomado para delitos que admiten desistimiento, en los cuales la naturaleza del conflicto depende decisivamente de la iniciativa del ofendido. Pero en los delitos en donde existe cierto 'interés público en la persecución', por ejemplo las lesiones personales dolosas, el homicidio culposo o las infracciones al patrimonio cuyas características de la comisión generan mayor alarma social, las soluciones de indemnización o conciliación suelen ser insuficientes.

Este planteamiento ya ha sido probado teóricamente en Europa, a propósito de instituciones como el "*arrepentimiento activo*" del Código Penal austriaco o la "*transacción*" "*conciliación*" del derecho penal de Francia. En ambos casos el fundamento de la exención de pena o la atenuación de esta solo residen en el hecho de que se pretenda procurar a la víctima una satisfacción lo más rápida posible y efectiva de sus reclamos de reparación, frente a los cuales deben ceder las consideraciones teóricas acerca del fin de la pena en su sentido tradicional.

Además de estas consideraciones, es necesario tener en cuenta la enorme contribución que ha prestado la criminología, y más recientemente la victimología al problema de una ubicación más adecuada de la víctima en el proceso penal.

²⁰² Cfr. MIR, Puig Santiago. *Derecho Penal, PPU*. Barcelona:1996. Citado por GUERRERO, Peralta Oscar Julián. *Ibidem*. pág. 228.

²⁰³ Cfr. *Ibidem*. págs. 226 a 237.

Hasta los años ochenta, se sentía poco aprecio por las soluciones planteadas por la criminología crítica (que generó un discurso más político que científico en las reformas procesales y penitenciarias en América Latina), la victimología o las tendencias abolicionistas del sistema penal. Sin embargo, un efecto práctico del discurso victimológico se aprecia en la forma en que se constituyeron ligas y asociaciones de víctimas del crimen que propugnaron leyes complementarias que hicieran más exigentes las reformas procesales penales. Los logros de estas leyes resultan palpables en aspectos como la protección especial, la creación de fondos especiales para la atención de víctimas, y todas las disposiciones que tienden a facilitarle al ofendido el restablecimiento del daño más allá de las formulaciones meramente penales y que se han incorporado a las legislaciones latinoamericanas a principios de los noventa.

4.4.3.1 La Corte Constitucional y la protección a la víctima

La jurisprudencia constitucional colombiana, ha entrado a la consideración del problema de la víctima en el proceso penal, a partir de la discusión de las facultades que permite la acción civil, para pasar a considerar a la víctima como un verdadero sujeto procesal. En realidad, la interpretación que le ha dado la Corte Constitucional a este tópico proviene del derecho internacional de los derechos humanos y su antecedente más inmediato estaba constituido por la declaración de inconstitucionalidad frente a algunas disposiciones del Código Penal Militar, que no permitían la constitución de parte civil en los procesos adelantados ante la jurisdicción castrense.

Así, en el caso colombiano, la evolución jurisprudencial muestra aristas muy interesantes. En principio se propició una noción de los derechos de la víctima ligados necesariamente a la constitución de parte civil dentro del proceso penal, pero restringidos exclusivamente en la búsqueda de una reparación económica. A pesar de las resistencias de la doctrina, la jurisprudencia entendió que existía una

concepción constitucional amplia del ámbito de la parte civil que le permitía al legislador decidir los límites de su actuación en el proceso penal.

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el tema de las víctimas en el proceso penal colombiano en varias oportunidades, evolucionando en su labor interpretativa de la Constitución, pasando de limitar los intereses de las víctimas al reconocimiento de prestaciones de carácter económico exclusivamente, hasta llegar al momento actual en donde los derechos de las víctimas no solo se refieren al aspecto económico, sino que también se hace énfasis en sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Vale la pena destacar la sentencia C-293 de 1995²⁰⁴ en la cual se fija la posición mayoritaria de la Corte en el tema de los derechos de las víctimas del delito, se confirma la identificación de las víctimas con el sujeto pasivo y señala al comparar los derechos de las víctimas con los del sindicado, que con la regulación del momento y la interpretación de las normas que estructuran el proceso penal no se viola el principio constitucional de la igualdad, pues el trato preferente que se le da al procesado sobre las víctimas obedece a la distinta naturaleza de los derechos en juego, así, “los intereses de las víctimas o sus herederos persiguen son de naturaleza económica, mientras que el derecho que el sindicado tiene en jaque es la libertad, la alegada desigualdad entre las partes se desvanece por completo”.

Esta sentencia tiene un salvamento de voto,²⁰⁵ en el cual a pesar de mantener la identificación de víctimas con sujeto pasivo, reconoce que los derechos de las víctimas de los delitos desbordan el campo indemnizatorio y tienen relación con otros valores constitucionales.

²⁰⁴ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁰⁵ Salvamento de voto firmado por los magistrados Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz.

En efecto, se sostiene que es a la luz de los valores constitucionales que la Corte debió haber interpretado el alcance de la participación de las víctimas en el proceso penal. Y creemos que puesto que la Constitución es norma de normas, y -como tantas veces lo ha señalado esta corporación- las normas de la ley deben ser interpretadas y aplicadas del modo que mejor convenga a los mandatos constitucionales”. Desafortunadamente la interpretación de la Corporación ha sido a la inversa: a partir del sentido de una institución legal –la regulación de la parte civil por el Código de Procedimiento Penal- y de un cierto formalismo procesal en torno al inicio del proceso, la Corte ha desconocido los derechos constitucionales de las víctimas. Esta hermenéutica ha permitido que la regulación legal condicione el ejercicio de derechos constitucionales en vez de ser los principios constitucionales los que permitan determinar el sentido de las normas legales. Por eso nosotros creemos que la Corte debió partir de los derechos constitucionales de las víctimas y perjudicados, y a partir de ellos debió proceder a interpretar el sentido conforme a la Constitución de la parte civil en el procedimiento penal.

En el mismo salvamento de voto se señalan como los derechos constitucionales de la víctimas en los procesos penales: la indemnización y la búsqueda de la justicia y la verdad; mostrando además como con la Constitución de 1991 se ha variado la finalidad de la participación de las víctimas, pasando de ser la reparación económica únicamente, a la búsqueda de otros valores constitucionales.

Según lo establece la misma Corte,

De conformidad con la sentencia C-293 de 1995, el interés de la parte civil en el proceso penal era esencialmente económico: obtener una indemnización que reparase el daño causado con el delito. Por esa razón se justificaba restringir el ámbito de su participación en una etapa en la que aún no había formalmente proceso penal, tal como la investigación previa. Para la Corte, ello era necesario y deseable a fin de impedir que los ‘ánimos retaliatorios’ de la víctima pudieran llegar a interferir en la investigación y en la definición de la procedencia de la acción penal, lo cual sería contrario a la tradición liberal donde el Estado tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal.

La misma Corte Constitucional al cambiar esta antigua jurisprudencia reconoció que había tomado tal decisión a la luz de la legislación vigente, y no a partir del texto de la Constitución. De tal manera que la premisa de la cual partió la Corte fue que el legislador podía, con gran amplitud, definir los derechos de la parte civil y que, dada la definición entonces vigente, sus apreciaciones se reducían a la acción indemnizatoria.

Las distintas decisiones de la Corte Constitucional colombiana sobre esta materia mostraban un carácter divergente, pues mientras que la parte civil en el derecho procesal penal ordinario mostraba estas restricciones, en el campo del derecho procesal penal militar se le reconocían facultades más amplias. Por esta razón la Corte optó por unificar los diferentes precedentes y vincular la discusión al derecho internacional de los derechos humanos, haciendo uso de las facultades que le confiere el artículo 93 de la Constitución interpretando la normatividad interna conforme a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia.

El trayecto para llegar a esta interpretación lo traza la Corte Constitucional a partir de tres precedentes nacionales y un análisis pormenorizado de las opiniones internacionales y el derecho comparado que puede sintetizarse de la siguiente manera:

El primer precedente es la decisión C-740 de 2001,²⁰⁶ que condicionó la constitucionalidad de una disposición que regulaba el traslado para alegar a determinados sujetos procesales dentro del procedimiento especial regulado por el artículo 579 del Código Penal Militar y en la cual no se incluía de manera expresa a la parte civil. La Corte estableció en este caso que

²⁰⁶ M.P. Alvaro Tafur Gálvis.

Cuando la parte civil se haya constituido, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 305 a 310 de la Ley 522 de 1999, podrá solicitar pruebas, así como impugnar la providencia que las decreta, pues ha de entenderse que el inciso segundo del artículo 579, al señalar que se trasladará a las partes para que soliciten pruebas incluye a la parte civil, si ésta se ha constituido dentro del proceso.

El segundo precedente de esta concepción constitucional de los derechos de la víctima dentro del proceso penal militar, se encuentra en la sentencia C-1149 de 2001,²⁰⁷ en la cual la Corte señaló que los derechos de la parte civil no se limitaban exclusivamente a la búsqueda de una reparación económica.

La Corte abordó el estudio de los artículos 107 y 321 del Código de Procedimiento Penal Militar, que regulan la titularidad de la acción indemnizatoria y los fines de la constitución de la parte civil dentro del proceso penal militar y afirmó que:

El fin de la administración de justicia es hacer efectivos los derechos materiales de las personas y los procedimientos tienen que servir para hacer efectivos en este caso, los derechos de las víctimas y perjudicados con el hecho punible no sólo a la reparación del daño, sino también, a conocer la realidad de los hechos mediante la investigación respectiva a través del proceso penal y que se haga justicia sancionando a los infractores.

En esta misma decisión recalcó el derecho de las víctimas a conocer la verdad, al recurso y a la indemnización.

El último precedente nacional se encuentra en la sentencia de unificación 1184 de 2001,²⁰⁸ donde la Corte señaló que:

Las víctimas de los hechos punibles tienen no sólo un interés patrimonial, sino que comprende el derecho a que se reconozcan el derecho a saber la verdad y a que se haga justicia. El derecho a saber

²⁰⁷ M.P. Jaime Araujo Rentería.

²⁰⁸ De noviembre 13 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

la verdad implica el derecho a que se determine la naturaleza, condiciones y modo en que ocurrieron los hechos y a que se determinen los responsables de tales conductas. El derecho a que se haga 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.

Así mismo, la Corte constató el doble carácter de las garantías judiciales para el acusado y la víctima al afirmar que:

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

La anterior postura fue ratificada por la sentencia C-228 de 2002²⁰⁹ en donde expresamente indica la corte que la víctima o perjudicado con un delito no solo tiene derecho a la reparación económica de los perjuicios, como venía ocurriendo frente a la parte civil, sino que además tienen derecho a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y obtener tutela judicial efectiva.

La Corte en este fallo, indicó que el carácter de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica reconocidos a las víctimas o perjudicados por un hecho punible, pueden tener como fundamento constitucional otros derechos, en especial el derechos al buen nombre y a la honra de las personas (artículos 1º, 15 y 21 de la Constitución Política).

²⁰⁹ De abril 3 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

Así mismo señaló que

En un Estado social de derecho y en una democracia participativa (artículo 1º Constitución Política), los derechos de las víctimas de un delito resultan constitucionalmente relevantes. Por ello, el constituyente elevó a rango constitucional el concepto de víctima. Así el numeral 4 del artículo 250 de la Carta Política, señala que el Fiscal General de la Nación debe ‘velar por la protección de las víctimas’.

Como desarrollo del artículo 2 de la Carta, al adelantar las investigaciones y procedimientos necesarios para esclarecer los hechos punibles, las autoridades en general, y las judiciales en particular, deben propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de bienes jurídicos de particular importancia para la vida en sociedad. No obstante, esa protección no se refiere exclusivamente a la reparación material de los daños que le ocasione el delito, sino también a la protección integral de sus derechos.

El derecho de las víctimas a participar en el proceso penal, se encuentra ligado al respeto de la dignidad humana. Al tenor de lo dispuesto en el artículo primero de la Constitución, que dice *“Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana”*, las víctimas y los perjudicados por un hecho punible pueden exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Se vulneraría gravemente la dignidad de víctimas y perjudicados por hechos punibles, si la única protección que se les brinda es la posibilidad de obtener una reparación de tipo económico. El principio de dignidad impide que el ser humano, y los derechos y bienes jurídicos protegidos por el derecho penal para promover la convivencia pacífica de personas igualmente libres y responsables, sean reducidos a una tasación económica de su valor. El reconocimiento de una indemnización por los perjuicios derivados de un delito es una de las soluciones por las cuales ha optado el legislador ante la dificultad en materia penal de lograr el pleno restablecimiento de los derechos y bienes jurídicos violentados en razón a la comisión de un delito. Pero no es la única alternativa ni mucho menos la que protege plenamente el valor intrínseco de cada ser humano. Por el contrario, el

principio de dignidad impide que la protección a las víctimas y perjudicados por un delito sea exclusivamente de naturaleza económica.²¹⁰

Vale la pena resaltar algunos de los planteamientos más importantes hechos por la Corte Constitucional en la sentencia C-228 de 2002, que es de trascendental importancia en tema de protección a las víctimas dentro del proceso penal:

En primer lugar la Corte precisa la diferencia que hay entre los conceptos jurídicos de parte civil, víctima y perjudicado:

En efecto, la víctima es la persona respecto de la cual se materializa la conducta típica mientras que la categoría 'perjudicado' tiene un alcance mayor en la medida en que comprende a todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial, como consecuencia directa de la comisión del delito. Obviamente, la víctima sufre también en daño, en ese sentido, es igualmente un perjudicado. La parte civil es una institución jurídica que permite a las víctimas o perjudicados, dentro de los cuales se encuentran los sucesores de la víctima, participar como sujetos en el proceso penal. El carácter civil de la parte ha sido entendido en sentido meramente patrimonial, pero en realidad puede tener una connotación distinta puesto que refiere a la participación de miembros de la sociedad civil en un proceso conducido por el Estado (...)

En la Carta se refleja también una concepción amplia de la protección de los derechos de las víctimas, que no está prima facie limitada a lo económico. En efecto, el numeral 1 del artículo 250 superior, establece como deberes de la Fiscalía General de la Nación el 'tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito'. De ello resulta que la indemnización es sólo uno de los posibles elementos de la reparación a la víctima y que el restablecimiento de sus derechos supone más que la mera indemnización. La Constitución ha trazado como meta para la Fiscalía General el 'restablecimiento del derecho', lo cual representa una protección plena e integral de los derechos de las víctimas y perjudicados. El restablecimiento de sus derechos exige saber la verdad de lo ocurrido, para determinar si es posible volver al estado anterior a la vulneración, así como también que se haga justicia.

²¹⁰ Cfr. Corte Constitucional. *Sentencia C-228 de 2002*: Esto ya fue reconocido por la Corte Constitucional en la sentencia C-412/93, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento 12.

En consonancia con lo anterior, el artículo 229 de la Carta garantiza ‘el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia’. Ese derecho comprende, tal como lo ha reconocido esta Corte, contar, entre otras cosas, con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de derechos y obligaciones,²¹¹ la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas,²¹² la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso,²¹³ la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias,²¹⁴ que se prevean mecanismos para facilitar el acceso a la justicia a los pobres²¹⁵ y que la oferta de justicia permita el acceso a ella en todo el territorio nacional. Y, aun cuando en relación con este tema el legislador tiene un amplio margen para regular los medios y procedimientos que garanticen dicho acceso, ese margen no comprende el poder para restringir los fines del acceso a la justicia que orientan a las partes hacia una protección judicial integral y plena de los derechos, para circunscribir dicho acceso, en el caso de las víctimas y perjudicados de un delito, a la obtención de una indemnización económica. Por lo cual, el derecho a acceder a la administración de justicia, puede comprender diversos remedios judiciales diseñados por el legislador, que resulten adecuados para obtener la verdad sobre lo ocurrido, la sanción de los responsables y la reparación material de los daños sufridos.

El derecho de las víctimas a participar dentro del proceso penal para lograr el restablecimiento de sus derechos, tienen también como fundamento constitucional el principio participación (artículo 2, CP), según el cual las personas pueden intervenir en las decisiones que los

²¹¹ Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional, T-597 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón, SU-067 de 1993, M.P. Ciro Angarita Barón y Fabio Morón Díaz; T-451 de 1993, M.P. Jorge Arango Mejía; T-268 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

²¹² Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional, T-399 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-544 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-416 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-502 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

²¹³ Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional, T-046 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-093 de 1993, M.P. Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero, C-301 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-544 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-268 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell, C-742 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández.

²¹⁴ Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional, SU-067 de 1993, M.P. Ciro Angarita Barón y Fabio Morón Díaz, T-275 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-416 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-502 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara, C-652 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-742 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández.

²¹⁵ Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional T-522 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; y C-071 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

afectan.²¹⁶ No obstante, esa participación deberá hacerse de conformidad con las reglas de participación de la parte civil y sin que la víctima o el perjudicado puedan desplazar a la Fiscalía o al Juez en el cumplimiento de sus funciones constitucionales, y sin que su participación transforme el proceso penal en un instrumento de retaliación o venganza contra el procesado.

Finalmente, los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica reconocidos a las víctimas o perjudicados por un hecho punible, pueden tener como fundamento constitucional otros derechos, en especial el derecho al buen nombre y a la honra de las personas (artículos 1º, 15 y 21, CP), puesto que el proceso penal puede ser la única ocasión para que las víctimas y los perjudicados puedan controvertir versiones sobre los hechos que pueden ser manifiestamente lesivas de estos derechos constitucionales, como cuando durante el proceso penal se hacen afirmaciones que puedan afectar la honra o el buen nombre de la víctimas o perjudicados.²¹⁷

Además, la reducción de los derechos de las víctimas y los perjudicados al interés en una reparación económica no consulta otras normas constitucionales, en las cuales se establecen principios fundamentales y deberes, estrechamente relacionados con el restablecimiento de los derechos de las víctimas y perjudicados. En cuanto a los principios, el de 'asegurar la convivencia pacífica' (artículo 2, CP) exige que el Estado provea mecanismos que eviten la resolución violenta de los conflictos y el de garantizar 'la vigencia de un orden justo' (artículo 2, CP), hace necesario que se adopten medidas para combatir la impunidad. En cuanto a los deberes, el de 'colaborar para el buen funcionamiento de la justicia' (artículo 95, núm. 7, CP), implica que las personas presten su concurso para el logro de una pronta y cumplida justicia, pero no sólo para recibir un beneficio económico.

De lo anterior surge que la concepción constitucional de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por un delito no está circunscrita a la reparación material. Esta es más amplia. Comprende exigir de las autoridades y de los instrumentos judiciales desarrollados por el legislador para lograr el goce efectivo de los derechos, que éstos sean orientados a su restablecimiento integral y ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan sus derechos a la

²¹⁶ Así lo reconoció la Corte en la Sentencia C-412 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, donde afirmó "las personas involucradas en los hechos punibles tienen un verdadero derecho al proceso cuya naturaleza y configuración en el Estado democrático debe ser eminentemente participativa".

²¹⁷ Ver, por ejemplo, la sentencia de la Corte Constitucional T-275 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero, donde la Corte reconoció el derecho a conocer la verdad de los familiares de la víctima de un presunto suicidio.

verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos, a lo menos.²¹⁸

Otro de los temas analizados por la jurisprudencia constitucional es el de la constitución de la parte civil dentro del proceso penal, sobre el cual la Corte Constitucional en su sentencia T-249 de 2003²¹⁹ hace varios planteamientos, señalando que esta es un sujeto activo y pleno dentro del proceso penal, lo cual implica que su participación no se limita a lograr lo perseguido a partir del trabajo probatorio de los investigadores y a observar la argumentación y análisis realizados por el ente acusador, sino que tiene derecho a participar de la investigación “aportando pruebas y cooperando con las autoridades judiciales” y a participar activamente en el análisis y valoración de tales pruebas, “conociendo y controvirtiendo” las decisiones. “En este orden de ideas, la definición de los extremos de la relación jurídico - procesal no constituye una restricción admisible para la constitución de la parte civil, pues impide al actor lograr la reparación, establecer la verdad o la realización de la justicia. Antes bien, la parte civil tiene derecho, en tanto que parte activa en el proceso y en los términos del procedimiento penal, a participar de la definición de tal relación jurídico – procesal”.

En la misma sentencia la Corte analiza cómo el derecho a la verdad y a la justicia no es un interés individual (sea de la víctima y sus familiares o de una comunidad determinada), sino que, en algunas ocasiones, se trata de un asunto que le compete a la sociedad en su conjunto. Tal interés se presenta, cuando el o los hechos punibles supongan por ejemplo, la violación o amenaza de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y una severa puesta en peligro de la paz colectiva.

De acuerdo con lo anterior, se plantea que existen circunstancias en las cuales la comisión de un delito activa un interés de la sociedad en su conjunto, por establecer la verdad y lograr que se haga justicia, para lo cual estaría habilitado un actor popular como parte civil, situación debatida en esta sentencia y sobre la cual se concluye que debe admitirse que en presencia de hechos punibles que

²¹⁸ No aborda la Corte en la presente sentencia otros derechos de las víctimas, como el derecho a la protección de su vida e integridad física, así como el derecho a ser tratados dignamente y a que su intimidad sea protegida. Tan sólo se alude tangencialmente a ellos.

²¹⁹ De marzo 21 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

impliquen graves atentados contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y una grave puesta en peligro de la paz colectiva, valorados por el respectivo juez o fiscal, debe admitirse la participación de la sociedad –a través de un actor popular-, como parte civil en el proceso penal, siempre y cuando éste reúna las condiciones que aseguren que no se trata de una persona con mera intención vindicativa, sino que demuestre un genuino compromiso con el esclarecimiento de los hechos investigados y con la promoción y protección de los valores jurídicos antes mencionados.

La anterior postura fue también asumida por la Corte Constitucional en sentencia C-875 de 2002,²²⁰ en la cual indicó que existen situaciones en las cuales la sociedad entera tiene un interés en conocer la verdad y establecer las responsabilidades individuales. Tal es el caso del delito de desaparición forzada de personas. Al respecto, señala como en la sentencia C-580 de 2002,²²¹ al referirse a la imprescriptibilidad de la acción penal en esta materia, la Corte basó la exequibilidad de la norma internacional, entre otros elementos, en el interés de la sociedad de conocer la verdad y lograr la superación de la injusticia, como manifestaciones del deber estatal de proteger los derechos fundamentales de los asociados:

El interés en erradicar la impunidad por el delito de desaparición forzada compete a la sociedad en su conjunto. Como ya se dijo, para satisfacer dicho interés es necesario que se conozca toda la verdad de los hechos, y que se atribuyan las responsabilidades individuales e institucionales correspondientes. En esa medida, tanto el interés en que se conozca la verdad, como en que se atribuyan responsabilidades individuales e institucionales por los hechos, sobrepasan el ámbito del interés individual de las víctimas. Por el contrario, constituyen verdaderos intereses generales de carácter prevalente en los términos del artículo 1º de la Carta Política.

²²⁰ De octubre 15 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²²¹ De julio 31 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

En cuanto al material internacional con el cual la Corte Constitucional asume su análisis se encuentra, entre otros, la Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, la sentencia de la Corte Interamericana del 29 de julio de 1988 Caso Velásquez Rodríguez; sentencia de la Corte Interamericana de 14 de marzo de 2001 Caso Barrios Altos, Caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997; Caso 10987 (Argentina) y los diferentes informes anuales de la Comisión Interamericana.

La Corte Constitucional colombiana llega a la construcción de la víctima como sujeto procesal a partir de tres argumentos: la tutela judicial efectiva como un derecho reconocido internacionalmente que le asiste al imputado / procesado, y en igual medida al perjudicado con la conducta punible; la inadmisibilidad desde el punto de vista internacional de las disposiciones del derecho penal doméstico, tales como amnistías, prescripciones y todas aquellas que tengan por efecto excluir la responsabilidad penal enervando el legítimo derecho de las víctimas a la investigación, el enjuiciamiento y la sanción de los responsables, y por último las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos que, de acuerdo con la Corte Constitucional, han sido modelo posterior para múltiples manifestaciones normativas que se han promovido desde el ámbito internacional para favorecer a las víctimas de vulneraciones de los derechos humanos, entre otras, la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de las Naciones Unidas, la Convención Europea para la compensación de las víctimas de los crímenes violentos, las normas de derechos internacional humanitario y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

De esta manera la Corte admite que es necesario variar la jurisprudencia de 1995, toda vez que ha habido un cambio en la concepción del referente normativo, en particular, en el derecho internacional de los derechos humanos. Y concluye a este respecto:

Para 1995, fecha en que se produjo la mencionada sentencia, aún no se había cristalizado la tendencia del derecho internacional –en especial en el derecho de los derechos humanos del sistema interamericano– hacia una protección amplia de los derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos. En el año 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que las medidas legislativas que impidieran a las víctimas de violaciones de derechos humanos conocer la verdad de los hechos, resultaban contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos. Como quiera que, según el artículo 93 constitucional, ‘los derechos deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia’, es necesario que la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sea valorada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Si bien los cambios en la concepción de los derechos de las víctimas y los perjudicados se refieren a graves violaciones a los derechos humanos, la tendencia en las legislaciones internas no se limita a dicha protección mínima sino que comprende también delitos de menor gravedad. Igualmente, el legislador colombiano dispone de un margen de apreciación para modular el alcance de los derechos de la parte civil según diferentes criterios –dentro de los cuales se destacan, de un lado, la gravedad del delito y, del otro, la situación del procesado que puede llegar a ser de una significativa vulnerabilidad– siempre que no reduzca tales derechos a la mera reparación pecuniaria.

Como bien lo señala el autor Guerrero Peralta a manera de conclusión, se puede observar que la Corte Constitucional colombiana ha tomado a la víctima del delito como un verdadero sujeto de derechos y obligaciones en cuanto a su posición jurídica y sus derechos prácticamente se han igualado a los del inculpado, lo que trae no pocas consecuencias en el ámbito del derecho procesal, como son la posibilidad de solicitar y controvertir el material probatorio, la exigencia para la Fiscalía y los jueces de que se consideren sus alegatos, la oportunidad de interponer recursos, la exigencia de que se le comuniquen las decisiones y, por supuesto, las que le corresponden en su calidad de tal, como el derecho a la reparación, al conocimiento de la verdad y al recurso sencillo y especial que se predica desde la normativa internacional.²²²

²²² Cfr. GUERRERO, Peralta Oscar Julián. Op. Cit. págs. 226-237.

4.4.4 El principio de restablecimiento y reparación del derecho

Actualmente, el denominado principio de restablecimiento del derecho, se encuentra consagrado en el artículo 22 del Código de Procedimiento Penal, el cual tiene la siguiente redacción textual:

Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal.

El principio del restablecimiento del derecho está fundamentado en los principios rectores procesales de los cuales podrían nombrarse, la dignidad humana,²²³ la igualdad,²²⁴ la prelación de los tratados internacionales²²⁵ y el derecho de la víctima, tanto como el responsable del delito a que se le reconozcan las garantías procesales, consagradas a favor de éste último.

El derecho penal no puede ser únicamente un instrumento para la defensa de ideologías o propósitos sectoriales. El derecho penal ha de ser un instrumento para la tutela de valores primordiales al interior de la colectividad que, precisamente por ello, son elevados por el legislador a la categoría de bienes jurídicos, a los cuales protege con la acusación de las conductas que, de manera

²²³ Código de Procedimiento Penal. *Artículo 1º. Dignidad humana.* Los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana.

²²⁴ *Ibíd.* *Artículo 4º. Igualdad.* Es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

El sexo, la raza, la condición social, la profesión, el origen nacional o familiar, la lengua, el credo religioso, la opinión política o filosófica, en ningún caso podrán ser utilizados dentro del proceso penal como elementos de discriminación.

²²⁵ *Ibíd.* *Artículo 3º. Prelación de los tratados internacionales.* En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad.

real o potencial, y de llegar a observarse, pueden lastimar esos valores sociales fundamentales, sin los cuales no es posible la continuidad del ente social.

Al Estado le debe interesar la suerte del agente delictual, concediéndole y respetándole unos derechos propios y derivados del respeto a la dignidad humana, de igual manera debe predicarse del sujeto pasivo del delito, vale decir, de la persona (natural o jurídica) que ha sufrido el menoscabo correlativo, en sus derechos, intereses, al actuar del protagonista delictual. De igual forma puede decirse, que con la intervención de la víctima en el proceso penal, no deben menguarse ni irrespetársele los derechos y garantías constitucionales y legales al delincuente. Es así como la moderna victimología centra su atención en el cómo, cuándo y por quién, habrán de serle restablecidos y resarcidos sus derechos: restablecimiento que apunta a que, material y/o jurídicamente, cesen los efectos propios del comportamiento delictual amén de que, en la medida de lo posible, las cosas vuelvan al estado anterior al momento de la actualización de la conducta punible; y resarcimiento que hace alusión al hecho de que se le indemnicen los perjuicios irrogados por la materialización del daño consustancial ocasionado por el referido actuar delictual.²²⁶

Por tal vía, es claro que a la víctima no sólo le interesa que se le restablezca su derecho sino, también, que se le resarzan los perjuicios correlativos a la materialización del actuar delictual. Y si tal es la preocupación de la victimología, no debe olvidar el legislador y consecuentemente el sistema penal que una de sus obligaciones debe ser proteger a la persona que ha sufrido la carga del delito y como lo manda la Constitución Política que le sean reconocidos sus derechos a los protagonistas dentro del proceso penal (sujeto activo y sujeto pasivo) y que sean tratados con igualdad en cuanto a que a ambos le sean reconocidos sus derechos.

²²⁶ Cfr. MOLINA, Arrubla Carlos Mario. *Principio de restablecimiento y reparación del Derecho*. En: Revista de Derecho Penal No 24, Abril – Mayo de 2001. Bogotá: Editorial Leyer. Pág. 52

Julio B. J. Maier, en su artículo titulado “*La víctima y el sistema penal*”,²²⁷ afirma:

La concepción moderada de integración de la reparación al cumplimiento de las funciones del Derecho penal deja intactos los fines propuestos, en general, para la pena. No se trata, en principio, de que la reparación describa otra función o tarea propuesta para el Derecho penal, sino de que ella sirva como instrumento aprovechable para cumplir los fines preventivos que se adjudica al Derecho penal.

Desde el punto de vista *preventivo-general*, el acento no está puesto sobre el efecto disuasorio (intimidatorio) de la pena, que puede cumplir, incluso con mayor propiedad, la pena pecuniaria, sino sobre la posibilidad de que la reparación libere, total o parcialmente, la necesidad de la pena, en aquellos casos en los cuales la conducta posterior del autor, dirigida a reparar el daño producido, satisface aquél *plus* de afectación de la generalidad, que todo delito hoy contiene, según la concepción cultural actual. La solución reparatoria anida, precisamente, en el concepto de *prevención integral*, como fin de satisfacción de la conciencia jurídica general, ante la quiebra del orden jurídico, que cumple la sanción -y que, en esos casos, debe cumplir la reparación-, concepto que viene así a completar los demás efectos que se espera de la *prevención general positiva*, como fin de la pena y función del Derecho penal: estabilización del orden jurídico mediante la afirmación de los valores establecidos por él y por la ratificación de la confianza en su vigencia práctica.

(...) En concreto, la reparación -antes bien, la voluntad del autor de reparar y su cumplimiento, en la medida de lo posible- reemplazaría a la pena o la aminoraría, cuando fuera suficiente para satisfacer la reacción del sentimiento jurídico general frente al delito y para dar por terminado el conflicto entre el autor y la generalidad, por la quiebra del orden jurídico.

Desde el punto de vista *preventivo especial*, la reparación se valora positivamente como el mejor esfuerzo del autor por reconocer su injusto y reinsertarse en la comunidad jurídica, a más de superar los peligros del tratamiento, pues es limitada por definición, no consiste en la internalización de un modelo y en su sumisión a él, ni presenta las desventajas de toda privación de libertad (etiquetamiento y deterioro social). Se destaca en especial que, para que juegue ese papel, la reparación se debe alejar de su realización coactiva, en la mayor

²²⁷ MAIER, Julio B. J. [En línea] *La víctima y el sistema penal*. Disponible en: <http://www.derechopenal.com>.

medida posible, pues a mayor espontaneidad, mayor valor preventivo especial.

(...) la crítica principal que rechaza también la idea de que la retribución pueda integrar los fines de la pena, parece fundada en una afirmación absolutamente dogmática, tan cierta, o incierta, tan justa o injusta, como la opinión criticada: a propósito de que "el Derecho penal, como ámbito parcial del orden jurídico, se ocupa de las pretensiones penales del Estado y de las penas y medidas vinculadas a ellas", satisfacer a la víctima no es función del Derecho penal, sino del derecho privado.

Si de programas políticos se trata, la reparación no puede integrar los fines de la reacción estatal directa con motivo de un delito hasta que se integre a ellos, no puede ser función del Derecho penal hasta que lo sea, hasta que una de sus tareas, y no la menos importante, sea auxiliar a la víctima: procurar que el mundo alcance aquel estado que debió tener sin la infracción, esto es, regresarlo, en lo posible, al estado que tenía antes de ser cometido el delito o procurar que arribe a otro estado, según los deseos del orden jurídico. (...)

(...) La *reparación*, en sentido amplio, es una meta racional propuesta como tarea del Derecho penal, incluso para el actual, bajo dos condiciones: que ello no perjudique, sino que coopere con los fines propuestos para la pena estatal; que ella no provoque una nueva expropiación de los derechos de la víctima para resolver el conflicto. La primera es una condición puesta por el sistema vigente; la segunda se remonta, también, a un sistema vigente, incluso, con mayor antigüedad, pero resulta, nuevamente, políticamente racional, para no aumentar el poder del Estado. Por esa razón, las vías de ingreso de la reparación al sistema de Derecho penal deben ser pensadas cuidadosamente, para que no se frustren sus objetivos principales: auxiliar realmente a la víctima o, mejor dicho, colaborar en la tarea de restitución, que se corresponde con su naturaleza, y reducir la violencia de la reacción estatal frente al delito.

(...) Reparación es, básicamente, deshacer la obra antijurídica llevada a cabo, colocando el mundo en la posición que tenía antes de comenzar el delito o en la posición a la que debía arribar, conforme a las previsiones del legislador, al mandar la realización obligatoria de una acción o al prohibir la realización de otra. Esta reparación *ideal* (sustitución al *statu quo ante*; reparación *in natura*) es, en ocasiones, imposible (por ejemplo, la vida no se puede reponer). Para ello, en numerosas oportunidades, sólo se trata de sustitutos de la reparación, de los cuales el más conocido es la compensación por *resarcimiento económico del daño* (*indemnización*). Existen, sin embargo, otros

sustitutos, más alejados del concepto originario. A la víctima y al agente, inclusive, puede convenirles que la satisfacción de su interés se cumpla mediante una prestación del todo alejada del daño original. Importante es el acuerdo compensatorio y la inteligencia de ambos, víctima y victimario, de que así satisfacen en su justa medida el interés dañado. (...)

4.4.4.1 Evolución legislativa

4.4.4.1.1 Decreto 181 de 1981

Partiendo del supuesto de que ninguna previsión al efecto se contemplaba en el Decreto 407 de 1971, puede decirse, que el antecedente remoto de la disposición que se comenta, se encuentra consagrada de manera precaria, en el artículo 13 del fallido Decreto 181 de enero 29 de 1981 (que nunca entró en vigencia material), que trataba el tema de la siguiente manera:

El Juez decidirá las cuestiones extrapenales que se surjan en el proceso, de modo que las cosas vuelvan al estado en que se hallaban antes de la comisión del hecho, cuando por su naturaleza sea posible.

Era claro allí que esta función era asignada al Juez como la autoridad habilitada para ejercitar tales atribuciones, pero igualmente claro era que la facultad que se le concedía apuntaba a dos situaciones particulares y precisas:

De un lado, a resolver las cuestiones extrapenales que surgieran en el curso del proceso. Y del otro, en lo que se constituía en la teleología de la norma, que tal prerrogativa se le concedía con el propósito de que buscara que las cosas volvieran al estado anterior al de la comisión del hecho, evidentemente, a condición de que ello fuese posible.

Puede observarse que en este caso se trataba de evitar que se adelantara un nuevo proceso, por ejemplo ante la jurisdicción civil o administrativa, se trataba de

una asignación de competencias, es decir, se otorgaba competencia al juez penal para que resolviera el conflicto, pero todo encaminado a lograr una “economía procesal”, sin que pudiera afirmarse que el interés del legislador estuviera radicado en la protección de los derechos de la víctima.

4.4.4.1.2 Decreto 050 de 1987

En lo relacionado con el principio del restablecimiento del derecho puede asegurarse que el texto normativo siguió siendo prácticamente el mismo que el presentado en el mencionado Decreto 181 de 1981:

Artículo 16. Restablecimiento del derecho. El Juez resolverá las cuestiones extrapenales que surjan en el proceso, de modo que las cosas vuelvan al estado en que se hallaban antes de la comisión del hecho punible, cuando por su naturaleza sea posible.

Solo se presentaron dos modificaciones a saber, en la consagración del artículo 13 del Decreto 181 de 1981 se empleaba el verbo “*decidir*” a diferencia del verbo “*resolver*” empleado en el Decreto 050 de 1987; y de otro lado en éste último Decreto se calificaba el hecho como “*punible*”, en tanto determinador del momento fáctico que debía tenerse como referencia, y al cual debían tratar de volver las cosas.²²⁸

Así las cosas puede afirmarse que el restablecimiento del derecho, entendido en la forma y términos en que lo hacía el Decreto 050 de 1987, no pretendía tanto el restablecer, efectivamente, los derechos de la víctima, sino, tan sólo, la efectividad del fallo penal, evitando duplicidad de esfuerzos y procesos.

4.4.4.1.3 Decreto 2700 de 1991

²²⁸ Cfr. MOLINA, Arrubla Carlos Mario. *Principio de restablecimiento y reparación del Derecho*. Op. Cit. pág. 52.

Este Decreto consigna el restablecimiento del derecho de la siguiente manera:

Artículo 14. Restablecimiento del derecho. Cuando sea posible, las autoridades judiciales deberán adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión del hecho punible y las cosas vuelvan al estado anterior, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados.

En este caso, puede observarse un cambio radical, de esta forma lo que se busca es que el Juez adopte las medidas necesarias, con tres finalidades esenciales: que cesen los efectos creados por la comisión del hecho punible; que las cosas vuelvan al estado anterior al momento de la materialización del hecho punible y, finalmente, que se restablezcan los derechos quebrantados.

4.4.4.1.4 Ley 600 de 2000

En esta ley el principio que se analiza se encontraba consagrado en el artículo 21, que establecía lo siguiente:

Artículo 21. Restablecimiento y reparación del derecho. El funcionario deberá adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión de la conducta punible, las cosas vuelvan al estado anterior y se indemnicen los perjuicios causados por la conducta punible.

En esta disposición, se amplía la designación del titular de esta facultad, así se manifiesta que el encargado es el “*funcionario judicial*”, que para efectos de esta ley, se entiende por tal el fiscal o el juez.

De otro lado ya no se habla solamente del restablecimiento del derecho, sino que a ello se añade la consecuente reparación, por la alusión que se hace a la indemnización de perjuicios correlativa.

4.4.4.2 El restablecimiento y la reparación del derecho en la Ley 906 de 2004

Se dijo anteriormente, que el principio de restablecimiento del derecho está consagrado en la legislación vigente en el artículo 22 de la ley que se entra a analizar.

Continuando con la comparación que se ha llevado hasta ahora, puede observarse que la redacción de este artículo dista mucho de lo que fue la redacción del artículo 21 de la Ley 600 del 2000.

Puede deducirse de la lectura del artículo citado que la reparación del derecho en la legislación actual apunta a obtener por parte de la víctima del delito la restitución de las cosas al estado en que se encontraban antes de la comisión de la conducta punible y al restablecimiento de los derechos quebrantados.

Sin embargo la jurisprudencia constitucional ha avanzado mucho en los últimos años y se ha establecido que la reparación de las víctimas no se puede limitar a la búsqueda de una indemnización, al respecto a dicho la Corte Constitucional en sentencia C – 228 de 2002, MP Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett:

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

1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos.
2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito.

(...) Además, la reducción de los derechos de las víctimas y los perjudicados al interés en una reparación económica no consulta otras normas constitucionales, en las cuales se establecen principios fundamentales y deberes, estrechamente relacionados con el restablecimiento de los derechos de las víctimas y perjudicados. En cuanto a los principios, el de “asegurar la convivencia pacífica” (artículo 2, CP) exige que el Estado provea mecanismos que eviten la resolución violenta de los conflictos y el de garantizar “la vigencia de un orden justo” (artículo 2, CP), hace necesario que se adopten medidas para combatir la impunidad. En cuanto a los deberes, el de “colaborar para el buen funcionamiento de la justicia” (artículo 95, #7, CP), implica que las personas presten su concurso para el logro de una pronta y cumplida justicia, pero no sólo para recibir un beneficio económico.

De lo anterior surge que la concepción constitucional de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por un delito no está circunscrita a la reparación material. Esta es más amplia. Comprende exigir de las autoridades y de los instrumentos judiciales desarrollados por el legislador para lograr el goce efectivo de los derechos, que éstos sean orientados a su restablecimiento integral y ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos (...).

De otro lado, en la legislación colombiana hay varias normas encaminadas a garantizar el derecho a la reparación que pertenece a la víctima del delito. Ya se analizaron las funciones de la Fiscalía General de la Nación,²²⁹ y ahora se analizarán las funciones de ésta tendientes a la protección de la reparación de la víctima del delito.

El artículo 113 de la ley 906 de 2004, señala que la Fiscalía General ejerce la Acción Penal y le corresponde de oficio o mediante denuncia o querrela la investigación y la acusación de los hechos punibles. Para lograr estos objetivos, la Fiscalía esta facultada por mandato constitucional a restringir algunos derechos

²²⁹ Ver Capítulo 3.

fundamentales, tomar las decisiones necesarias para asegurar el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito, de velar por la protección de víctimas, testigos e intervinientes en el proceso.

La Constitución Política, a su vez, en el artículo 250 establece las funciones de la Fiscalía, y en el numeral 6° establece como una de ellas:

6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

Partiendo del texto constitucional se analizarán las facultades que tienen en el Sistema Penal Acusatorio los Jueces y Fiscales, tendientes a la reparación y restablecimiento del derecho.

El Fiscal le solicita al Juez en función de Control de Garantías las medidas necesarias de asistencia y protección, restablecimiento del derecho e indemnización integral,²³⁰ así como las medidas cautelares sobre los bienes del imputado.²³¹

En el Título II (de la Acción Penal) del Código de Procedimiento Penal, Capítulos II (Comiso) y III (Medidas Cautelares) se consagran las medidas que se han venido anunciando de la siguiente forma:

4.4.4.2.1 Medidas cautelares

²³⁰ Cfr. Código de Procedimiento Penal. *Artículo 114 numeral 6.*

²³¹ Cfr. *Ibidem. Artículo 92.*

Las medidas cautelares son un conjunto de institutos procesales encaminados a garantizar la eficacia de un fallo condenatorio, y por ende, a proteger el derecho que tienen las víctimas de un ilícito a ser reparadas integralmente.²³²

En tal sentido, el nuevo Código de Procedimiento Penal, establece diversas medidas cautelares, de diferentes contenidos y alcances, entre las que se destacan el embargo y secuestro de bienes,²³³ la prohibición de enajenar bienes sujetos a registro durante los seis meses siguientes a la formulación de la imputación,²³⁴ las medidas patrimoniales a favor de las víctimas,²³⁵ así como la entrega provisional de bienes en el caso de los delitos culposos.

En la sentencia C-423 de 2006,²³⁶ la Corte manifestó, en lo relacionado a la etapa en la cual deben decretarse y quienes están legitimados para solicitarlas, lo siguiente:

En lo que concierne a la etapa procesal durante la cual son decretadas y practicadas las medidas cautelares, se tiene que el legislador dispuso que éstas lo fuesen durante la audiencia de imputación de cargos, es decir, desde el inicio mismo de la etapa de investigación,²³⁷ etapa procesal de la mayor importancia por cuanto durante ésta se recaudarán evidencias y materiales probatorios, se dará aplicación, de ser el caso, al principio de oportunidad, se impondrán medidas restrictivas de la libertad personal, e igualmente, se podrá solicitar al juez de conocimiento la preclusión de la investigación.

No se trata, en consecuencia, de medidas cautelares adoptadas con antelación a la existencia de un proceso penal, ni tampoco quiso el legislador que la víctima tuviese que esperar a que fuese proferido un fallo condenatorio, y por ende, a que se abriese el incidente de

²³² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-423 del 31 de Mayo de 2006. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

²³³ Cfr. Código de Procedimiento Penal. *Artículo 92*.

²³⁴ Cfr. *Ibidem*. *Artículo 97*.

²³⁵ Cfr. *Ibidem*. *Artículo 99*.

²³⁶ M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

²³⁷ Cfr. Ley 906 de 2004. *Artículo 175*.

reparación integral para que pudiese solicitar la imposición de medidas cautelares, bien fuese sobre los bienes del imputado o sobre aquéllos de quien tiene que responder solidariamente por los daños causados con el delito, es decir, del tercero civilmente responsable.

En relación con los legitimados procesalmente para solicitar el decreto de una medida cautelar, se tiene que el artículo 92 de la Ley 906 de 2004 dispone que lo son (i) la víctima directa, quien acreditará sumariamente su condición de tal, la naturaleza del daño recibido y la cuantía de su pretensión; (ii) el fiscal; y (iii) en los procesos en los que sean víctimas los menores de edad o los incapaces, el Ministerio Público”.

En lo que concierne a los recursos que pueden instaurar los afectados con la imposición de las medidas cautelares, el artículo 95 del C.P.P. dispone que “las medidas cautelares se cumplirán en forma inmediata después de haber sido decretadas, y se notificarán a la parte a quien afecten una vez cumplidas”. A su vez, el artículo 177.2 de la misma normatividad dispone que el recurso de apelación se concederá en el efecto devolutivo frente al ‘auto que resuelve sobre la imposición de una medida cautelar que afecte bienes del imputado o acusado’, sin aludir por tanto a aquellos del tercero civilmente responsable, en tanto que el recurso de reposición procederá “para todas las decisiones y se sustenta y resuelve de manera oral e inmediata en la respectiva audiencia”, audiencia en la cual tampoco podrá participar el tercero civilmente responsable por cuanto, se insiste, el estatuto procesal penal no prevé la intervención del mismo con antelación a la celebración del incidente de reparación integral de perjuicios, es decir, con posterioridad al juicio oral y una vez determinada plenamente la responsabilidad penal del acusado.

4.4.4.2.1.1 Medidas sobre bienes susceptibles de comiso

Se trata de medidas que afectan el derecho a la propiedad en la fase de investigación penal. Estos eventos están regulados en los artículos 82 a 89 del C.P.P.²³⁸

²³⁸ Cfr. APONTE, Alejandro. *Manual para el juez de control de garantías en el sistema acusatorio penal*. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. *Manual jueces con función de control de garantías*. Bogota, Diciembre de 2004.

Se prevé una audiencia de control de legalidad²³⁹ dentro de las siguientes treinta y seis horas posteriores a la incautación u ocupación de bienes o recursos que cumplan con los rasgos señalados en el inciso primero del artículo 82 por parte del fiscal o de la policía según el caso.

En este caso, el juez de control de garantías debe evaluar lo siguiente:

1. La calidad de los bienes. Es decir, se trata de evaluar si son bienes producto *directo* o *indirecto* del delito, o sobre aquellos utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumento para la ejecución del mismo. La evaluación se hará sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o los terceros de buena fe.
2. El monto de los bienes. Para ello el juez de garantías debe atender el inciso segundo del artículo 82, y tomar las determinaciones relativas a la equivalencia de acuerdo con la información que aporte la Fiscalía.
3. El estatuto procesal exige que se realice una inferencia relativa a que los bienes o recursos son producto directo o indirecto de un delito doloso, que su valor equivale a dicho producto, que han sido utilizados o estén destinados a ser utilizados como medio o instrumento de un delito doloso, o que constituyen el objeto material del mismo. Claro está, los motivos fundados deben ser aportados por la Fiscalía y al juez le corresponde su corroboración y sus excepciones. La inferencia razonable del juez, debe adelantarse de acuerdo con la noción de *motivos fundados*.²⁴⁰

Para los efectos del comiso, se entenderán por bienes los siguientes:

²³⁹ Cfr. Código de Procedimiento Penal. *Artículo 84*.

²⁴⁰ Cfr. *Ibidem*. Artículo 83.

- a. Todos aquellos que sean susceptibles de valoración económica o sobre los cuales pueda recaer derecho de dominio.
- b. Bienes corporales o incorporales.
- c. Bienes muebles o inmuebles.
- d. Bienes tangibles o intangibles.
- e. Documentos o instrumentos que pongan de manifiesto el derecho sobre los mismos.

Las medidas materiales para garantizar el comiso son la Incautación y la Ocupación. Y finalmente, La medida jurídica que se adopta es la suspensión del poder dispositivo.

4.4.4.2.1.2 Medidas relativas a la suspensión del poder dispositivo sobre bienes

Estas medidas se relacionan con una circunstancia especial del proceso que se refiere a los casos en los que la Fiscalía con el desarrollo de la investigación, llega a la audiencia de imputación o a la audiencia preliminar, y se requiere suspender el poder dispositivo de bienes afectos a comiso, mientras se resuelve definitivamente sobre su devolución.

La tarea del juez de garantías en este caso es, con ciertas variaciones, la misma establecida en el aparte precedente.²⁴¹

²⁴¹ Se debe efectuar un control sobre las circunstancias y los motivos fundados, contenidas en el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal.

No obstante, existe una variable diferente establecida en el artículo 85 y que está relacionada con un examen de la Fiscalía que también debe ser susceptible de control. La solicitud de la suspensión del poder dispositivo sobre bienes debe consultar diferentes hechos o circunstancias: El interés de la justicia, El valor del bien y viabilidad económica de su administración.

Para controlar estas circunstancias exigidas legalmente, el juez debe aplicar el principio de proporcionalidad. El interés de la justicia, debe ser ponderado en función de los fines procesales de la diligencia.

En caso de que se determine que la medida no es procedente, el fiscal examinará si el bien se encuentra dentro de una causal de extinción de dominio. En este caso, el fiscal dispondrá de inmediato lo pertinente para que se promueva la respectiva acción.

Le corresponde también al juez de garantías a este respecto, a instancia de la Fiscalía o quien demuestre su legítimo interés en la pretensión, disponer el levantamiento de la medida de suspensión del poder dispositivo.

En este caso, antes de la formulación de la acusación y en un término que no puede exceder de seis meses, la Fiscalía debe hacer un examen de los bienes incautados, de tal manera que se disponga la devolución de aquellos que no sean necesarios para la indagación o investigación, o que no puedan ser afectados para el comiso.

4.4.4.2.1.3 Suspensión de las personerías jurídicas

El artículo 91 del C.P.P establece que en cualquier momento antes de presentarse la acusación y a petición de la Fiscalía, el Juez de control de garantías puede ordenar, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, la

suspensión de personería jurídica o el cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público. En este caso el control es básicamente un control de legalidad, en cuyo examen debe tenerse en cuenta:

El juez evaluará si existen motivos fundados que permitan una inferencia sobre la dedicación total o parcial de la persona jurídica al desarrollo de actividades delictivas. Este último requisito debe interpretarse teniendo en cuenta el inciso segundo del artículo 91, esto es, que en la sentencia condenatoria se decide definitivamente con el criterio de más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que originaron la medida. En este sentido, basta con que los motivos fundados correspondan a elementos indiciarios sobre la destinación del establecimiento o la persona jurídica a actividades delictivas.

En el juicio de razonabilidad de la medida, el juez de control de garantías debe tener en cuenta no sólo la afectación probable del derecho de propiedad, sino también, la afectación probable del derecho al trabajo. Éste es un hecho fundamental.

4.4.4.2 Medidas cautelares sobre bienes

Estas medidas y su aplicación se regulan en los artículos 92 a 101 del C.PP.

Lo primero que es necesario aclarar, es que de acuerdo con el estatuto procesal, hay que tener en cuenta que estas medidas se relacionan con el denominado “*ejercicio del incidente de reparación integral*”. Ello significa que las pretensiones económicas como resultado de la conducta punible se resuelven una vez se haya definido la responsabilidad penal del autor en un incidente que lleva este nombre.²⁴²

²⁴² Código de Procedimiento Penal. *Artículo 102.*

Las medidas cautelares que puede decretar el juez de control garantías son el embargo y el secuestro.

De acuerdo con el artículo 92, el juez de control de garantías, en la audiencia de formulación de la imputación o con posterioridad a ella, a petición del fiscal o de las víctimas directas, podrá decretar sobre bienes del imputado o del acusado, las medidas cautelares necesarias para proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito.

Es necesario que la víctima directa acredite, aunque sea sumariamente, su condición de tal, la naturaleza del daño recibido y la cuantía de su pretensión.

El embargo y secuestro de los bienes se ordenará en cuantía suficiente para garantizar el pago de los perjuicios que se hubieren ocasionado, previa caución que se debe prestar de acuerdo con el régimen establecido en el Código de Procedimiento Civil, salvo que la solicitud sea formulada por el fiscal, o que exista motivo fundado para eximir de ella al peticionante.

En este caso, el juez deberá guiarse por el principio de integración, regulado en el artículo 25 del Código de Procedimiento Penal, en el cual se hace referencia a la aplicación de las normas del derecho procesal civil. De manera general, en relación con los bienes, el juez deberá tener en cuenta este principio.

4.4.4.2.2.1 Criterios para decretar la medida y principio de proporcionalidad

El estatuto procesal se refiere, en el artículo 93 a los criterios para decretar las medidas cautelares.

El primer criterio es la limitación a lo estrictamente necesario, de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil. El juez debe examinar la *necesidad* de la medida.

Así mismo, debe evaluar en su juicio, si la medida solicitada puede ser sustituida por sus efectos graves. Y puede considerar también reducirlas cuando éstas sean excesivas.²⁴³ En estos dos casos precedentes, el juez deberá tener en cuenta el principio de “*prohibición de exceso*”.

En los siguientes eventos el juez no podrá ordenar medidas por ser éstas desproporcionadas:

1. Cuando sea la medida desproporcionada en relación con el daño causado.
2. Cuando aparezca desproporcionada en relación con la probable sentencia sobre la reparación integral o tasación de perjuicios.

El juez debe evaluar hacia el futuro las consecuencias de las medidas y debe buscar una consistencia entre el tipo posible de responsabilidad, y la medida cautelar que puede ordenar imponer. En estos casos, el juicio de proporcionalidad debe hacerse no sólo en función del derecho de propiedad, sino en relación con el derecho al trabajo y en relación con las circunstancias de mínimo vital, cuando éste sea el caso.

Según el artículo 95 del CPP, las medidas cautelares se cumplen de forma inmediata. El Código contempla las circunstancias relacionadas con la prohibición para el imputado de enajenar bienes sujetos a registro durante los 6 meses siguientes a la formulación de imputación. (Siempre y cuando se garantice antes indemnización de perjuicios).

4.4.4.2.2 Autorizaciones especiales

²⁴³ Cfr. *Ibidem. Artículo 93.*

El juez podrá autorizar que se realicen operaciones mercantiles sobre los bienes sujetos a la prohibición contenida en el artículo 97 cuando aquellas sean necesarias para el pago de los perjuicios.

También procederá autorización para los bienes entregados en forma provisional, cuando la venta sea necesaria en desarrollo del giro ordinario de los negocios del sindicato o esté acreditada la existencia de bienes suficientes para atender una eventual indemnización, se podrá autorizar aquella.

4.4.4.2.3 Medidas patrimoniales a favor de las víctimas

Se encuentran previstas en el artículo 99. El fiscal, a solicitud del interesado, podrá adelantar las siguientes gestiones:

1. Ordenar la restitución inmediata a la víctima de los bienes objeto del delito que hubieren sido recuperados.
2. Autorizar a la víctima el uso y disfrute provisional de bienes que, habiendo sido adquiridos de buena fe, hubieran sido objeto de delito.
3. Reconocer las ayudas provisionales con cargo al fondo de compensación para las víctimas.

El Código consagra la posibilidad de la afectación de bienes en delitos culposos.²⁴⁴

La norma prevé, básicamente, que en los delitos culposos, los vehículos automotores, naves o aeronaves o cualquier unidad montada sobre ruedas y los

²⁴⁴ *Ibidem. Artículo 100.*

demás objetos que tengan libre comercio, una vez cumplidas dentro de los diez (10) días siguientes las previsiones del código para la cadena de custodia, se entregarán provisionalmente al propietario, poseedor o tenedor legítimo, salvo que se haya solicitado y decretado su embargo y secuestro.²⁴⁵

4.4.4.2.2.4 Suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente

En cualquier momento y antes de presentarse la acusación y a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías dispondrá la suspensión del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro cuando existan motivos fundados para inferir que el título de propiedad fue obtenido fraudulentamente.²⁴⁶

4.4.5 Incidente de reparación integral

La reparación integral hace referencia básicamente a aspectos indemnizatorios en virtud de lo cual se han establecido una serie de mecanismos idóneos para hacer efectiva dicha reparación, la cual no se limita únicamente a la indemnización sino que también comprende la obligación que posee el Estado de asegurar los mecanismos necesarios para enfrentar en los posible los efectos generados por la conducta punible.

El Código de Procedimiento Penal²⁴⁷ no se refiere a la parte civil, como concepto procesal tradicional, sino que hace alusión a la víctima, la cual es definida en el artículo 132 de dicho ordenamiento.

²⁴⁵ Cfr. Corte Constitucional. *Sentencia C-423 del 31 de Mayo de 2006*. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁴⁶ Cfr. Código de Procedimiento Penal. Artículo 101. Op. Cit.

²⁴⁷ Ley 906 de 2004.

Como lo señaló la propia Comisión Constitucional Redactora del proyecto del actual Código de Procedimiento Penal “una vez proferida la sentencia condenatoria puede tramitarse un incidente de reparación integral, esto es, la posibilidad de incluir la reparación como una tercera vía de las sanciones penales al estilo alemán; esto permitiría hacer mas viable un sistema de justicia alternativa”.²⁴⁸

Los artículos 102 a 112 regulan el incidente de reparación integral que sigue a la declaratoria de responsabilidad penal y en donde la víctima puede pretender su reparación económica, pero no se limita únicamente a este aspecto, ya que entre otras pretensiones diferentes a las de tipo económico se hace referencia a formas no pecuniarias de reparación, tales como los desagravios públicos, las disculpas o cualquier otro mecanismo propio de la concepción de la justicia restaurativa y que tiende al acercamiento de víctima y victimario.

4.4.5.1 Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral

Una vez emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal, y convocará a audiencia pública dentro de los ocho (8) días siguientes.

Cuando la pretensión sea exclusivamente económica, solo podrá ser formulada por la víctima directa, sus herederos, sucesores o causahabientes.²⁴⁹

El incidente de reparación integral tiene lugar una vez emitido el fallo que declara la responsabilidad penal del acusado, es decir, una vez agotadas las etapas procesales de investigación y juicio oral. En cuanto a la legitimación activa para

²⁴⁸ Comisión Redactora Constitucional. Creada por el Acto Legislativo 003 de 2002. Acta 007 de 28 de febrero de 2003.

²⁴⁹ Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004. Artículo 102. Op. Cit.

solicitar el adelantamiento del mismo, el artículo 102 del C.P.P. establece una clara distinción, según la pretensión sea exclusivamente económica, situación en la cual sólo podrá ser formulada por la víctima directa, sus herederos o causahabientes, en tanto que, en los demás casos, esto es, cuando la petición no sea meramente pecuniaria, la solicitud deberá ser presentada por la víctima o por solicitud “del fiscal o del ministerio público a instancia de ella”. Quiere ello decir que la Ley 906 de 2004, al igual que sucede en el derecho internacional de los derechos humanos, consagra el derecho de las víctimas de los delitos a ser plenamente reparadas y no simplemente indemnizadas. En otras palabras, quien acude a un incidente de reparación integral, como lo señala la norma citada, puede tener una pretensión meramente económica, caso en el cual, la legitimación activa para solicitar la apertura del incidente se encuentra limitada a los interesados; por el contrario, cuando se busca no sólo ser indemnizado pecuniariamente sino ser reparado integralmente, esto es, se persiguen la adopción de medidas de *restitutum in integrum*, modalidades de reparación del daño sufrido por una determinada comunidad, medidas de satisfacción o simbólicas, la legitimación se extiende a la Fiscalía y al Ministerio Público. De hecho, puede suceder que las víctimas acudan al incidente de reparación integral sin la pretensión de la obtención de una indemnización económica, sino con el propósito, por ejemplo, de obtener otra forma de reparación del daño, como lo es la simbólica, por parte del victimario.²⁵⁰

4.4.5.2 Trámite

Iniciada la audiencia el incidentante formulará oralmente su pretensión en contra del declarado penalmente responsable, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer.

El juez examinará la pretensión y deberá rechazarla si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los

²⁵⁰ S Cfr. Corte Constitucional. *Sentencia C-425 de mayo 31 de 2006*. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

perjuicios y este fuere la única pretensión formulada. La decisión negativa al reconocimiento de la condición de víctima será objeto de recurso de impugnación en los términos del Código de Procedimiento Penal.

Admitida la pretensión el juez la pondrá en conocimiento del declarado penalmente responsable y acto seguido ofrecerá la posibilidad de una conciliación que de prosperar dará término al incidente y lo allí acordado se incorporará a la sentencia. En caso contrario el juez fijará fecha para una nueva audiencia dentro de los ocho (8) días siguientes para intentar nuevamente la conciliación y de no lograrse el declarado penalmente responsable deberá ofrecer sus propios medios de prueba.²⁵¹

La Corte Constitucional en la sentencia C-425 de 2006²⁵² realizó algunas precisiones sobre el incidente de reparación integral, su trámite y la participación del tercero civilmente responsable dentro del mismo:

El Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo importantes modificaciones en el sistema procesal colombiano. En tal sentido, en lo que concierne a los actores que integran la relación jurídico-procesal, el nuevo esquema procesal prevé expresamente las intervenciones (i) de las víctimas; (ii) del imputado; (iii) del fiscal; (iv) del juez de conocimiento; (v) del Ministerio Público; (vi) del juez de control de garantías y (vii) de los jurados, encargados de administrar justicia en forma transitoria, en los términos que señale la ley²⁵³. Por el contrario, el tercero civilmente responsable no es considerado ni parte ni interviniente en el mismo, lo cual no obsta para que, en los términos de la Ley 906 de 2004, sea citado al incidente de reparación integral de perjuicios.

En lo que concierne al trámite del incidente de reparación integral, se tiene que, una vez emitido el fallo condenatorio, dentro de los ocho días siguientes el juez de conocimiento convocará a una audiencia pública. Una vez iniciada la misma, el incidentante formulará oralmente su pretensión, sea económica o no, expresando concretamente la forma de reparación a la cual aspira, indicando así mismo las pruebas que hará valer. Acto seguido, el juez examinará el contenido de la pretensión y verificará si quien la promueve se encuentra o no legitimado para ello.

²⁵¹ Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004. Artículo 103.

²⁵² De mayo 31 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁵³ Ver al respecto sentencias C- 873 de septiembre 30 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C- 591 de junio 9 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Una vez admitida la pretensión, el juez la pondrá en conocimiento del declarado penalmente responsable, ofreciendo la posibilidad de llegar a una conciliación; caso de no ser ésta posible, se fijará una nueva audiencia durante la cual el condenado deberá ofrecer sus propios medios de prueba. De tal suerte que, de no llegarse a conciliación alguna, con base en las pruebas aportadas por las partes, y sus respectivos alegatos, el juez finalmente tomará una decisión que ponga fin al incidente, la cual se incorporará a la sentencia de responsabilidad penal.

4.4.5.3 Audiencia de pruebas y alegaciones

Esta audiencia está consagrada en el artículo 104 del Código de Procedimiento Penal.

El día y hora señalados el juez realizará la audiencia, la cual iniciará con una invitación a los intervinientes a conciliar. De lograrse el acuerdo su contenido se incorporará a la decisión. En caso contrario, se procederá a la práctica de la prueba ofrecida por cada parte y se oirá el fundamento de sus pretensiones.

La ausencia injustificada del solicitante a las audiencias de este trámite implicará el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud, y la condenatoria en costas.

Si injustificadamente no compareciere el declarado penalmente responsable se recibirá la prueba ofrecida por los presentes y, con base en ella, se resolverá. Quien no comparezca, habiendo sido citado en forma debida, quedará vinculado a los resultados de la decisión del incidente.

4.4.5.4 Decisión de reparación integral

Reza el artículo 105 del CPP

En la misma audiencia el juez adoptará la decisión que ponga fin al incidente, la cual se incorporará a la sentencia de responsabilidad penal.

4.4.5.5 Caducidad

El Código de Procedimiento Penal, en el artículo 106 establece:

La solicitud para la reparación integral por medio de este procedimiento especial caduca treinta (30) días después de haberse anunciado el fallo de responsabilidad penal contra el culpable.

4.4.5.6 Tercero civilmente responsable

Es la persona que según la ley civil deba responder por el daño causado por la conducta del condenado.

El tercero civilmente responsable podrá ser citado o acudir al incidente de reparación a solicitud de la víctima del condenado o su defensor. Esta citación deberá realizarse en la audiencia que abra el trámite del incidente.²⁵⁴

El tercero civilmente responsable podrá ser citado o acudir al incidente de reparación integral a solicitud de la víctima, del condenado o de su defensor, citación que deberá realizarse en el curso de la audiencia que abra el trámite del incidente. De igual manera, el estatuto procesal prevé la citación del asegurador, por los mismos sujetos procesales, e incluso, por el tercero civilmente responsable.

Sobre la participación del tercero civilmente responsable en el incidente de reparación integral, la Corte Constitucional ²⁵⁵realiza cuatro planteamientos:

El tercero civilmente responsable en el sistema acusatorio no es una parte o interviniente, en los términos del Título IV del Libro I del C.P.P. sino que su actuación se limitará a participar, en igualdad de condiciones que la víctima, en el incidente de reparación integral.

²⁵⁴ Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004. *Artículo 107*. Op. Cit.

²⁵⁵ Corte Constitucional. *Sentencia C-425 de mayo 31 de 2006*. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Deberá ser citado al incidente, de conformidad con la ley, o acudirá al mismo en caso de buscarse una reparación de carácter económico.

Podrá llamar en garantía a un asegurador.

Gozará de todas las garantías procesales, en especial aportar y controvertir pruebas, para desvirtuar la presunción legal según la cual los daños que ocasionaron las personas a su cuidado le son imputables por no haber ejercido adecuadamente un control y vigilancia sobre aquellos; rebatirá la existencia del daño causado, el monto el mismo, la calidad de víctima, e incluso, podrá llegar a una conciliación con la misma.

4.4.5.7 Citación al asegurador

“Exclusivamente para efectos de la conciliación de que trata el artículo 103, la víctima, el condenado, su defensor o el tercero civilmente responsable podrán pedir la citación del asegurador de la responsabilidad civil amparada en virtud del contrato de seguro válidamente celebrado, quien tendrá la facultad de participar en dicha conciliación.”²⁵⁶

En materia de citaciones, el nuevo Código de Procedimiento Penal diferencia entre notificaciones y citaciones, procediendo estas últimas cuando se convoque a la celebración de una audiencia o deba adelantarse un trámite especial. De igual manera, la ley prevé la forma de realizar la citación, puntualizando que “podrán utilizarse los medios técnicos más expeditos posibles y se guardará especial cuidado de que los intervinientes sean oportuna y verazmente informados de la existencia de la citación.”²⁵⁷

Así mismo, en la citación deberá quedar claro la clase de diligencia para la cual se requiere a la persona, si debe acudir con abogado, y de ser factible, la clase de delito, la fecha de comisión del mismo y el nombre de la víctima.

²⁵⁶ Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004. Artículo 108. Op. Cit.

²⁵⁷ *Ibidem*. Artículo 172.

4.4.6 Justicia restaurativa

La Justicia restaurativa no reconoce el proceso penal como un simple proceso de sanción frente a una falta, va mas allá, admite que el delito causa un daño y que este, además de ser sancionado, debe ser reparado para sanar las heridas. No es una justicia sancionadora, es reparadora y, como tal, reconoce que los actores del conflicto deben participara en su solución.²⁵⁸

Esta forma de aplicar justicia no es nueva y tampoco fue inventada por los legisladores colombianos, esta categoría jurídica encuentra sus orígenes desde el comienzo mismo de la humanidad en donde las antiguas Leyes y Códigos como Las Doce Tablas, el Código de Ammurabi, entre otras, ordenaban la reparación del daño causado por el delito cometido.

Esta reparación fue impuesta como forma de evitar los actos de venganzas en contra de quien cometía la infracción en el conglomerado social; esto se daba especialmente cuando el delito era cometido en contra del patrimonio económico.

Todo esto aclara el panorama de la Justicia Restaurativa ya que desde el principio de la existencia se consideraba el delito como un atentado en contra de la paz del Rey o del Estado; es de este concepto de donde se deriva el Sistema Retributivo de Justicia Penal que es utilizado hoy en día, puesto que aun se tiene la convicción de que un hecho punible afecta directamente no solo los valores sociales imperantes, sino la propia existencia y seguridad del Estado, por lo cual la Justicia Restaurativa toma una gran importancia en el sistema jurídico vigente en donde la interacción social genera continuos conflictos interpersonales que, además de sobrecargar la capacidad de administrar justicia por parte del Estado, contribuye a su congestión en la medida en que cada litigio, por menor que sea,

²⁵⁸ Cfr. SAMPEDRO, Arrubla Julio Andrés. *¿Que es y para que sirve la justicia restaurativa?* Op. Cit.

incrementa el volumen de casos en espera de trámite por parte de los despachos judiciales, lo que afecta gravemente el ya deteriorado panorama social al profundizar la desconfianza por no contar con una justicia real, rápida y oportuna que permita consolidar el ideal de la cultura ciudadana de convivencia pacífica.

Lo anterior se hace más dramático si se tiene en cuenta que muchas de las diferencias que actualmente están a la espera de una solución judicial, no requieren de las pesadas formalidades de los juicios, sino la simple mirada objetiva de un tercero, cuya investidura permita llegar a un acuerdo y satisfacción entre las partes.

Fruto de esta realidad, en Colombia se aplican mecanismos alternativos de solución de conflictos, que regula las relaciones comunitarias y promueven una sana y pacífica convivencia; en un comienzo de manera informal, pero después como instrumentos legítimos, idóneos para ofrecer soluciones rápidas, oportunas y efectivas sobre diferencias de carácter menor, de frecuente ocurrencia.

Estos mecanismos alternativos de solución de conflictos ayudan a restablecer la confianza en la justicia por parte de los asociados; cuando acuden ante sus propios agentes conciliadores y mediadores, para que equitativamente y con diligencia diriman o promuevan soluciones concretas.

Con ocasión de la expedición de la Carta Política de 1991, el tema de la administración de justicia tuvo un giro definitivo, motivo por el cual se reclama la sustitución de un esquema tradicional por un proyecto para el mejoramiento de la justicia, este fue la solución alternativas de conflictos, en los que participan servidores públicos y personas particulares, para facilitar la solución a los problemas, propios y ajenos, hacer efectivo un mayor nivel de acceso y eficiencia en los mecanismos de provisión de justicia.

Con dirección a esa específica finalidad, se expidieron la Ley 23 de 1991, el Decreto Reglamentario 800 de 1991, Decreto 2651 de 1991, Ley 70 de 1993, Ley 134 de 1994, Ley 270 de 1996, Ley 446 de 1998, Ley 497 de 1999, Ley 640 de 2001, el Acto Legislativo 003 del 2002 que reformó de manera estructural los artículos 116, 250 y 251 de la Carta Política y que sirvió de transición al nuevo sistema acusatorio, y la Ley 906 de 2004 que expidió el nuevo Código de Procedimiento Penal.

Con esta última ley se abre camino para el establecimiento real de un modelo de Justicia Restaurativa en materia penal, dirigido a atender con eficiencia y oportunidad las necesidades de los asociados y, a la vez, procurar la descongestión de despachos judiciales.

Mediante la adopción de este esquema se implementaron mecanismos como la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación, que se gobiernan por los principios rectores y garantías procesales del derecho procesal penal, formas para una pronta y cumplida justicia.

La Justicia Restaurativa es un nuevo movimiento en el campo de la victimología y la criminología, que parte del reconocimiento de que el delito causa daños a las personas y comunidades y que, por lo tanto, debe ser corregido creando un escenario donde se reduzcan los índices de impunidad, intolerancia, congestión y mora en la administración de justicia, y que a la vez logre el justo reconocimiento del perjuicio causado a la víctima y la resocialización del infractor en la comunidad.

Este específico modelo de justicia se desarrollará con la participación de conciliadores particulares y funcionarios de la fiscalía, quienes decidirán en equidad las causas menores, con el propósito de obtener el resarcimiento de los perjuicios y el reconocimiento del derecho.

Se implementará en las Salas de Atención al Usuario, SAU, Salas de Conciliación y las Casas de Justicia que apoyan el proyecto, y se recibirá ayuda Interinstitucional ofrecida por los Centros de conciliación, universidades, colegios de abogados y diferentes agremiaciones que agrupan otras profesiones.

Dentro de los mecanismos de la Justicia Restaurativa se encuentran:

1. Conciliación preprocesal
2. Conciliación procesal en el incidente de reparación integral
3. Mediación

4.4.6.1 Conciliación

Para los efectos del nuevo sistema la conciliación será preprocesal, y procesal en el incidente de reparación integral.

4.4.6.1.1 Conciliación preprocesal

Es una estrategia de solución de conflictos que, entendida como medio alternativo al proceso judicial y gracias a la intervención de un conciliador, permite que las partes consideren sus necesidades, intereses, y todo aquello que es verdaderamente relevante del problema, para fomentar y favorecer una solución justa por encima de los hechos manifiestos o de basarse fielmente en lo que estipula la ley para resolver el conflicto.

Así, pues, la conciliación es aquel mecanismo mediante el cual las partes envueltas en un conflicto, previa actuación de un conciliador, buscan una solución racional, lógica y satisfactoria que ponga fin a la controversia.

4.4.6.1.1.1 Oportunidad, competencia y restricciones

De acuerdo con el artículo 522 del Código de Procedimiento Penal, la conciliación preprocesal es un requisito de “*procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables*”. Ello significa que debe definirse previamente; antes de iniciar la acción penal en el sistema procesal penal colombiano.

De este modo, la conciliación preprocesal puede intentarse durante la indagación, cuando a ella ha habido lugar, y, en todo caso, como requisito de procedibilidad hasta antes de formular la imputación.

Para poder intentar la conciliación preprocesal, obviamente debe estar identificado o individualizado el querellado, pues de otra manera no podría citársele para el arreglo, como lo dispone el inciso 2° del artículo 522 citado.

Otra razón adicional para indicar que la conciliación preprocesal tiene su ámbito durante la indagación o, en cualquier caso, en momentos anteriores a la formulación de imputación, lo indica la disposición señalada cuando prevé que si se produce el acuerdo, el fiscal procederá a archivar las diligencias, actitud que sólo puede asumirse “*antes de la formulación de imputación*”, pues, de lo contrario, el fiscal debería solicitar preclusión al juez de conocimiento.

La norma en cuestión indica que, si no se produce la conciliación o acuerdo, el fiscal deberá ejercitar la acción penal correspondiente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.

Ahora bien, lo dicho no se opone para que, tratándose de delitos querellables, a pesar de haberse iniciado la acción penal con la formulación de imputación, querellante y querellado puedan acudir a una conciliación extraprocésal, hasta

antes de que concluya la audiencia preparatoria, en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal y, posteriormente, el primero haga una manifestación procesal de desistimiento de la querrela, verbalmente o por escrito.

Son competentes para adelantar la audiencia de conciliación preprocesal: el fiscal delegado; un centro de conciliación; un conciliador reconocido como tal.

No habrá lugar a la conciliación preprocesal cuando hayan transcurrido seis (6) meses o más desde la comisión del delito, o desde el momento en que desaparezcan las circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor que impidieron al querellante legítimo tener conocimiento de la ocurrencia de la conducta punible, o cuando se presente alguna de las otras causales de extinción de la acción penal.

4.4.6.1.2 Conciliación en el incidente de reparación integral

Es el mecanismo de justicia restaurativa que tiene como propósito preferente la reparación del daño ocasionado con el delito, así como disminuir a favor del responsable del mismo las consecuencias de la pena.

4.4.6.1.2.1 Oportunidad procesal y peticionarios

Se podrá solicitar la práctica del incidente de reparación Integral durante los treinta (30) días siguientes a la emisión del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado.

La solicitud del incidente de reparación podrá ser presentada por la víctima, o sus herederos, sucesores o causahabientes, quienes lo harán por conducto de apoderado; por el fiscal o el Ministerio Público.

Cuando la pretensión sea exclusivamente económica, la solicitud sólo podrá ser presentada por la víctima, sus herederos, sucesores o causahabientes, por conducto de apoderado.

4.4.6.1.2.2 Conductas con perjuicios conciliables

Son susceptibles de conciliación dentro del incidente de reparación, los efectos civiles o patrimoniales generados por el delito cuyo pago, reparación, indemnización, devolución o reintegro, puedan amortizar, conmutar o disminuir parcialmente la tasación de las sanciones impuestas al declarado penalmente responsable.

4.4.6.1.3 Mediación

Es el mecanismo por el cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, promueve y estimula el intercambio de opiniones entre víctima, imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta.

4.4.6.1.3.1 Delitos susceptibles de mediación y aspectos sobre los que versa

Este mecanismo opera para los delitos perseguibles de oficio. En el caso de delitos querellables, cuando se haya formulado imputación, se dejará en libertad a las partes de acudir a ella, pues antes sería obligatoria la conciliación preprocesal.

La mediación podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados por el delito; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad o pedimento y ofrecimiento de

disculpas o solicitud y otorgamiento de perdón, y eventos similares que produzcan los mismos efectos restaurativos.

La mediación procede desde la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral siempre que la víctima, el imputado o acusado, acepten expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa. No obstante, en etapas diferentes del proceso, se advertirá a las partes la libertad que tienen de agotar la mediación en forma extraprocesal.

4.4.6.1.3.3 Competencia y aplicación

Será competente para recibir la solicitud de mediación el fiscal delegado, el juez de control de garantías o el juez de conocimiento, según el caso, para que el Fiscal General de la Nación, o su delegado para esos efectos, proceda a designar el mediador.

Para efecto de los beneficios que el acuerdo logrado pueda producir en la acción penal, la mediación se aplicará teniendo en cuenta dos aspectos fundamentales:

1. Que el mínimo de pena del delito por el cual se adelanta la investigación no exceda de cinco (5) años de prisión y que el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado. En el evento que las partes logren solucionar el conflicto que les enfrenta, el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión de la investigación.
2. Que el delito que se investiga tenga señalada pena cuyo mínimo sea superior a cinco (5) años de prisión. En este caso, el acuerdo obtenido con la mediación sólo será considerado para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena o el purgamiento de la sanción. Este acuerdo excluye el ejercicio de la acción

civil derivada del delito y el incidente de reparación integral. Igual aplicación se le dará a aquellos delitos cuyo mínimo de pena no excede los cinco (5) años de prisión, pero el bien jurídico protegido sobrepasa la órbita personal del perjudicado.

3. En el evento que el delito por el que se adelanta la investigación tenga señalada pena superior a cinco (5) años en su mínimo y sus efectos no sobrepasen la órbita personal del perjudicado y las partes obtengan un acuerdo como consecuencia de la mediación, el fiscal podrá determinar la aplicación del principio de oportunidad de conformidad con las causales expresadas en los numerales 1° y 8° del artículo 324 del C.P.P.

4.4.7 La Ley de Justicia y Paz

No se puede hablar de la justicia restaurativa en Colombia sin hablar de un tema tan controversial como lo es el proceso de paz con los grupos paramilitares, catalogados como uno de los grupos armados de mayor incidencia en la violación de los derechos humanos en nuestro país.

El gobierno Colombiano durante el primer mandato del Presidente Álvaro Uribe Vélez comenzó un proceso de negociación con las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) en el año 2002, proceso que culminó en Julio del 2005 con la aprobación por parte del Congreso y posterior sanción otorgada por el Presidente de la República a la Ley 975 de 2005, denominada “Ley de Justicia y Paz”. Esta ley otorga ciertos beneficios jurídicos a quienes se acogen a ella, a cambio de la desmovilización, la rendición de una versión libre, la entrega de bienes adquiridos ilícitamente, y la participación en el programa de reparación a las víctimas.

Pero esta Ley ha sido objeto de fuertes cuestionamientos por parte de diversos sectores tanto de la opinión nacional como internacional, que la calificaron como

una amnistía disfrazada. Pero el gobierno colombiano insiste en que representa un nuevo modelo de justicia de transición, que, si bien no es el ideal, si logra alumbrar un camino hacia la desmovilización mientras cumple con las obligaciones del Estado en materia de justicia, verdad y reparación.

Antes de la ley 975 de 2005, el proceso de desmovilización de paramilitares en Colombia se regía por la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002, reglamentada mediante los Decretos 128 de 2003, 3360 de 2003 y 2767 de 2004. Según el Decreto 128 de 2003, los individuos que voluntariamente abandonan sus actividades como miembros de organizaciones armadas al margen de la Ley, pueden beneficiarse del programa de desmovilización y acceder a beneficios legales, socioeconómicos, educativos, y económicos.

Este mismo decreto manifiesta en su Artículo 22 que “No gozarán de ninguno de los beneficios señalados quienes estén siendo procesados o hayan sido condenados por delitos que de acuerdo con la Constitución Política, la Ley o los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia no pueden recibir esta clase de beneficios”.

La Ley 975 fue diseñada para el beneficio de estas personas, dirigiéndose especialmente a los miembros de grupos ilegales *“cuando no puedan ser beneficiarios de algunos de los mecanismos establecidos en la Ley 782 de 2002”*²⁵⁹ que regula las amnistías e indultos por delitos cometidos durante el conflicto armado, excluyendo expresamente los crímenes de lesa humanidad y las graves violaciones de derecho humanos.

El vacío existente en el marco legal vigente, se llenó mediante la aprobación de la Ley 975, permitiendo la aplicación de un régimen de beneficios penales a las

²⁵⁹ Ley 975 de 2005. Artículo 10.

personas previamente vinculadas a un proceso en calidad de imputados, acusados o condenados por ciertos delitos, incluyendo las graves violaciones de derechos humanos, y que habían sido excluidas de tales beneficios en las leyes de desmovilización anteriores.

La Ley 975 otorga beneficios a los paramilitares excluidos por el Decreto 128 cuando establece:

Podrán acceder a los beneficios que establece la presente Ley los miembros de un grupo armado organizado al margen de la Ley que hayan sido o puedan ser imputados, acusados o condenados como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenecía a esos grupos, cuando no puedan ser beneficiarios de algunos mecanismos establecidos en la Ley 782 de 2002.

A partir de la aprobación de la Ley 975, los beneficios jurídicos del proceso de desmovilización en Colombia son aplicables a todos los miembros de los grupos paramilitares.

Los que no tienen procesos o condenas en su contra por delitos especificados pueden acogerse a la Ley 782 y Decreto 128; los que si tienen procesos o condenas por estos delitos pueden acogerse a la Ley 975.²⁶⁰

El derecho internacional ha reconocido que tanto las víctimas de violaciones de los derechos humanos y sus familiares como la sociedad en general tienen el derecho de conocer la verdad sobre estas violaciones.

Respecto a la búsqueda de la verdad y al esclarecimiento de los hechos, la Ley 975 en su artículo 17 establece un procedimiento mediante el cual el

²⁶⁰ Intervención del centro por la justicia y el derecho internacional- cejilante la Corte Constitucional Colombiana sobre la Ley 975 de 2005. Presentación de memorial en derecho, en calidad de amicus curae expediente No. D-6032. 2 de Diciembre de 2005.

desmovilizado rinde una versión libre ante un Fiscal delegado asignado para el proceso de desmovilización, manifestando la circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ha participado en hechos delictivos cometidos en ocasión de su pertenencia al grupo armado al margen de la ley, indicando los bienes que se entregaran para la reparación de las victimas, así como la fecha de ingreso al grupo armado. Pero la Sentencia C-370 de 2006 de la Corte Constitucional manifestó que los Artículos 17,25 y 29 de la ley de justicia y paz no obligan de forma clara a los desmovilizados a confesar todos los delitos de manera veraz y completa para obtener los beneficios.

Con el fin de asegurar el conocimiento de la verdad al que tiene derecho las victimas, la Corte determino que quienes se desmovilicen no solo están obligados a confesar los delitos que se le imputen, sino todos los que cometieron durante su pertenencia al grupo armado.

Además, si durante los procesos que se adelantan en contra del imputado se le descubre delitos que no confesó, pierde los beneficios de alternatividad. La Sentencia de la corte también impuso la obligación de informar el paradero de las personas desaparecidas por parte de estos grupos armados.

La reparación a las victimas es otro punto neurálgico del proceso de paz con las AUC y el más importante, puesto que la ausencia de una confesión plena de los delitos cometidos por los paramilitares, como requisito obligatorio para obtener y conservar los beneficios penales establecidos en la ley, debilitaba la reparación integral de las víctimas; pues la restitución de los bienes adquiridos en virtud del paramilitarismo, lo mismo que la reparación moral y simbólica, están ligadas a la identificación de los crímenes atribuidos a sus miembros. Si la verdad y la justicia no se realizan, la reparación pierde sustento y tiende a desvanecerse en el contenido de la ley. Además, la imprecisión de la norma con respecto a la responsabilidad del Estado en la reparación integral, dejaba en el aire los

derechos de las víctimas y los supeditaba a los bienes que los paramilitares reinsertados entregaran voluntariamente y a las pocas partidas que el Estado destinara para tal efecto.

La sentencia de la Corte Constitucional avanza en muchos puntos con respecto al derecho a la reparación, ya que considera que de acuerdo con la Constitución Política, los beneficiarios de la Ley 975 de 2005 deben responder con su propio patrimonio, adquirido legal o ilegalmente, para indemnizar a las víctimas y no sólo con los bienes ilícitos, como en forma absurda lo contemplaba la norma, al brindarle inconcebibles garantías patrimoniales a los jefes paramilitares.

Otro punto en el que la Corte Constitucional mejora la ley de justicia y paz es en su artículo 5, el cual restringía el concepto de víctima al cónyuge, compañero permanente, los padres y los hijos de los afectados por las acciones de los grupos armados ilegales; pues se extendió el concepto de víctima a cualquier otro familiar que haya sufrido un daño, sin limitar el grado de parentesco.

Este cambio en la Ley tiene efectos supremamente significativos. En primer lugar como se extendió el concepto de víctima así mismo se aumento el numero de participantes en los proceso judiciales en contra de los desmovilizados. En segundo lugar, como consecuencia lógica de este acrecentamiento, las cuantías de las reparaciones aumentan notoriamente pues a mayor numero de victimas, más grandes serán las indemnizaciones. Adicionalmente, la Ley restringía la intervención de las victimas en el proceso a la etapa del juicio, la Corte declaró la inexecutable de esta disposición y advirtió que pueden intervenir desde el comienzo de la investigación.

En lo relacionado con el derecho a la justicia, los beneficios penales incluidos en la ley vuelven grotesca cualquier pretensión de justicia; si tenemos en cuenta que las

penas alternativas para todo tipo de delitos, incluidos los atroces y de lesa humanidad, oscilan entre cinco y ocho años.

Con respecto al derecho a la justicia, fundamental en cualquier norma que pretenda contribuir a la paz y la reconciliación en nuestro país, la Corte no realiza mayores desarrollos.

Entre los pocos avances están los siguientes: no acepta que el tiempo cumplido en las denominadas zonas de concentración sea computado a la pena alternativa, pues declara inexecutable el artículo 31 de la ley 975 de 2005, en consecuencia, establece que la pena alternativa se debe cumplir de acuerdo con las normas penitenciarias, asimismo, ajusta los términos de la investigación para que ésta se pueda realizar dentro de los plazos que requiere un proceso de este tipo y no en los estrechos márgenes establecidos por la norma, los cuales iban a favorecer la impunidad.

Sin embargo, en los dos puntos centrales del derecho a la justicia, la proporcionalidad de las penas alternativas y la acumulación de las condenas, la Corte hace consideraciones ligeras.

Los Magistrados aceptan declarar la inconstitucionalidad de algunas normas de la Ley 975 de 2005 que afectan el derecho a la verdad, y algunas de las que vulneran el derecho a la reparación. Pero, cuando se analizó lo referente a la justicia, la Corte se detuvo y le dio vía libre a la *“pena alternativa”*, es decir, se incurrió por la Corte en el rompimiento de la unidad jurídica de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

La mayor parte de los avances contenidos en la sentencia C-370 de 2006, proferida por la Corte Constitucional, pueden quedar convertidos en una simple reseña histórica, si el Gobierno logra imponer su tesis de la aplicación del principio

de “*favorabilidad penal*” a los paramilitares, en el texto del Decreto que reglamenta la Ley 975 de 2005. De acuerdo con ésta tesis, la mayoría de los artículos declarados como inexequibles o condicionados por la Corte Constitucional, podrían ser aplicados a los miembros de los grupos paramilitares que se desmovilizaron antes del 18 de mayo, fecha en que se profirió la sentencia. Éste sería el efecto de que la Corte no haya considerado el fallo retroactivo, como lo solicitaron los demandantes, y de que no aclarara el momento en que la ley empieza a regir para sus beneficiarios.

Como se observa la Sentencia C-370 de 2006 queda corta en lo concerniente a la Justicia y así quedo plasmado en el salvamento de voto hecho por el magistrado de la Corte Constitucional JAIME ARAUJO RENTARÍA que manifiesta que la ley de justicia y paz debió haber sido declarada inconstitucional en su totalidad ya que no fue tramitada con el rigor procesal.

Se señala en dicho documento que la estructura general del conjunto de principios y sus fundamentos en relación con los derechos de las víctimas consideradas como sujetos de derechos, se concretan en:

- a. El derecho de las víctimas a saber;
- b. El derecho de las víctimas a la justicia; y
- c. El derecho a obtener reparación.

Las víctimas tienen derecho a la verdad, a la reparación y a la justicia como un haz inescindible. La paz, que es un valor importante, no es absoluto ni único. No hay paz sin justicia. La paz no se puede lograr al precio de una injusticia extrema. La injusticia extrema no es derecho, como dijera el ius filósofo Gustav Radbruch. La ley que consagra una

injusticia extrema no es derecho y por no ser derecho, la ley nunca surge a la vida jurídica. Esta tesis ha sido avalada, en el caso de los Centinelas del muro de Berlín, por el Tribunal Constitucional Federal Alemán y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. En idéntico sentido se ha pronunciado la Corte de Justicia de la Nación Argentina, en los casos de la última dictadura militar.²⁶¹

²⁶¹ Salvamento de voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería a la sentencia C- 370 de 2006 .

5. ANÁLISIS ESTADÍSTICO

Con el fin de realizar un análisis estadístico se llevó a cabo un estudio de los expedientes en los 3 Juzgados Penales del Circuito que manejaron casos de homicidios dolosos en el sistema penal acusatorio entre el 1º de Enero de 2005 y el 30 de Junio de 2006 de la ciudad, solo se analizaron los casos en los cuales se llegó a sentencia condenatoria, con el fin de conocer la intervención de los perjudicados por el delito, dentro del proceso. Al analizar cada uno de los expedientes se dio respuesta a cada una de las siguientes preguntas:

El propósito de este análisis es el de conocer la intervención de los perjudicados del delito, dentro del proceso

De la misma manera, busca comprobar la aplicación de varias disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Penal que consagran y protegen los derechos e intereses de las víctimas del delito, en este caso se examinará la intervención de los perjudicados por el homicidio doloso. Principalmente se observará la aplicación de normas contenidas en los artículos 11, 22, 102 a 108, 114 núms. 6, 12, 132 a 137, 348 a 354 del Código de Procedimiento Penal.

El artículo 11 establece los derechos de las víctimas. El presente análisis esencialmente busca comprobar la efectividad de derechos consagrados en el mismo, como son el derecho a una pronta e integral reparación que debe estar a cargo del autor del injusto, en este caso del homicidio. Igualmente del derecho de las víctimas y perjudicados a contar durante el juicio y el trámite del incidente de reparación integral con la asistencia de un abogado de oficio, si el interés de la justicia lo exigiere.

El artículo 22, por su parte, consagra el restablecimiento del derecho. Esta norma establece que los llamados a adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos producidos por el delito son la Fiscalía General de la Nación y los Jueces. Igualmente busca comprobarse la intervención y consecuentemente la efectividad de la misma, de los fiscales y jueces al cargo de los casos examinados.

El artículo 102 y siguientes contienen las normas relativas al incidente de reparación integral. Se pretende con el análisis realizado comprobar la real aplicación que se le da en la práctica a estas normas tendientes a lograr la reparación de las víctimas del delito, dentro del proceso penal.

El artículo 114 contiene las atribuciones de la Fiscalía General de la Nación. Es deber de la Fiscalía, en primer lugar, velar por la protección de las víctimas; igualmente solicitar ante el juez de conocimiento las medidas necesarias para su asistencia, la reparación y el restablecimiento de sus derechos. Por ser la Fiscalía la primera llamada a proteger los derechos de las víctimas, se analizará la efectividad de su intervención en el proceso con miras a la protección de los derechos mencionados.

Los artículos 132 a 137 conforman el Capítulo IV del Título IV del Código de Procedimiento Penal, este Capítulo se refiere a las Víctimas y sus garantías. En primer lugar se establece el derecho de las víctimas a su protección y atención. De estos artículos puede concluirse que el llamado a garantizar la protección y el respeto de los derechos de las víctimas durante todo el proceso es el Fiscal. Busca comprobarse si realmente la Fiscalía esta cumpliendo con los mandatos de la ley procesal tendiente a la asistencia a las víctimas del delito.

Finalmente los artículos 348 a 354 contienen las normas relativas a los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía e imputado o acusado. Como objetivos de los preacuerdos se establece en estas normas que son humanizar la

actuación penal, obtener una pronta justicia, propiciar la solución de los conflictos y la reparación integral de los perjuicios ocasionados por el delito. Se analizará en qué medida se han cumplido estos objetivos principalmente los dirigidos a lograr la pronta reparación de los perjuicios del delito.

El análisis de los expedientes que contienen los procesos adelantados por homicidios dolosos, se analizaron partiendo de las siguientes preguntas:

Juzgado _____

Expediente No _____

1. ¿Los perjudicados actuaron a través de apoderado?

Si _____ No _____

2. ¿En caso afirmativo, luego de la sentencia condenatoria, el abogado defensor solicitó el trámite del incidente de reparación integral?

Si _____ No _____

3. ¿Se presentó un preacuerdo?

Si _____ No _____

En caso de presentarse preacuerdo

4. ¿Se llegó a la condena a través de preacuerdo entre el acusado y la Fiscalía?

Si _____ No _____

5. ¿En caso afirmativo, en el preacuerdo se negoció entre la Fiscalía y acusado alguna indemnización a favor de los perjudicados por el homicidio?

Si_____ No_____

6. ¿Se tasó, por parte del Juez, en la sentencia condenatoria algún monto por concepto de indemnización a favor de los perjudicados por el homicidio?

Si_____ No_____

En caso de no presentarse preacuerdo

7. ¿Solicitó la Fiscalía pruebas tendientes a determinar el monto de la indemnización al perjudicado?

Si_____ No_____

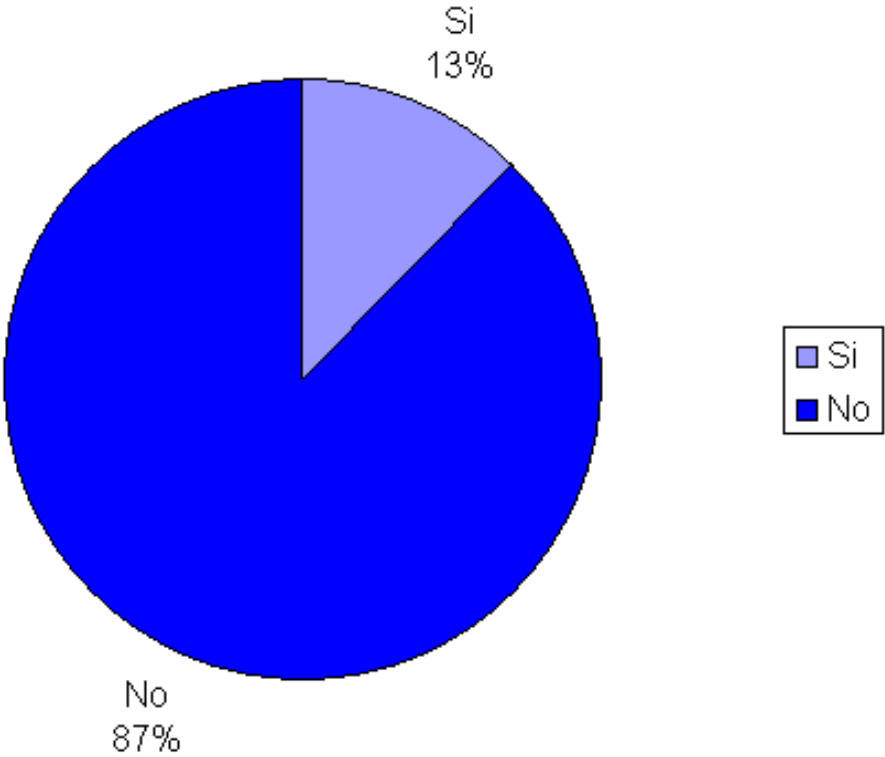
8. ¿Luego de la sentencia condenatoria, la Fiscalía solicitó se tramitara el incidente de reparación integral?

Si_____ No_____

Juzgado 5° Pregunta No 1	
Si	No
12,5%	87,5%

EN EL 87,5% DE LOS CASOS ANALIZADOS LOS PERJUDICADOS NO ACTUARON A TRAVÉS DE APODERADO. EL 12,5% RESTANTE SÍ LO HICIERON

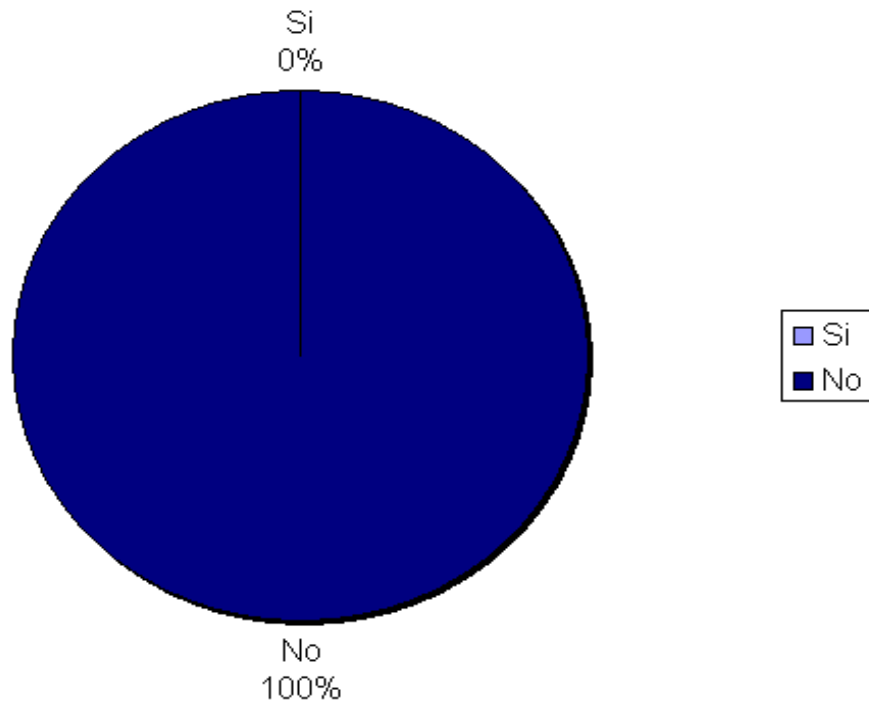
Pregunta No 1



Juzgado 5° Pregunta 2	
Si	No
0,0%	100,0%

DEL 12, 5 % DE PERJUDICADOS QUE ACTUARON A TRAVES DE APODERADO, EN EL 100% DE LOS CASOS EL ABOGADO DEFENSOR NO SOLICITÓ EL TRÁMITE DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL LUEGO DE LA SENTENCIA CONDENATORIA

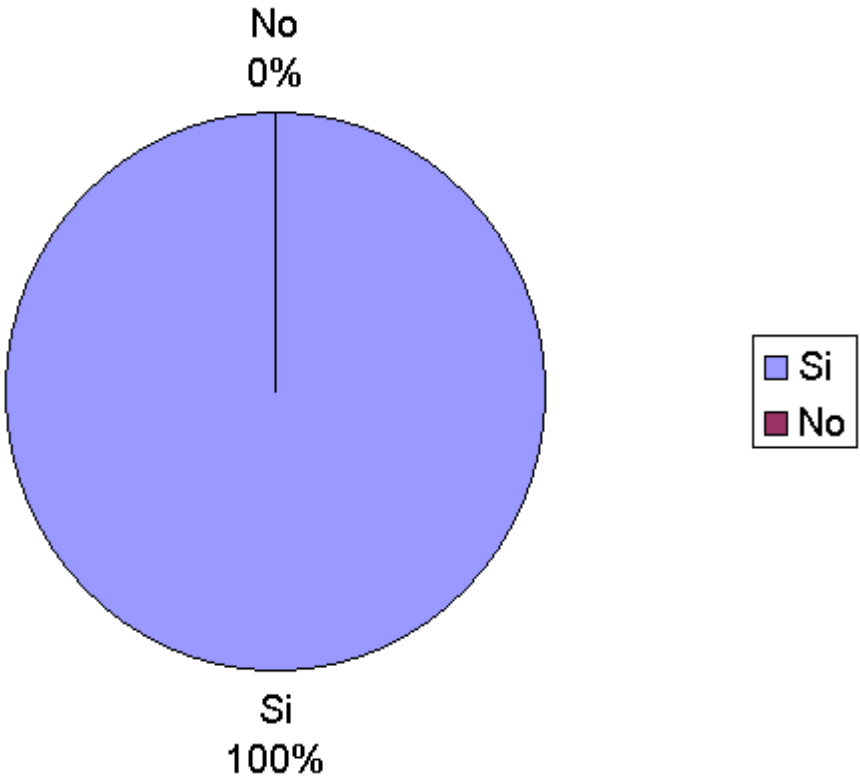
Pregunta No 2



Juzgado 5° Pregunta No 3	
Si	No
100,0%	0,0%

EN EL 100% DE LOS CASOS ANALIZADOS SE REALIZÓ
PREACUERDO

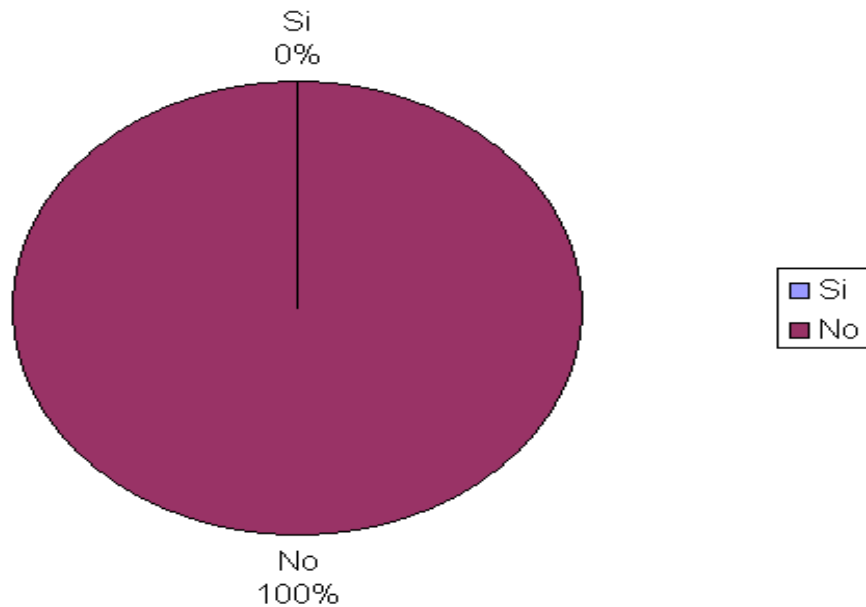
Pregunta No 3



Juzgado 5° Pregunta No 4	
Si	No
0,0%	100,0%

DEL 100% DE LOS CASOS EN QUE SE LLEGÓ A CONDENA A TRAVES DE PREACUERDO, EN LA TOTALIDAD NO SE NEGOCIÓ INDEMNIZACIÓN ALGUNA A FAVOR DE LOS PERJUDICADOS POR EL HOMICIDIO

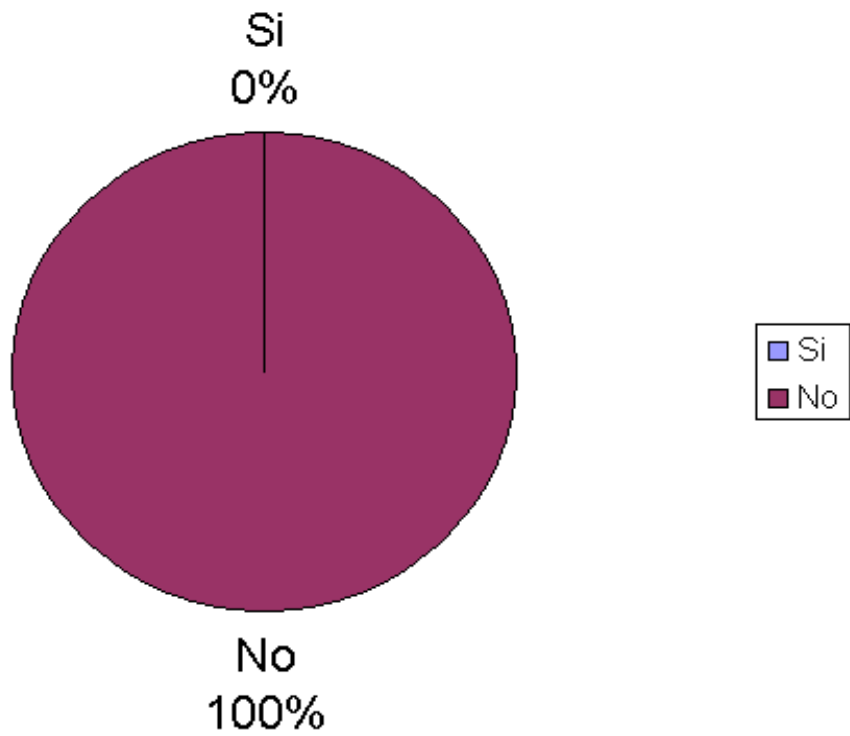
Pregunta No 4



Juzgado 5° Pregunta No 5	
Si	No
0,0%	100,0%

EN EL 100% DE LOS CASOS EN LOS QUE SE REALIZARÓ PREACUERDO, EL JUEZ NO TASÓ NINGUN MONTO POR CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN A FAVOR DE LOS PERJUDICADOS POR EL HOMICIDIO

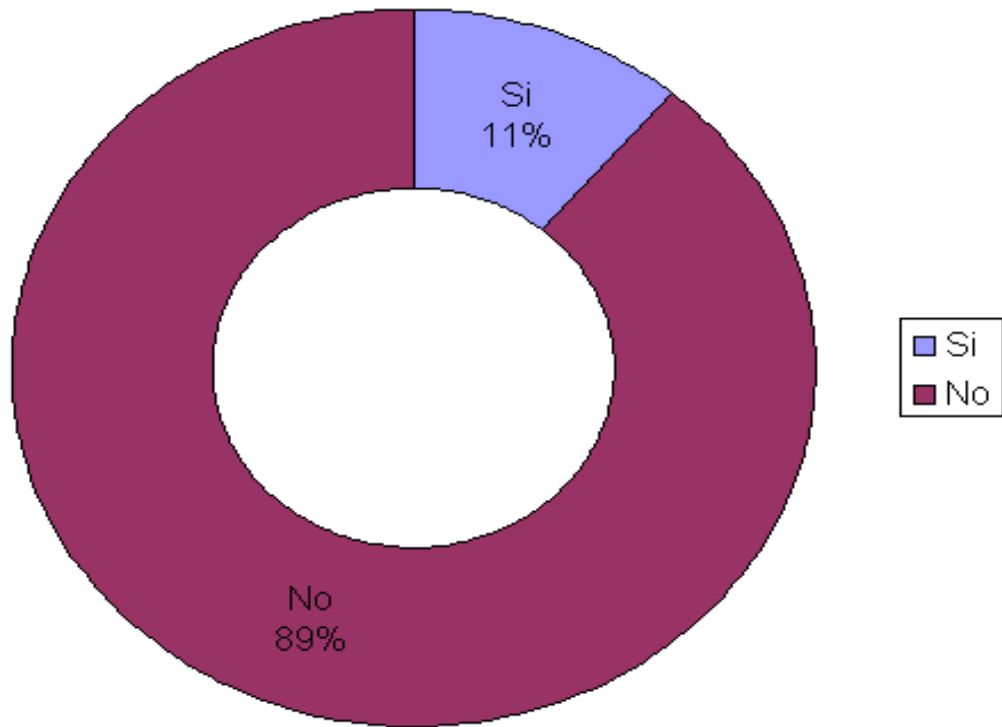
Pregunta No 5



Juzgado 6° Pregunta No 1	
Si	No
11,1%	88,9%

EN EL 11,1% DE LOS CASOS, LOS PERJUDICADOS ACTUARON A TRAVES DE APODERADO, EL 88,9% RESTANTE NO LO HIZO

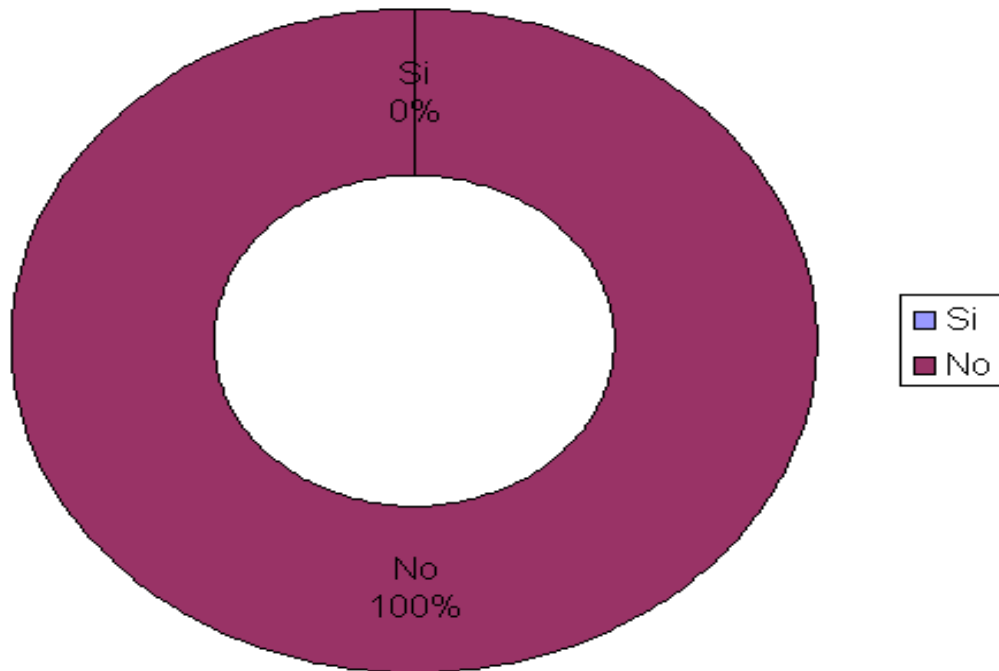
Pregunta No 1



Juzgado 6° Pregunta No 2	
Si	No
0,0%	100,0%

EN EL 11,1% DE LOS CASOS EN LOS QUE LOS PERJUDICADOS POR EL DELITO ACTUARON A TRAVES DE UN APODERADO, EN EL 100% DE LOS PROCESOS SE ENCONTRÓ QUE EL ABOGADO DEFENSOR NO SOLICITÓ EL TRÁMITE DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL LUEGO DE LA SENTENCIA CONDENATORIA

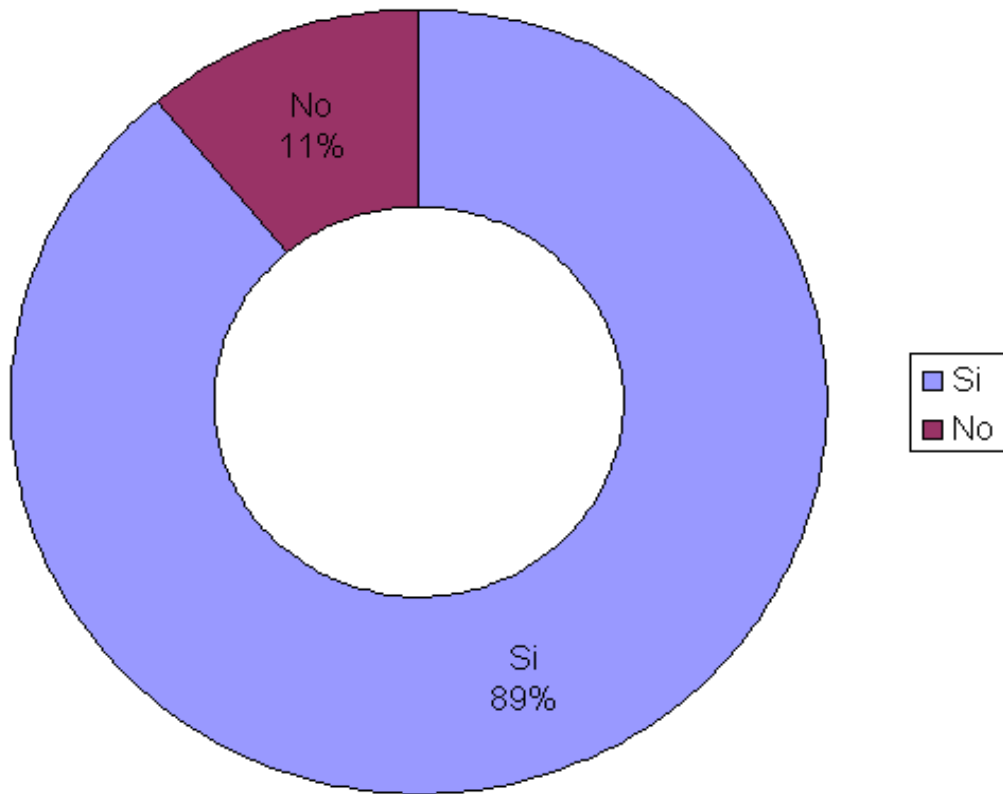
Pregunta No 2



Juzgado 6° Pregunta No 3	
Si	No
88,9%	11,1%

EN EL 88,9% DE LOS CASOS ANALIZADOS SE REALIZARON PREACUERDOS, EN EL 11,1% DE LOS CASOS RESTANTES NO SE LLEVÓ A CABO

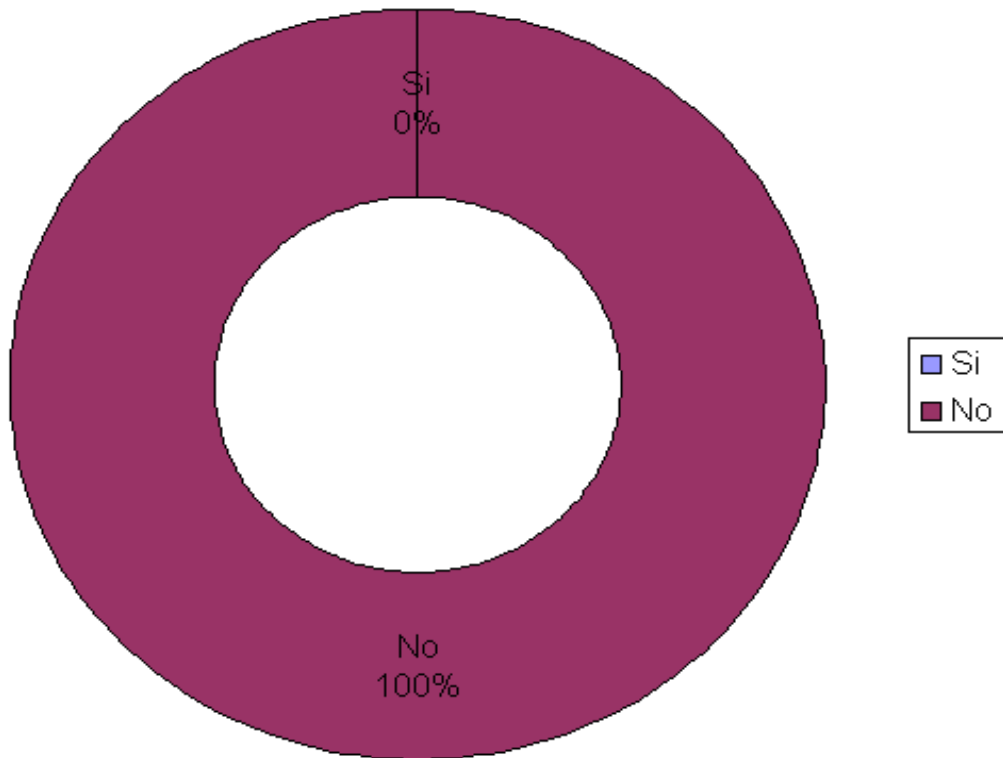
Pregunta No 3



Juzgado 6° Pregunta No 4	
Si	No
0,0%	100,0%

DEL 100% DE LOS CASOS EN QUE SE LLEGÓ A CONDENA A TRAVES DE PREACUERDO ENTRE EL ACUSADO Y LA FISCALIA, EN LA TOTALIDAD DE ELLOS NO SE NEGOCIÓ INDEMNIZACION ALGUNA A FAVOR DE LOS PERJUDICADOS POR EL HOMICIDIO

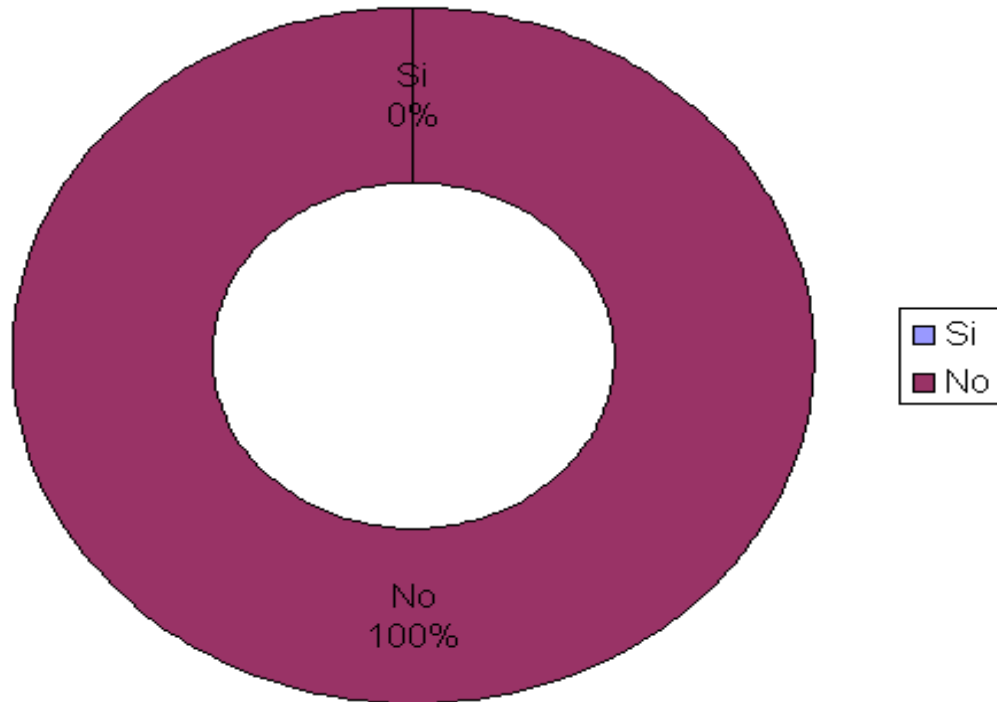
Pregunta No 4



Juzgado 6° Pregunta No 5	
Si	No
0,0%	100,0%

EN EL 88,9% DE LOS CASOS EN LOS QUE SE LLEVÓ A CABO UN PREACUERDO, EL JUEZ NO TASÓ NINGUN MONTO POR CONCEPTO DE INDEMNIZACION A FAVOR DE LOS PERJUDICADOS POR EL HOMICIDIO

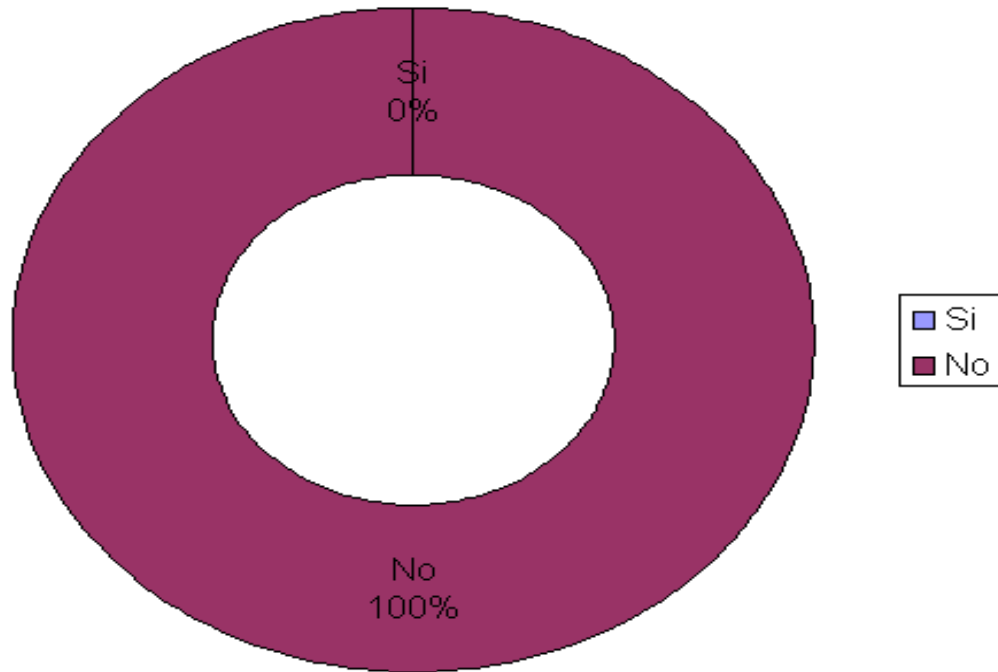
Pregunta No 5



Juzgado 6º Pregunta No 6	
Si	No
0,0%	100,0%

EN EL 11.1% DE LOS CASOS EN QUE NO SE PRESENTÓ UN PREACUERDO, LA FISCALÍA NO SOLICITÓ PRUEBAS PARA DETERMINAR EL MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUDICADO

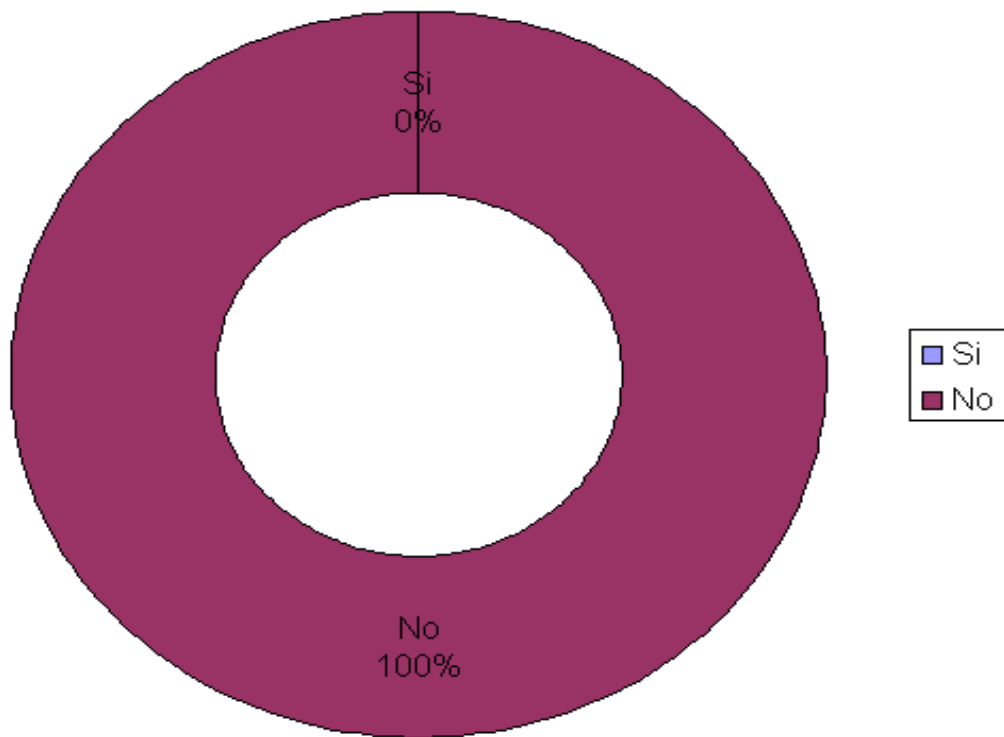
Pregunta No 6



Juzgado 6° Pregunta No 7	
Si	No
0,0%	100,0%

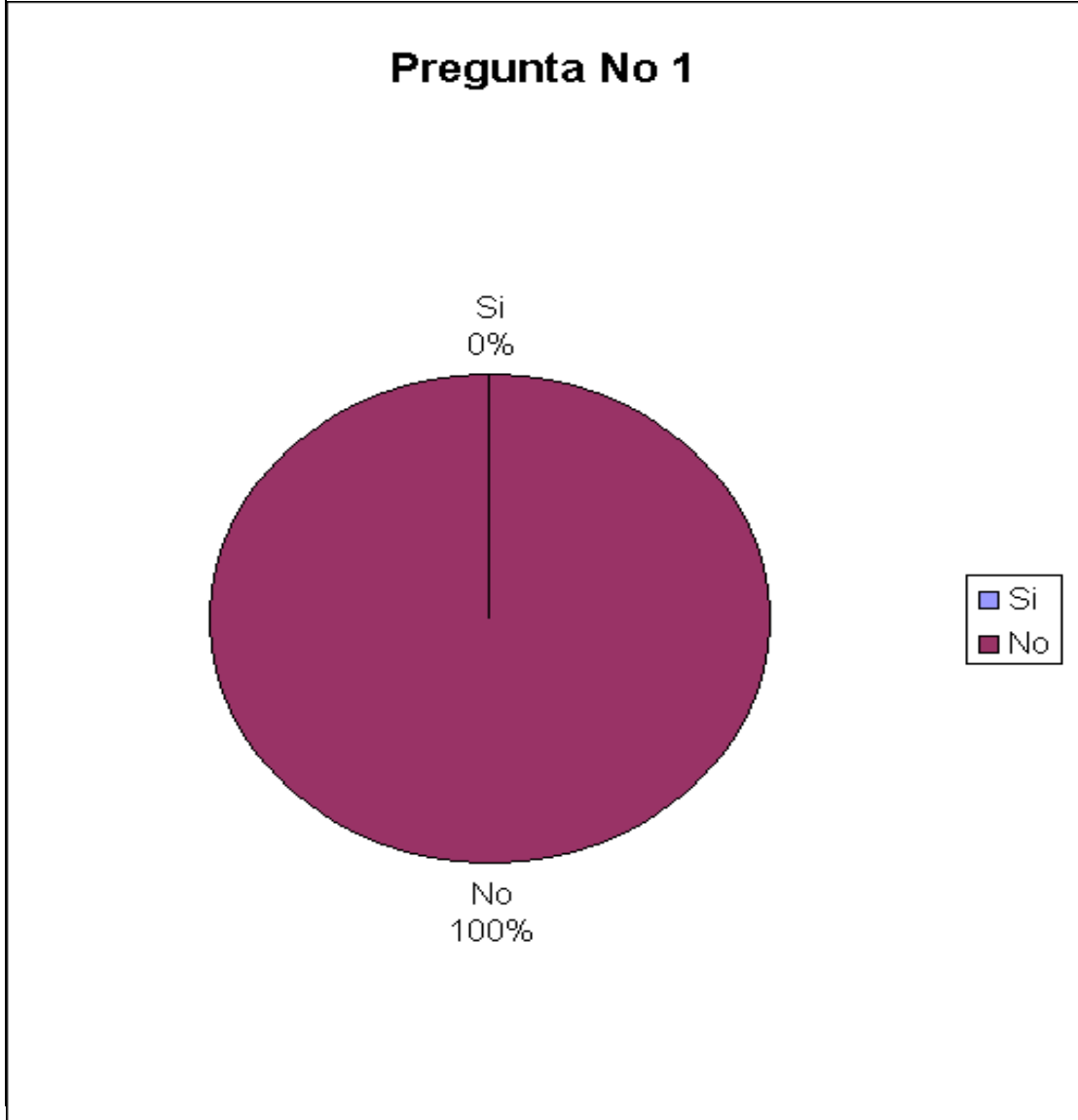
EN EL 11,1% DE LOS CASOS EN LOS QUE NO SE PRESENTÓ PREACUERDO, LUEGO DE LA SENTENCIA CONDENATORIA, LA FISCALÍA NO SOLICITÓ QUE SE TRAMITARA EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL

Pregunta No 7



Juzgado 7° Pregunta No 1	
Si	No
0,0%	100,0%

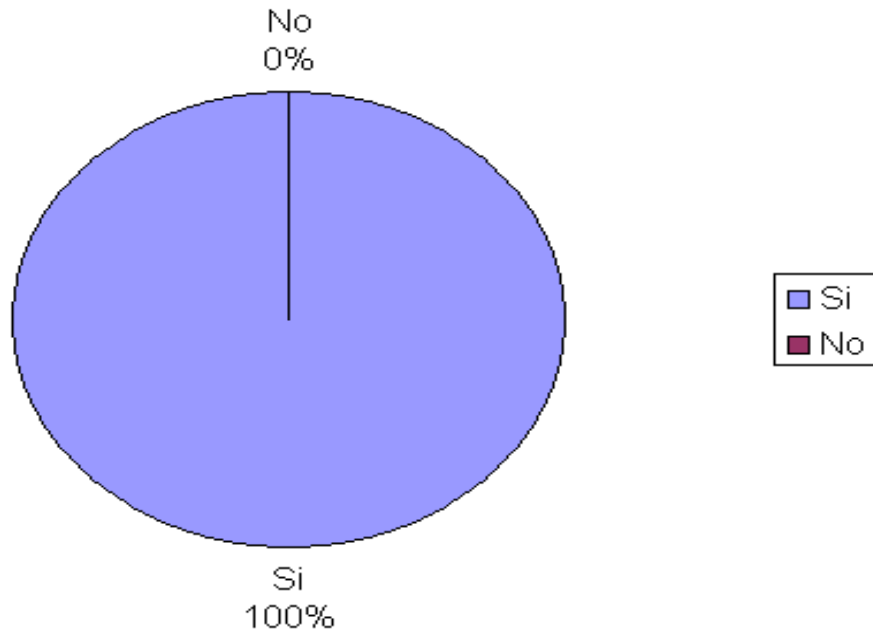
EN EL 100% DE LOS CASOS LOS PERJUDICADOS NO ACTUARON A TRAVES DE APODERADO



Juzgado 7° Pregunta No 3	
Si	No
100,0%	0,0%

EN EL 100% DE LOS CASOS ANALIZADOS SE LLEVÓ A CABO UN PREACUERDO

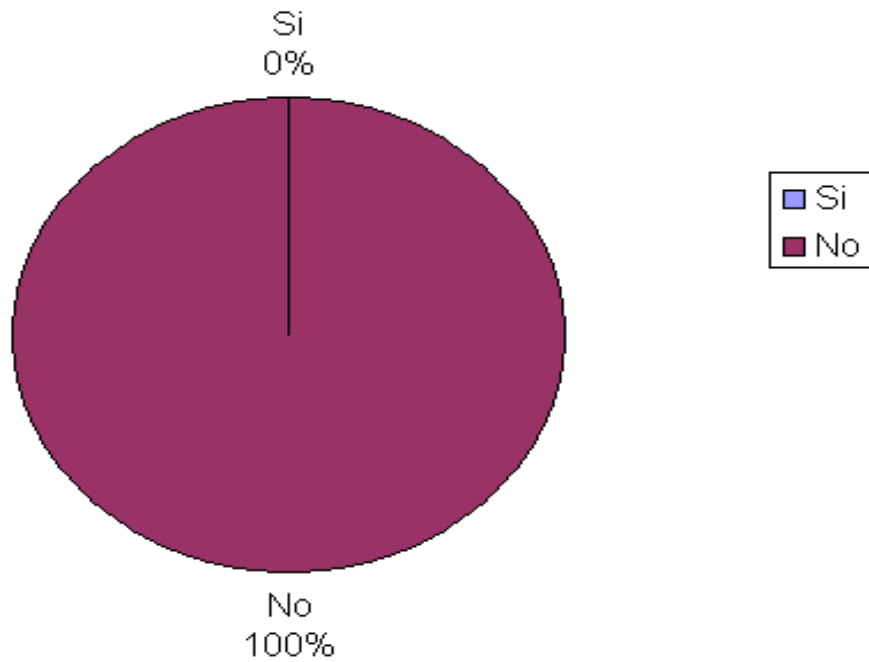
Pregunta No 3



Juzgado 7° Pregunta No 4	
Si	No
0,0%	100,0%

EN EL 100% DE LOS CASOS EN QUE SE LOGRÓ LA CONDENA A TRAVES DE PREACUERDO ENTRE EL ACUSADO Y LA FISCALÍA, LA TOTALIDAD, NO LOGRÓ INDEMNIZACION ALGUNA A FAVOR DE LOS PERJUDICADOS POR EL HOMICIDIO

Pregunta No 4

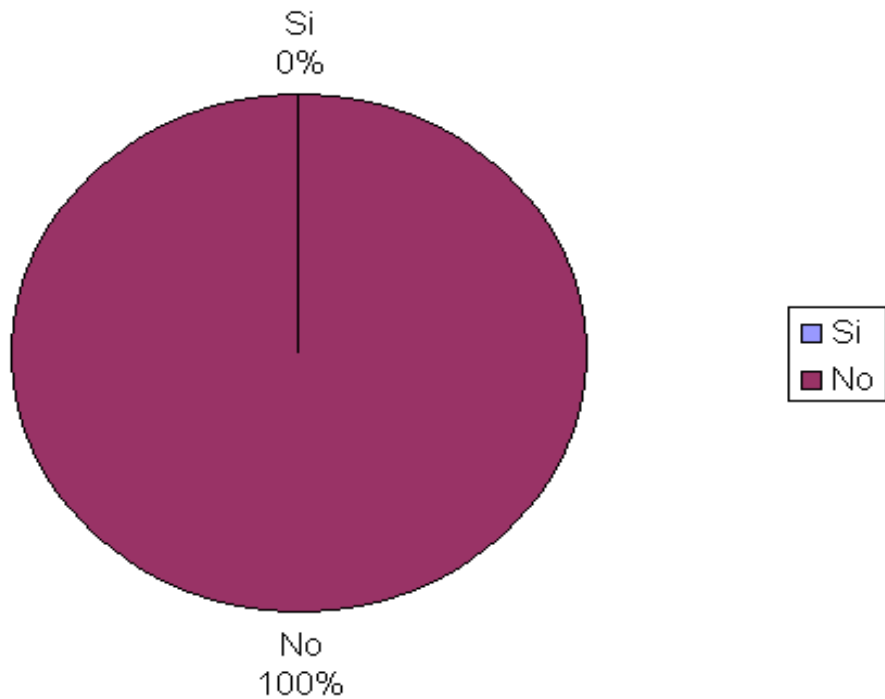


Juzgado 7° Pregunta No 5

Si	No
0,0%	100,0%

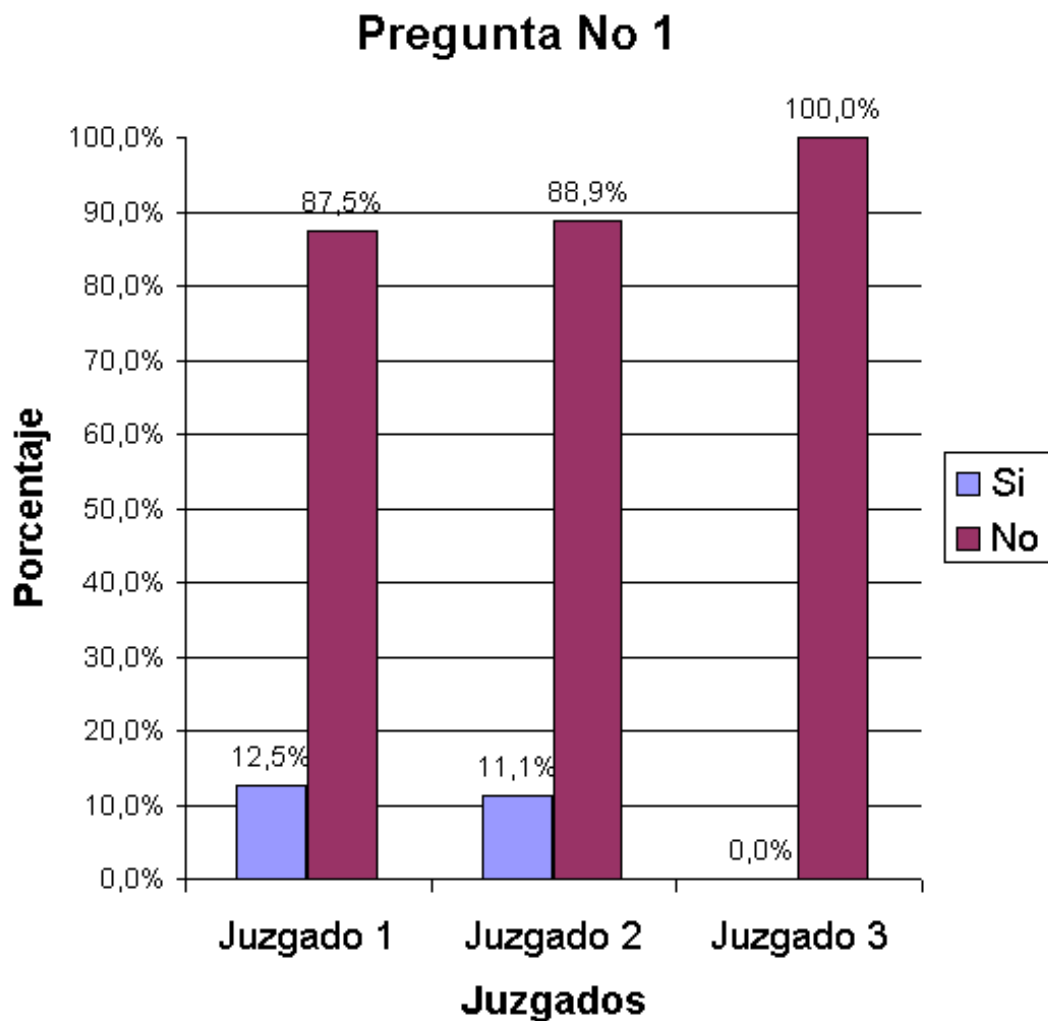
EN EL 100% DE LOS CASOS EN QUE SE REALIZARON PREACUERDOS, EL JUEZ NO TASÓ NINGÚN MONTO POR CONCEPTO DE INDEMNIZACION A FAVOR DE LOS PERJUDICADOS POR EL HOMICIDIO

Pregunta No 5



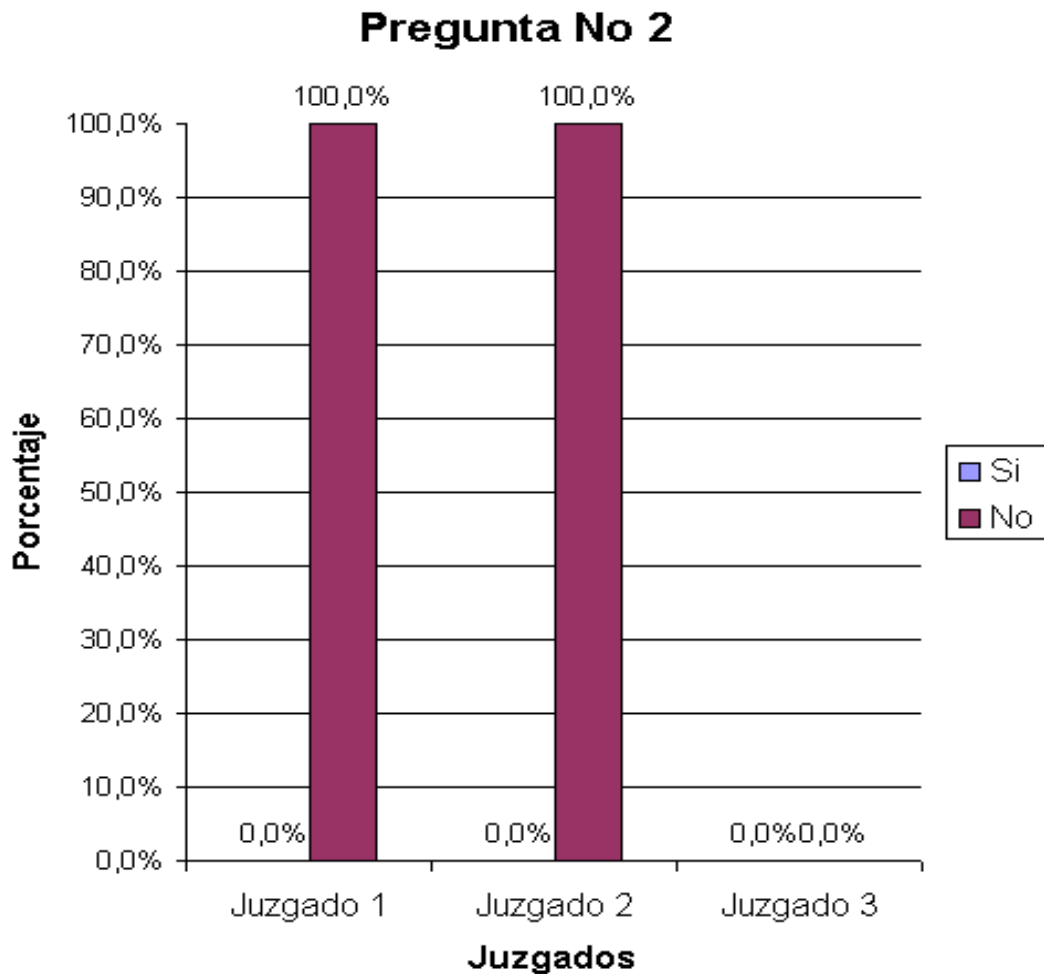
Pregunta No 1		
	Si	No
Juzgado 1	12,5%	87,5%
Juzgado 2	11,1%	88,9%
Juzgado 3	0,0%	100,0%

LA MAYORIA DE LOS PERJUDICADOS POR EL HOMICIDIO EN LOS CASOS ANALIZADOS EN TODOS LOS JUZGADOS CONSULTADOS, NO ACTUARON A TRAVES DE APODERADO



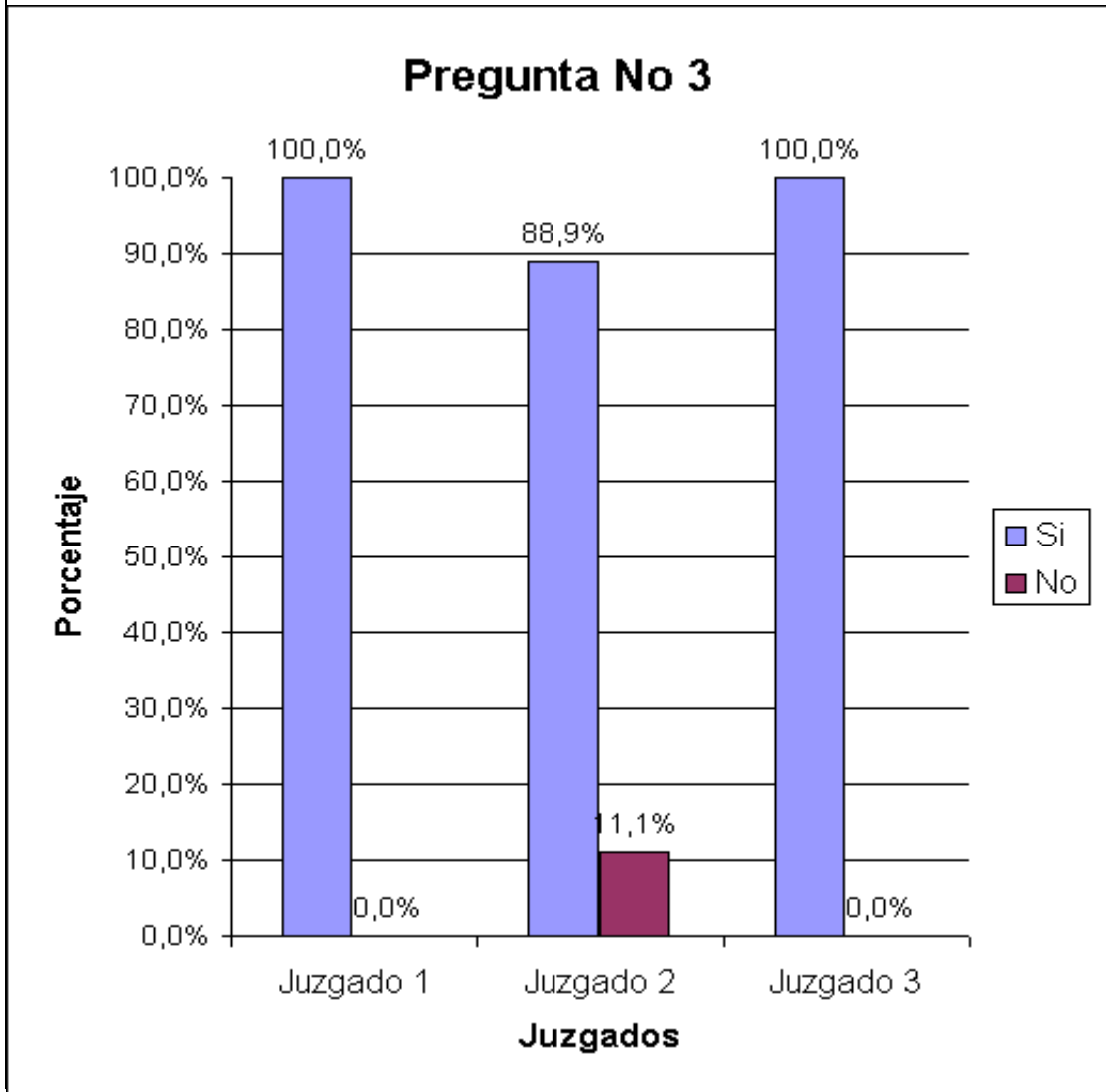
Pregunta No 2		
	Si	No
Juzgado 1	0,0%	100,0%
Juzgado 2	0,0%	100,0%
Juzgado 3	0,0%	0,0%

EN LA MAYORIA DE LOS JUZGADOS CONSULTADOS, EN LOS CASOS EN LOS QUE LOS PERJUDICADOS ACTUARON A TRAVES DE APODERADO, LUEGO DE LA SENTENCIA CONDENATORIA, EL ABOGADO NO SOLICITÓ EL TRÁMITE DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL



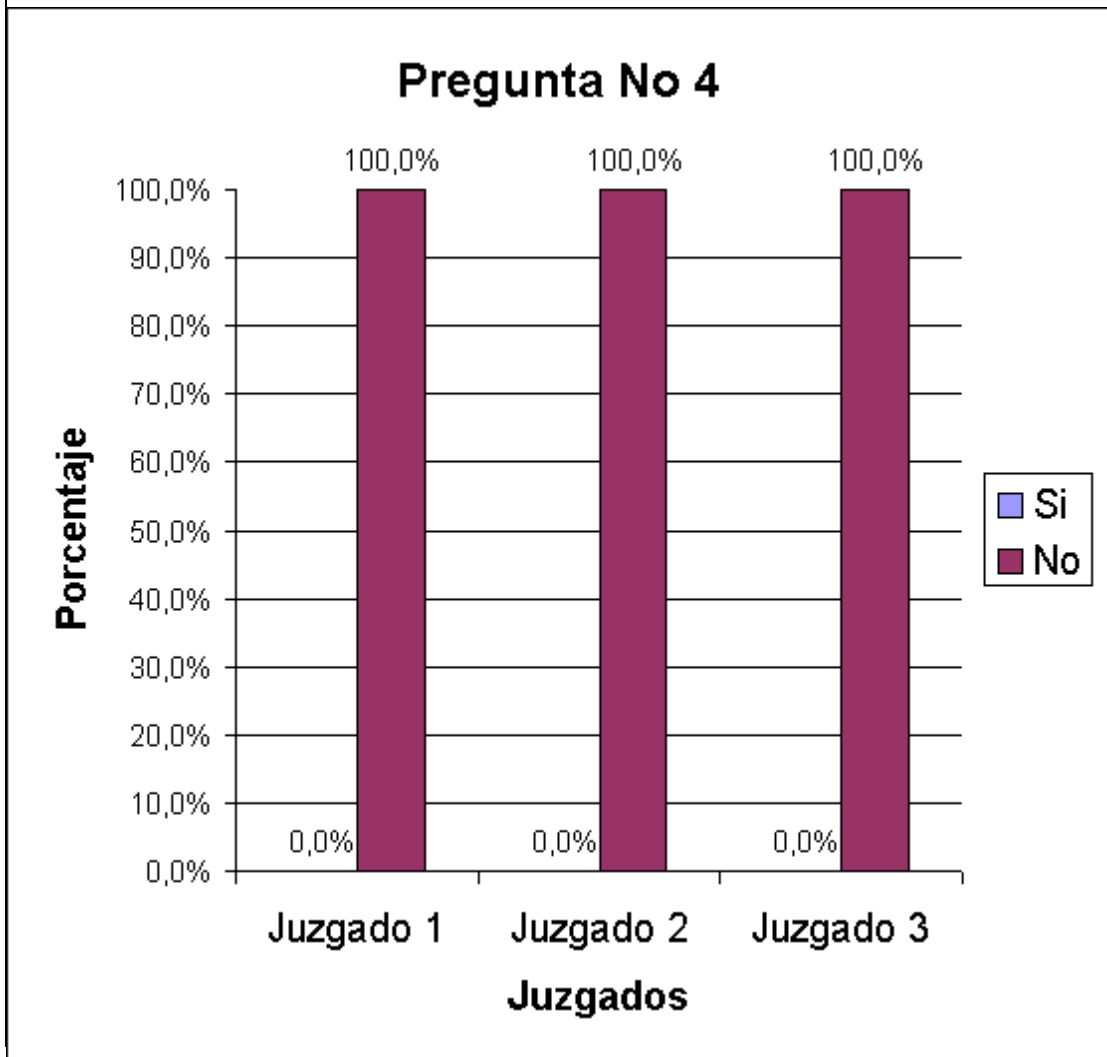
Pregunta No 3		
	Si	No
Juzgado 1	100,0%	0,0%
Juzgado 2	88,9%	11,1%
Juzgado 3	100,0%	0,0%

EN LA MAYORIA DE LOS JUZGADOS CONSULTADOS, SE REALIZARON PREACUERDOS



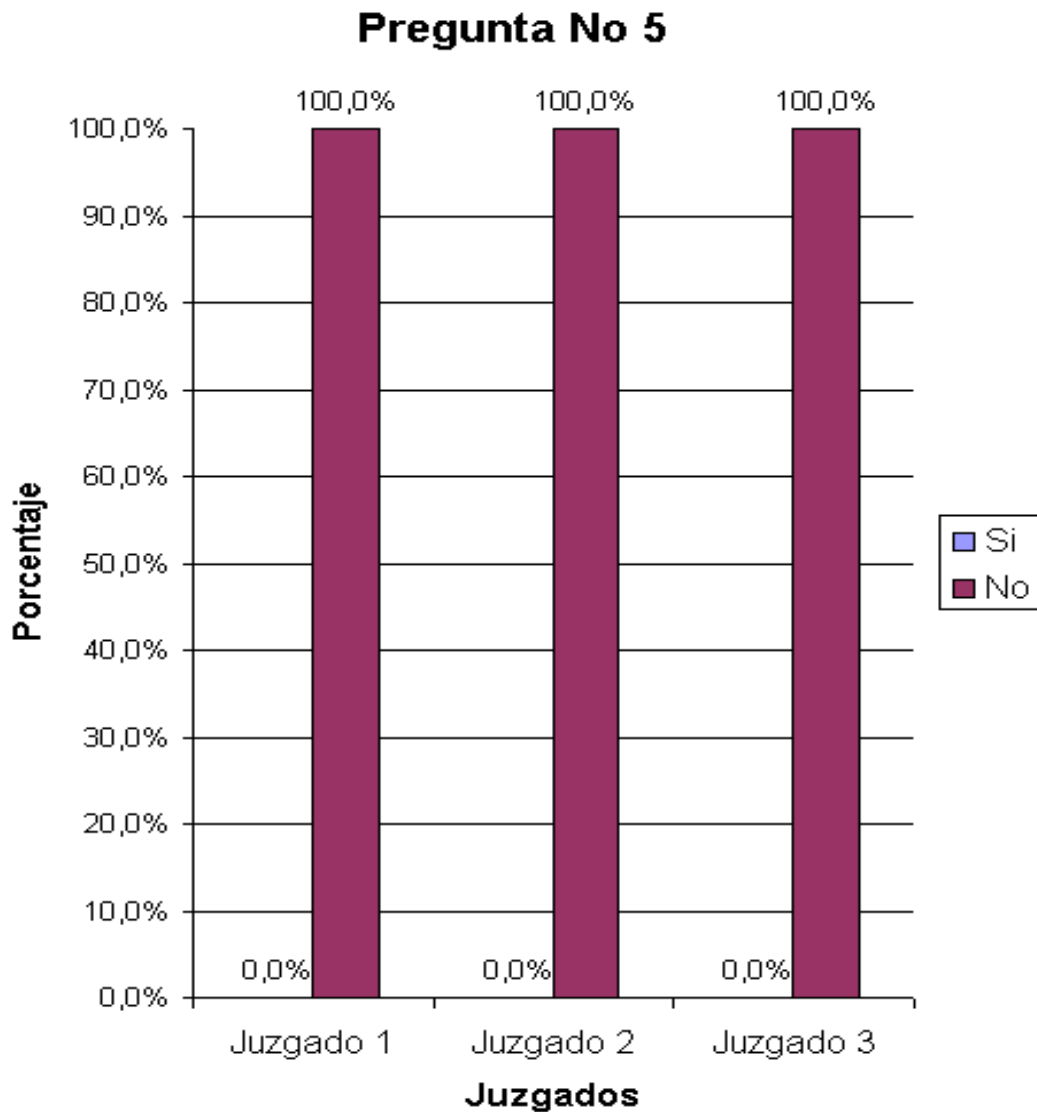
Pregunta No 4		
	Si	No
Juzgado 1	0,0%	100,0%
Juzgado 2	0,0%	100,0%
Juzgado 3	0,0%	100,0%

EN TODOS LOS JUZGADOS, EN LOS CASOS EN QUE SE LOGRÓ UN PREACUERDO ENTRE EL ACUSADO Y LA FISCALÍA, NO SE NEGOCIÓ EN EL MISMO, INDEMNIZACIÓN ALGUNA A FAVOR DE LOS PERJUDICADOS POR EL HOMICIDIO



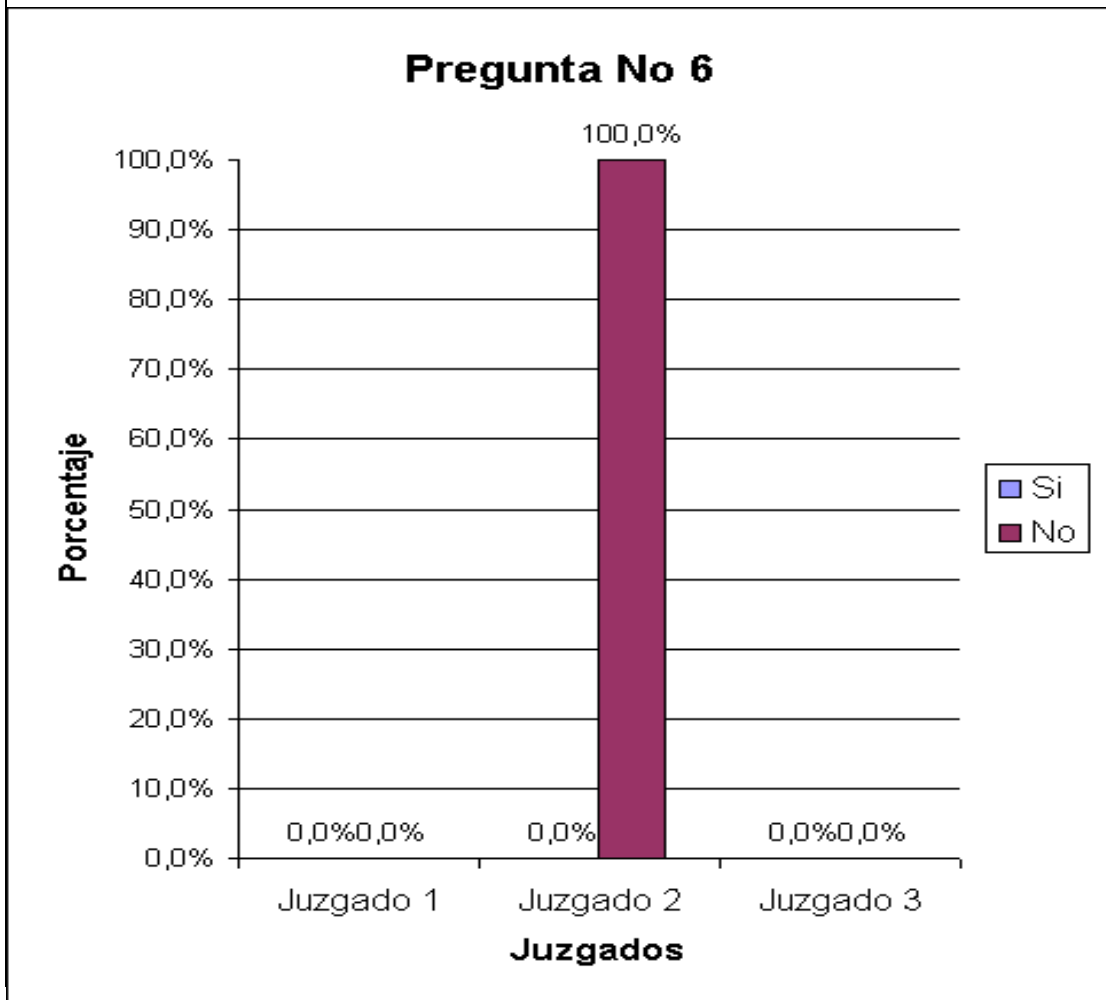
Pregunta No 5		
	Si	No
Juzgado 1	0,0%	100,0%
Juzgado 2	0,0%	100,0%
Juzgado 3	0,0%	100,0%

EN LOS JUZGADOS EN QUE SE PRESENTARON PREACUERDOS, NO SE TASA POR PARTE DEL JUEZ, EN LA SENTENCIA CONDENATORIA ALGÚN MONTO POR CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN A FAVOR DE LOS PERJUDICADOS POR EL HOMICIDIO



Pregunta No 6		
	Si	No
Juzgado 1	0,0%	0,0%
Juzgado 2	0,0%	100,0%
Juzgado 3	0,0%	0,0%

EN LA TOTALIDAD DE LOS JUZGADOS, EN LOS CASOS EN QUE NO SE PRESENTARON PREACUERDOS, LA FISCALÍA NO SOLICITÓ PRUEBAS TENDIENTES A DETERMINAR EL MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUDICADO



Pregunta No 7		
	Si	No
Juzgado 1	0,0%	0,0%
Juzgado 2	0,0%	100,0%
Juzgado 3	0,0%	0,0%

EN LA TOTALIDAD DE LOS JUZGADOS, EN LOS CASOS EN QUE NO SE LLEVÓ A CABO PREACUERDO, LUEGO DE LA SENTENCIA CONDENATORIA, LA FISCALIA NO SOLICITÓ SE TRAMITARA EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL



CONCLUSIONES

Después de analizados los principales aspectos del sistema penal acusatorio implementado recientemente en Colombia y su aplicación en diferentes países, puede notarse cómo la introducción de éste sistema en nuestro país ha generado gran controversia no solo en la vida jurídica, sino además en todo el ámbito nacional.

El cambio de un proceso tan arraigado como lo era el sistema penal mixto, en el cual el común denominador era la poca eficiencia de la justicia, basada en un proceso que se desarrollaba muy lentamente y en el cual el ente investigador podía limitar los derechos fundamentales de las personas sin un control superior previo y rápido; y en donde la regla general era la captura para realizar una posterior investigación, ha generado grandes dificultades en cuanto a la adaptación a un sistema de características de alguna manera opuestas al tradicional. Las costumbres adquiridas por funcionarios como fiscales y jueces, defensores y en general por todos los ciudadanos, consecuencia del anterior sistema procesal penal, aún continúan pese al cambio de legislación, en la cual el principal objetivo es la celeridad en la justicia, la eficiencia y la reparación de los derechos violentados con el delito.

Como conclusiones al estudio realizado en torno a la víctima del delito en el Proceso Penal de tendencia acusatoria, implementado en Colombia por medio de la Ley 906 de 2004, puede decirse que:

Los derechos de las víctimas han sido analizados principalmente en el ámbito internacional, diversas han sido las normas tendientes a efectivizar en cada país los derechos que internacionalmente les han sido reconocidos, de esta manera se ha establecido que los principios de justicia para las víctimas abarcan tres aspectos fundamentales a saber, en primer lugar acceso real de la víctima a la justicia penal, en segundo lugar la asistencia que se le debe brindar por parte de los órganos estatales y en tercer lugar el derecho al resarcimiento e indemnización por parte del causante del agravio.

Por su parte, en el derecho colombiano y con la implementación de un sistema penal de tendencia acusatoria, los derechos de las víctimas se han edificado sobre tres derechos fundamentales que son la verdad, la justicia y la reparación. De esta forma se ha superado la antigua concepción en la cual se limitaban los intereses de las víctimas al reconocimiento de prestaciones de carácter económico exclusivamente.

Actualmente se ha reconocido que la víctima del delito requiere del aparato judicial una real asistencia y protección que mitigue los efectos del delito, así como también las consecuencias que para ella implica el sometimiento a un eventual proceso. De esta forma se requiere que obtenga no solo una efectiva asistencia jurídica, sino además apoyo psicológico y socioeconómico, por parte de los órganos estatales.

Los resultados arrojados por el trabajo de campo elaborado, podrían evidenciar que nuestro nuevo ordenamiento procesal penal, aún no se encuentra preparado

para brindarle una atención correcta y oportuna a la víctima en la medida en que esta lo requiere.

Así mismo puede concluirse que los funcionarios que intervienen en el proceso penal no se encuentran realmente concientizados con la protección de las víctimas y carecen de una adecuada capacitación para enfrentar el problema diariamente.

Son realmente preocupantes los resultados obtenidos, ya que éstos demuestran de manera clara como a las víctimas se le están vulnerando derechos establecidos en la nueva ley procesal penal, tal y como la posibilidad de actuar a través de un apoderado de oficio que proteja sus derechos durante todo el proceso. En ninguno de los casos de homicidio doloso analizados, la víctima contó con la asistencia de un abogado de oficio, garantía que se encuentra consagrada en el artículo 11, (lit. h) del Código de Procedimiento Penal.

Respecto a la realización de preacuerdos (artículo 348 y siguientes del Código de Procedimiento Penal), se comprobó que en el 88.9% de los casos estudiados, la fiscalía y la defensa optaron por esta alternativa, sacrificando con ello los intereses de los perjudicados por el delito, ya que como la misma investigación lo demuestra, en el 100% de los casos no se tasó ninguna indemnización a favor de los mismos (artículo 11 literal c del Código de Procedimiento Penal).

En ninguno de los casos examinados se llevó a cabo la audiencia del incidente de reparación integral (artículo 102 y siguientes C.P.P.), victimizando aún más a los perjudicados por el delito; esto en gran parte como consecuencia de la falta de

acompañamiento de la Fiscalía a los perjudicados, ya que los pocos intentos de llegar hasta la realización del incidente de reparación integral, fueron fallidos, puesto que en las oportunidades en que éste fue solicitado, la misma parte desistió de su realización por carecer de un apoderado, sumado a la falta de información para solicitar le fuera nombrado uno de oficio, posibilidad consagrada en el artículo 11 literal h del C.P.P.

El seguimiento realizado a los diferentes procesos por homicidio doloso pone de manifiesto cómo con la implementación de los preacuerdos, y con la posibilidad de la aceptación de los cargos, contemplados en los artículos 350 y 351 respectivamente, se está sacrificando la realización de la justicia a cambio de la celeridad y la obtención de una pronta sentencia, y la reparación moral de la víctima que se encuentra implícita en la pena, queda supeditada al acuerdo logrado entre la Fiscalía y la defensa del imputado.

Con el sistema penal acusatorio, implementado recientemente en Colombia, se buscó humanizar el proceso penal a través de la consagración específica y la protección eficaz de los derechos humanos de las víctimas del delito, pretendiendo crear un verdadero espacio en el cual éstas puedan encontrar la realización de la verdad, la justicia y especialmente la restauración del derecho vulnerado, tal y como se manifestó en la exposición de motivos del acto legislativo 003 de 2002, a través del cual se consagraron constitucionalmente los derechos de las víctimas de los delitos.

El verdadero dilema consiste en establecer si con la nueva legislación penal se logrará la concretización de todos los derechos consagrados a favor de las

víctimas, y se apuntará a una verdadera reconstrucción victimológica de nuestro sistema penal o si por el contrario toda la regulación legal nos muestra un sinnúmero de referencias a las víctimas pero que en realidad a la hora de su aplicación real y efectiva pueden llegar a carecer de contenido victimológico.

BIBLIOGRAFÍA

Acto Legislativo 03 de 2002.

APONTE, Alejandro. *Manual para el juez de control de garantías en el sistema acusatorio penal*. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. Manual Jueces con Funcion de Control de Garantías. Bogota, Diciembre de 2004.

ARCINIEGAS, Martínez G. Augusto. *Investigación y juzgamiento en el sistema acusatorio*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2005.

ARISTIZABAL, Luis Ignacio. *Contradicción o controversia de la prueba en materia penal*. Bogotá: Editorial Leyer, 2.002.

ARMETA, Deu Teresa. *Principio acusatorio y derecho penal*. Barcelona: J.M Bosch Editor. S.A., 2003.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. [En línea] *Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985*. Disponible en:
www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp49_sp.htm

Dirección Nacional de Defensoría Pública, Unidad de Capacitación, Defensoría del Pueblo. *Axiología y deontología del proceso penal y precedente judicial*. Módulo II. [En línea] Disponible en: www.juecesyfiscales.org/sistema_acusatorio.htm. 2005

BARONA, Vilar Silvia. *La conformidad en el proceso penal*. Valencia: ediciones Tirant. Monografías, 1.994.

BENÍTEZ, Naranjo. Hernán Darío. *Comentarios a la reforma de la Fiscalía de la Nación (Acto Legislativo 003 de 2002)*. Opinión Jurídica. No 4 Julio – Diciembre de 2003. Medellín: Editorial Universidad de Medellín.

BERISTAIN, Antonio. *Nueva criminología desde el derecho penal y la victimología*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1994.

BERNAL, Cuellar Jaime y MONTEALEGRE, Lynett Eduardo. *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004.

BUSTOS, Ramírez Juan y LARRAURI, Elena. *Victimología: presente y futuro*. Segunda Edición. Bogotá: Editorial TEMIS S.A., 1993.

CAMARGO, Pedro Pablo. *Manual de enjuiciamiento penal colombiano. Sistema acusatorio y juicio oral y público*. Segunda Edición. Bogotá. Editorial Leyer, 2005.

CASAS, Luis Francisco. *La víctima en el sistema procesal de la ley 906 de 2004*. Temas sociojurídicos. En: Revista del centro de investigaciones sociojurídicas. Volumen 23. N° 48. Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga, Julio 2005.

COMISIÓN REDACTORA CONSTITUCIONAL. *Creada por el acto legislativo 003 de 2002*. Acta 007 de 28 de febrero de 2003.

CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA, *Elementos para la reforma del sistema penal en Colombia*. Bogotá D.C., Febrero de 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 25 de noviembre de 2000.* Serie C N° 70. Párrafo 201.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos. Sentencia de 14 de marzo de 2001.* Serie C N° 75.

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre el Proceso de desmovilización en Colombia.* Diciembre 13 de 2004.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. [En línea] Disponible en: www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html

CUBERO, Pérez Fernando. *La tutela efectiva de los derechos de la víctima en el proceso penal costarricense.* Segunda Edición. En: Sistema Acusatorio 2005, Jurisprudencia Corte Suprema y Constitucional, 350 conferencias, legislación, códigos nacionales y suramericanos. Disponible en: Jurídica ENRED.NET, deavilaenred.net

Código Penal. Decreto 100 de 1980. [En línea] Disponible en: <http://www.secretariassenado.gov.co>

Código de Procedimiento Penal. Decreto 2700 de noviembre 30 de 1991. [En línea] Disponible en: <http://www.secretariassenado.gov.co>

Código de Procedimiento Penal. Ley 600 de julio 24 de 2000. [En línea] Disponible en: <http://www.secretariassenado.gov.co>

Corte Constitucional. *Sentencia T-406 de 1992.* M.P. Ciro Angarita Barón. [En línea] Disponible en: <http://www.banrep.gov.co>

Corte Constitucional. *Sentencia C-295 de 1993*. M.P. Carlos Gaviria Díaz. [En línea] Disponible en: <http://www.banrep.gov.co>

Corte Constitucional. *Sentencia C-412 de 1993*. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. [En línea] Disponible en: <http://www.banrep.gov.co>

Corte Constitucional. *Sentencia C-472 de 1994*. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. [En línea] Disponible en: <http://www.banrep.gov.co>

Corte Constitucional. *Sentencia C-558 de 1994*, M.P. Carlos Gaviria Díaz. [En línea] Disponible en: <http://www.banrep.gov.co>

Corte Constitucional. *Sentencia C-574 de 1994*. M.P. Ciro Angarita Barón. [En línea] Disponible en: <http://www.banrep.gov.co>

Corte Constitucional. *Sentencia C-225 de 1995*. M.P. Alejandro Martínez. [En línea] Disponible en: <http://www.banrep.gov.co>

Corte Constitucional. *Sentencia C-293 de 1995*. M.P. Carlos Gaviria Díaz. [En línea] Disponible en: <http://www.banrep.gov.co>

Corte Constitucional. *Sentencia SU-039 de 1997*. M.P. Antonio Barrera González. [En línea] Disponible en: <http://www.banrep.gov.co>

Corte Constitucional. *Sentencia SU –111 de 1997*, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz. [En línea] Disponible en: <http://www.banrep.gov.co>

Corte Constitucional. *Sentencia T-029 de 1998*. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa [En línea] Disponible en: <http://www.minjusticia.gov.co>

Corte Constitucional. *Sentencia T-048 de 1999*, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. [En línea] Disponible en: <http://www.banrep.gov.co>

Corte Constitucional. *Sentencia SU-062 de 2001*. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. [En línea] Disponible en: <http://www.banrep.gov.co>

Corte Constitucional. *Sentencia C-740 de 2001*, M.P. Alvaro Tafur Galvis. [En línea] Disponible en: <http://www.banrep.gov.co>

Corte Constitucional. *Sentencia C-775 de 2001*. M.P Alvaro Tafur Galvis. [En línea] Disponible en: <http://www.banrep.gov.co>

Corte Constitucional. *Sentencia C-1149 de 2001*. M.P. Jaime Araujo Renteria. [En línea] Disponible en: <http://www.minjusticia.gov.co>

Corte Constitucional. *Sentencia SU - 1184 de 2001*. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. [En línea] Disponible en: <http://www.banrep.gov.co>

Corte Constitucional. *Sentencia C-228 de 2002*. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. [En línea] Disponible en: <http://www.banrep.gov.co>

Corte Constitucional. *Sentencia C-580 de 2002*. M.P. Rodrigo Escobar Gil. [En línea] Disponible en: <http://www.banrep.gov.co>

Corte Constitucional. *Sentencia C-830 de 2002*. [En línea] Disponible en: <http://www.banrep.gov.co>

Corte Constitucional. *Sentencia C-875 de 2002*. M.P. Rodrigo Escobar Gil [En línea] Disponible en: <http://www.banrep.gov.co>

Corte Constitucional. *Sentencia C- 873 de 2003*. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [En línea] Disponible en: <http://www.banrep.gov.co>

Corte Constitucional. *Sentencia C- 966 de 2003*. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [En línea] Disponible en: <http://www.banrep.gov.co>

Corte Constitucional. *Sentencia C-1092 de 2003*. M.P. Alvaro Tafur Galvis. [En línea] Disponible en: <http://www.banrep.gov.co>

Corte Constitucional. *Sentencia C - 591 de 2005*. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [En línea] Disponible en: <http://www.banrep.gov.co>

Corte Constitucional. *Sentencia C – 370 de 2006*. M.P. [En línea] Disponible en: <http://www.minjusticia.gov.co>

Corte Interamericana Sentencia de la del 29 de julio de 1988, *Caso Velásquez Rodríguez*. [En línea] Disponible en: <http://www.banrep.gov.co>

Corte Suprema y Constitucional. Jurisprudencia. *Sistema Acusatorio 2005*. Segunda Edición. 350 conferencias. Legislación, Códigos Nacionales y Suramericanos. En: Jurídica ENRED.NET. DEAVILAENRED.NET, 2005.

DE LA CUESTA, Aguado Paz M. *Victimología y victimología femenina: las carencias del sistema*. Versión del artículo *Victimología y victimología femenina: las carencias del sistema*. En: *Victimología Femenina: asignaturas pendientes para una nueva ciencia*, de Paz M. de la Cuesta Aguado (coord.), Cádiz: Universidad de Cádiz, 1994.

Decreto 2699 de noviembre 30 de 1991. Primer Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación. [En línea] Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co>

Decreto 2238 de diciembre 21 de 1995. Por el cual se dictan medidas tendientes a erradicar algunos delitos contra la libertad personal, especialmente el secuestro, la extorsión, y se dictan otras disposiciones.

Decreto 261 de febrero 22 de 2000. Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación. [En línea] Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co>

ERUDITOS PRÁCTICOS LEGIS. *Nuevo código de procedimiento penal*. 1ª Edición. Enero 2005 – Enero 2006. Editorial Legis, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Segunda Edición. Madrid: Trotta, 1997.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Guía de introducción al sistema penal acusatorio colombiano*. Versión Preliminar, diciembre 23 de 2004.

GUERRERO, Peralta Oscar Julián. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. Bogotá. Ediciones Nueva Jurídica, 2005

GUZMÁN Ibáñez, Augusto J. *Instrumentos del sistema penal y de política criminal ante la víctima*. En: Revista Derecho penal y criminología. Volumen XX. Nº 62. Mayo Agosto 1997.

GUZMÁN Ibáñez, Augusto J. *Mecanismos de derecho interno e internacional de protección a la víctima. Globalización de los instrumentos penales*. En: Revista Derecho penal y criminología. Volumen XXI. Nº 67. Septiembre – Diciembre 1999.

IBARRA Mendoza, Viviana. [En línea] Ponencia *La víctima en la audiencia de juicio oral*. II CONGRESO SOBRE LA REFORMA PROCESAL PENAL. 26 y 27 de Octubre de 2001, Pucón. [En línea] Disponible en: http://www.acceso.uct.cl/congreso/docs/viviana_ibarra.doc

Ley 360 de febrero 7 de 1997. Por medio de la cual se modifican algunas normas del título XI del libro II del decreto ley 100 de 1980 –Código Penal-, y se adiciona el

artículo 417 del decreto 2700 de 1991 -Código de Procedimiento Penal-. [En línea]
Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co>

Ley 104 de diciembre 30 de 1993. Por la cual se consagran instrumentos para la búsqueda de la convivencia y la eficacia de la justicia. [En línea] Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co>

Ley 241 de diciembre 26 de 1995. Por la cual se prorroga la vigencia, se modifica y adiciona la ley 104 de 1993. [En línea] Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co>

Ley 270 de marzo 7 de 1996. *Ley estatutaria de la administración de justicia*. [En línea] Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co>

Ley 168 de 1995. *Plan nacional de desarrollo e inversiones*. [En línea] Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co>

Ley 418 de diciembre 26 de 1997. *Instrumentos para la búsqueda de la convivencia y la eficacia de la justicia*. [En línea] Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co>

MAIER, Julio B. J. [En línea] *La víctima y el sistema penal*. [En línea] Disponible en: www.derechopenal.com.

MARÍN, Fuentes Yara del Carmen; OLÁN, Alegría, Rocío y PRIEGO Jiménez, Idania. [En línea] *Victimología*. [En línea] Disponible en: www.derechopenal.com

MOLINA, Arrubla Carlos Mario. *Principio de restablecimiento y reparación del Derecho*. En: Revista de Derecho Penal No 24, Abril – Mayo de 2001. Bogotá: Editorial LEYER, 2001.

MOLINA, Arrubla Carlos Mario, *Introducción a la criminología*. Segunda Edición. Medellín: Editorial Biblioteca Jurídica DIKE, 1994.

MURARO Federico. [En línea] *Preguntas frecuentes sobre victimología, conceptos básicos*. [En línea] Disponible en: http://www.angelfire.com/ar/fmuraro/acerca_del_autor.htm

NÚÑEZ DE ARCO, Jorge. *La nueva criminología. La victimología*. [En línea] Capítulo II del libro: *La Víctima*, (2004) de. Páginas: 27 a 32. Editorial: Proyecto Sucre Ciudad Universitaria. Sucre Bolivia. [En línea] Disponible en: <http://www.boliviano.com/criminologia.htm>

Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. [En línea] Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. [En línea] Disponible en: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm

PÉREZ, Guadalupe José Luis. *La victimología y los retos de la pastoral penitenciaria*. Texto basado en la ponencia presentada en el IV CONGRESO MUNDIAL DE CAPELLANES DE CÁRCELES DEL IPCA (Sudáfrica, 25-30 de

agosto de 2000) y en el IV ENCUENTRO LATINOAMERICANO DE PASTORAL PENITENCIARIA (Panamá, 25-30 de junio de 2001).

RAVE, Martínez Gilberto. *Procedimiento penal colombiano*. Décima Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1997.

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

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

Recomendación (77) 27, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de septiembre de 1977, sobre indemnización a las víctimas del delito.

Resolución 663 de 1993 mediante la cual se organiza el programa de protección de víctimas y testigos. Fiscalía General de la Nación.

RODRÍGUEZ, Garavito César; UPRIMNY, Reyes Rodrigo y GARCÍA Villegas, Mauricio. *Entre el protagonismo y la rutina: análisis socio jurídico de la justicia en Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2005. [En línea] Disponible en <http://www.juecesyfiscales.org/ensayos>.

SAMPEDRO, Arrubla Julio Andrés. *¿Quiénes son las víctimas del delito? La redefinición del concepto desde la victimología.* En: Revista Derecho Penal y Criminología. Volumen XXI. N° 67. Septiembre - Diciembre. 1999.

SAMPEDRO Arrubla Julio Andrés. *Una reflexión victimológica en torno al sistema penal.* En: Revista Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional. N° 6. Bogotá: Editorial Legis. Enero- Marzo. 2004.

Sentencia de la Corte Interamericana de 14 de marzo de 2001 *Caso Barrios Altos, Caso Suárez Rosero.* [En línea] Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/peru/libros/fosas/cap25.html>

TÉCNICAS DE JUICIO ORAL. *Lecturas complementarias.* Comisión Interinstitucional para el impulso de la oralidad en el proceso penal. Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional. USAID. Bogota. 2003.

VANEGAS González. David. *El sistema acusatorio, estructura del proceso penal. Acto Legislativo No 003 de diciembre de 2002.* Segunda edición. Bogota. Biblioteca jurídica DIKE, 2004.