

LAS FACULTADES PROBATORIAS DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO¹



Julio Andrés Sampedro Arrubla²

Introduciré: El Proceso Penal como escenario de encuentro víctima-victimario hacia la reconciliación

El proceso penal se revela como *un encuentro afectante y conflictivo entre las víctimas, la sociedad, y los victimarios*, el cual inicia con el delito, continua durante el proceso y, por recreación, prepara y aboca la fase posterior: la sanción.

La palabra encuentro expresa una idea mitad pesimista, mitad optimista de la relación interhumana. Etimológicamente supone el hecho de topar con otro de un modo más o menos hostil, pues cuando una persona se encuentra con otra alcanza en efecto su plenitud como ser humano; sin perder su propia configuración, comparte con los demás una situación de convivencia en la cual los demás están implicados en él e intervienen en su situación mediante la suya propia, y son los demás hombres los que, en una o en otra forma, se han enterverado, y han intervenido, en su vida.

En este sentido, el proceso en general, y en concreto el penal, debe entenderse como *un escenario en el que se desarrolla un encuentro interhumano, que afecta y es conflictivo, orientado a la re-creación de nuevas formas de convivencia futura*. Se presenta como un espacio en el que se debe procurar un encuentro creativo entre los protagonistas del suceso criminal que constituya el punto de partida para la reconstrucción del tejido social quebrantado por éste. Un encuentro en el que las víctimas, a diferencia de lo que ocurre en los modelos tradicionales, puedan desempeñar el rol central que les corresponde; la sociedad con y sus representantes asuman una nueva actitud orientada por criterios constructivos que les permita, como afirma Antonio Beristain, aprehender el hecho de-

¹ Ponencia presentada en el seminario Internacional de Criminología y Victimología en la Universidad Iberoamericana, Ciudad de Mexico, 27-28 de agosto de 2014. Texto preparado con la participación del Profesor Javier Coronado.

² Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogota D.C., Colombia.

lictivo, y transformarlo en justicia; y los victimarios como responsables principales del delito colaboren en las respuestas a las víctimas como sujetos que se restauran.

El proceso judicial organiza un encuentro creativo en el que el papel del victimario se invierte (no ocurre lo mismo con las víctimas) y genera roles diversos frente a la primera confrontación generada por la comisión de la conducta punible; en cambio, en el encuentro procesal se produce una escena invertida del suceso inicial, puesto que en ocasiones el victimario puede estar privado de su libertad o en el mejor de los casos sometido a una situación que por regla general resulta victimizante, mientras que las víctimas sería deseable que pudiesen por lo menos declarar libremente en busca de una oportunidad que les permita superar su trauma y la soledad en que pueden verse sumidas, en especial en casos de delitos graves generadores de macrovictimación. El proceso penal, como escenario de encuentro, hace posible la reunión entre las víctimas y los victimarios, pero no puede forzar más que el encuentro físico en dirección a la reconciliación sin que pueda garantizarla. Con todo, la co-presencia de todas las partes en un mismo lugar y en torno a una misma cuestión, advierte A. Garapon, poniéndose de acuerdo respecto a valores comunes, constituye a la vez la condición, el medio y el fin de la justicia.

El fallo judicial libera la memoria y es condición ineludible para el olvido. Es la memoria la que entrega a la institución judicial los casos recuperados del pasado para que se abra el expediente y se pueda exigir la acción de la justicia. Sólo haciendo verdad sobre hechos de barbarie y sometiéndolos a la justicia es posible reconocerlos, de lo contrario se cae en la impunidad, se genera sufrimiento adicional a las víctimas y se impide el proceso de interiorización del crimen en el victimario.

En este contexto surge el procedimiento probatorio como un instrumento de diálogo fundamental. Es en la proposición, la admisión y la ejecución de la prueba en donde se concreta la interacción comunicativa de los convocados al escenario judicial. Las víctimas, como convocados (litigantes) principales que son en el encuentro procesal, se hacen titulares del derecho fundamental a la prueba, el cual les posibilita contar su historia y, de esta forma, liberar su carga de sufrimiento.

El derecho a la prueba es “aquel que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso”. De esta manera, la garantía en comento implica el respeto por los siguientes postulados:

1. las partes del litigio deben estar en posibilidad de formular solicitudes probatorias,
2. dichas solicitudes deben ser admitidas si fueron presentados en debida manera y respetan los límites inherentes a la actividad probatoria;
3. el solicitante de la prueba debe estar en posibilidad de participar en su práctica, y
4. los demás interesados en el trámite también deben estar facultados para intervenir en la práctica del medio suasorio y utilizarlo para convencer al funcionario judicial de sus propias alegaciones.

Dicho contenido, en términos generales, es protegido por las normas adjetivas, así como por la jurisprudencia nacional. De hecho, de manera abstracta, ha sido reconocido que la vulneración de los postulados mencionados atrás conlleva la lesión de los derechos de debido proceso y de defensa (de conformidad con los artículos 29 de la Constitución Política, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), así como al desconocimiento de las finalidades que debe tener el proceso judicial en el Estado Social de Derecho.

Sin embargo, como será advertido en el presente escrito, al momento de examinar el derecho a probar de la víctima en el proceso penal, no es posible llegar a idéntica conclusión. En efecto, las facultades probatorias de los perjudicados por el delito brillan por su ausencia en el texto de la ley 906 de 2004 y, en lo que refiere a la jurisprudencia, es posible señalar que permanecen sin resolver las problemáticas derivadas de la falta de legislación en la materia, a pesar de algunos esfuerzos aislados por reivindicar la garantía en comento.

A continuación serán abordadas las diferentes manifestaciones del derecho a probar de la víctima durante las etapas de investigación y juzgamiento, así como en algunos escenarios de terminación anticipada del proceso penal y en el incidente de reparación integral. Lo anterior desde una óptica crítica, en la que son presentados algunos aspectos que, en opinión del autor, merecen una profunda reflexión por parte de la justicia y la academia colombianas.

Los fundamentos del derecho a probar de las víctimas

En el ámbito europeo, en punto de las facultades probatorias de las víctimas, es posible denotar cómo la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, considera que “34. No se puede hacer justicia si no se permite a las víctimas explicar las circunstancias del delito y aportar pruebas de forma comprensible para las autoridades competentes”; en consecuencia, establece que “1. Los Estados miembros garantizarán a la víctima la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba” (artículo 10°).

Con relación al sistema interamericano, conviene mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al momento de interpretar la garantía contenida en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (relativo a la “Protección Judicial”), tiene definido que “el Estado debe asegurar que los familiares de las víctimas tengan pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones y procesos, de manera que puedan hacer planteamientos, recibir informaciones, aportar pruebas, formular alegaciones y, en síntesis, hacer valer sus intereses”.³

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia (Sentencia de 27 de noviembre de 2008) (Fondo, Reparaciones y Costas). En igual sentido, pueden ser consultados los casos Caracazo vs. Venezuela (Sentencia de 29 de agosto de 2002) (Reparaciones y Costas), Heliodoro Portugal vs. Panamá (Sentencia de 12 de agosto de 2008) y Bayarri vs. Argentina (Sentencia de 30 de octubre de 2008).

Por su parte, en Colombia, el artículo 11 del Código de Procedimiento penal, norma que debe orientar la aplicación de todas las disposiciones de la misma legislación, señala con claridad que las víctimas tienen derecho a “que se les facilite el aporte de pruebas” (literal d). Lo anterior, no sólo como un corolario de la relación entre el derecho al debido proceso y el derecho a probar, que es transversal a todos los ordenamientos adjetivos en el estado social de derecho, sino también en consideración a otros dos aspectos que serán abordados a continuación: la conexión entre el derecho a probar con los derechos fundamentales de la víctima y las posibles divergencias entre las finalidades que tiene el proceso penal para ella y las que tiene para la Fiscalía General de la Nación.

En términos generales, para la Fiscalía General de la Nación el delito constituye un comportamiento que, por acreditar las exigencias contenidas en el artículo 9° del Código Penal, debe ser sancionado. De esta manera, al seguir su perspectiva, el proceso penal no es otra cosa que el medio para acreditar que una conducta puesta en su conocimiento reúne las características del delito y, en caso de ser así, para conseguir la imposición de la pena (esto a excepción de los eventos de aplicación del principio de oportunidad).

Para la víctima el delito constituye una alteración de su proyecto vital, con independencia de si reúne las exigencias legales para su persecución, juzgamiento y castigo. Por este motivo, en lo que a ella concierne, el proceso penal puede ser un medio para conseguir que los autores o partícipes del punible sean sancionados, como también puede ser un escenario para ser escuchada, conocer las circunstancias que rodearon la comisión del punible o para conseguir las medidas necesarias para resarcir los perjuicios que le fueron causados.

En consideración a lo anterior, el inciso 2° del artículo 132 de la ley 906 de 2004 señala que: “La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto”; en materia de la garantía del restablecimiento del derecho, la legislación en comentario señala que: “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*”.⁴

Vistas las anteriores consideraciones es posible advertir que, si bien el numeral 7° del artículo 250 de la Constitución le asigna a la Fiscalía General de la Nación el deber de “velar por la protección de las víctimas”, es inevitable que su relación con el delito, con el victimario y con el proceso penal no sean las mismas. Así pues, mal haría en razonarse que la víctima pueda ejercer sus facultades probatorias a través de la Fiscalía General de la Nación.

En ese sentido, con base en precedentes anteriores,⁵ la sentencia C-209 de 2007 de la Corte Constitucional reconoció que: “En esencia, el Fiscal es el titular de la acción

⁴ Las cursivas son mías.

⁵ En particular la Corte se refirió a las sentencias C-873 de 2003 y C-591 de 2005.

penal. Al ejercer dicha acción no sólo representa los intereses del Estado, sino que también promueve los intereses de las víctimas. Sin embargo, ello no implica en el sistema colombiano que las víctimas carezcan de derechos de participación (artículos 1 y 2 C.P.) en el proceso penal”. Paradójicamente, la providencia en comento sería la encargada de establecer una de las restricciones más abruptas al derecho a probar de los perjudicados por el delito.

Las facultades probatorias de la víctima durante la investigación

1.1. Incidencia en el diseño y desarrollo de la investigación

Sin perjuicio de que la víctima pueda adelantar su propia actividad investigativa (aspecto que será explorado más adelante) en el estado colombiano, la Fiscalía General de la Nación es el órgano encargado de investigar los hechos que tienen las características de un delito y que llegan a su conocimiento por los diferentes medios señalados por el legislador (artículo 250 de la Carta). En consecuencia, compete a los fiscales delegados “la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico científica de las actividades que desarrolle la policía judicial” (Artículo 311 de la ley 906 de 2004).

No es necesario adelantar mayores elucubraciones para advertir que el diseño y desarrollo de la investigación tiene implicaciones considerables en la realización de las garantías fundamentales de la víctima. En efecto, la obtención de uno u otro elemento material probatorio puede ser determinante para el esclarecimiento de los hechos o para la demostración de los elementos constitutivos de la responsabilidad penal y, por consiguiente, para que el procesado reciba una justa retribución y la víctima pueda acceder a la reparación.

De hecho, el numeral 3° del artículo 207 de la ley 906 de 2004 señala que:

En desarrollo del programa metodológico de la investigación, el fiscal ordenará la realización de todas las actividades que no impliquen restricción a los derechos fundamentales y que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, a la individualización de los autores y partícipes del delito, a la evaluación y cuantificación de los daños causados y a la asistencia y protección de las víctimas [las cursivas fuera del texto original].

Así pues, la Fiscalía debería considerar las manifestaciones que presente la víctima y que se encuentren relacionadas con el diseño y la ejecución de la investigación. Al respecto, conviene recordar que los derechos de justicia y de acceso a la justicia de los perjudicados por el delito comprenden la facultad de participar en las decisiones que los afectan.⁶ Además, es preciso resaltar que el artículo 11 de la ley 906 de 2004, norma rectora de

⁶ Al respecto véanse las sentencias T-275 de 1994 y C-454 de 2006.

la actuación, señala indiscriminadamente que a las víctimas les asiste el derecho “a ser oídas” (literal d).

A pesar de lo anterior, el Código de Procedimiento Penal no prevé disposición alguna que tienda a que en la práctica sean en efecto atendidas las solicitudes presentadas por la víctima, con el propósito de que la Fiscalía ordene y ejecute cierta actividad de investigación. Así pues, sería oportuno precisar el trámite que debe seguir la Fiscalía cuando recibe algún requerimiento de este tipo, esto es, el término que tiene para resolver, la forma en que debe comunicar dicha decisión y la manera de discutir una posible decisión adversa. De igual manera, es preciso diseñar un sistema de sanciones específicas para los fiscales que hagan caso omiso de las solicitudes probatorias de la víctima.

1.2. La posibilidad de que la víctima ejecute actividades de investigación

Como se advertía en líneas anteriores, la víctima se encuentra en capacidad de adelantar su propia investigación como corolario de la relación entre el derecho a probar y las garantías fundamentales que fueron relacionadas atrás, así como con la participación activa que debe tener al interior del proceso penal colombiano. De hecho, existen al menos dos providencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema que han reconocido la posibilidad de que la víctima obtenga sus propias evidencias.

Así pues, mediante providencia del 22 de noviembre de 2007, proferida dentro del proceso T-33999, la Sala de Decisión de Tutelas Número 2 de la referida Corporación definió que:

La Sala no evidencia que con la autorización de permitir a las víctimas acceder, mediante la obtención de copia, a los registros de las actuaciones adelantadas durante la fase de indagación o investigación preliminar se resquebraje la estructura del sistema penal acusatorio. Antes bien, ello posibilita el goce pleno de los derechos de dicho interviniente, al conocer de primera mano los elementos probatorios recaudados por la fiscalía, con lo cual podrá contribuir al aporte de otros que solidifiquen la eventual formulación de la imputación y de la acusación.

En igual sentido, mediante auto del 7 de diciembre de 2011, dictado al interior del proceso 37596, la Sala señaló que “si constitucionalmente se habilita a la víctima para su participación activa en la fase de indagación, nada obsta para que adelante su propia investigación y recaude elementos materiales probatorios, evidencia física e información”. Para el efecto, denotó que si el artículo 79 de la ley 906 de 2004 y la sentencia C-1154 de 2006 autorizaban a la víctima para aportar elementos de convicción a la Fiscalía, con miras a conseguir el desarchivo de las diligencias, nada obsta para que “igual lo haga en situaciones diversas con el objeto de coadyuvar en la tarea del ente acusador, máxime que, por su condición, tuvo contacto directo con el delito y de primera mano e inmediatamente puede recopilar elementos que con el paso del tiempo tienden a perderse”.

Con todo, es preciso advertir que, a pesar de ser atinadas en punto a la facultad de la víctima de emprender sus propias actividades de investigación, en estricto sentido, las providencias en comento tienen efectos *inter partes* y no obedecieron al propósito de unificar la jurisprudencia nacional. De igual manera, dichas determinaciones de la Sala de Casación Penal no definen si la víctima se encuentra en posibilidad de adelantar actuaciones con un grado considerable de afectación a los derechos fundamentales de los asociados, tales como registros, allanamientos e interceptaciones.

Por último, en opinión del autor, el reconocimiento de la posibilidad de que la víctima adelante sus propias pesquisas no conduce a que la Fiscalía General de la Nación evada su obligación constitucional de reunir los elementos materiales probatorios necesarios para esclarecer los hechos delictivos y, por esa vía, imponga a la víctima la carga de reunir cierta y determinada evidencia, so pena de adoptar determinaciones contrarias a sus intereses (*v.gr.* archivo de las diligencias o solicitud de preclusión ante el juez de conocimiento).

1.3. La víctima y las decisiones del juez de control de garantías con efectos probatorios

1.3.1. *La víctima debe ser citada a las audiencias de control de legalidad previo o posterior sobre actos de investigación*

Como ha sido denotado por la Corte Constitucional, el texto de la Carta Política (artículos 1º, 2º, 15, 21, 229 y 250), así como de los estándares internacionales en materia de protección de derechos humanos, en específico los que hacen referencia al derecho a un recurso judicial efectivo (artículos 8º y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos), imponen la obligación de garantizar, por regla general, la intervención de la víctima a lo largo del proceso penal, de modo que pueda realizar sus derechos de verdad, justicia y reparación integral.⁷ En particular, la jurisprudencia ha concluido la existencia del referido deber a partir del contenido del numeral 7º del artículo 250 constitucional, reformado por el Acto Legislativo número 3 de 2002:

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

[...]

7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, *la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal* y los mecanismos de justicia restaurativa (cursivas fuera del texto original).

⁷ Al respecto pueden ser consultadas las sentencias C-228 de 2002, C-1154 de 2005, C-979 de 2005, C-454 de 2006, C-209 de 2007, C-516 de 2007, C-250 de 2011 y C-260 de 2011.

En efecto, la Corte Constitucional ha definido que la participación de la víctima sólo puede ser restringida cuando sea necesario, para evitar el desconocimiento de las características esenciales del sistema procesal introducido por el Acto Legislativo número 3 de 2002,⁸ y, como será desarrollado más adelante, tal limitación sólo ha sido defendida en la audiencia de juicio oral, en específico, al momento de practicar las pruebas.⁹

Así pues, es inevitable concluir que la víctima debe ser debidamente citada a las audiencias de control de legalidad previo o posterior a los actos de investigación, con el propósito de que sus consideraciones sean escuchadas por el juez de control de garantías. Lo anterior, máxime cuando ocurre que tales actuaciones sean adelantadas en audiencia preliminar y, en consecuencia, en un escenario donde siempre se ha procurado la intervención de los perjudicados por el delito.¹⁰

1.3.2. La posibilidad de solicitar la práctica de pruebas anticipadas

En su origen, el numeral 2° del artículo 284 de la ley 906 de 2004 contemplaba que la prueba anticipada sólo podía ser solicitada por la Fiscalía, la defensa o el Ministerio Público. Sin embargo, a través de la sentencia C-209 de 2007, la Corte Constitucional declaró como exequible la disposición, en el entendido de que la víctima también puede solicitar la práctica de las pruebas en comento.

Lo anterior ocurrió debido a que el juez constitucional advirtió que la no inclusión de los perjudicados por el delito en la disposición configuraba un evento de omisión legislativa relativa, es decir, una “acción normativa del legislador, específica y concreta, de la que éste ha excluido determinado ingrediente o condición jurídica que resulta imprescindible a la materia allí tratada, o que habiéndolo incluido, termina por ser insuficiente e incompleto frente a ciertas situaciones que también se han debido integrar a sus presupuestos fácticos”.¹¹

Con todo, es oportuno advertir que, según el numeral 4° del referido artículo 284, las pruebas anticipadas deben ser practicadas “en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio”. Así pues, la víctima podría solicitar su práctica, pero no podría intervenir en ella, pues la misma sentencia C-209 de 2007 dejó en claro que, al interior del juicio oral, la víctima ejercería la controversia probatoria a través del fiscal, quien debería escuchar sus observaciones al respecto.

⁸ Esta posición fue reiterada luego mediante las sentencias C-250 de 2011 y C-260 de 2011.

⁹ Al respecto pueden ser consultadas las sentencias C-209 de 2009, C-250 de 2011 y C-260 de 2011.

¹⁰ En ese sentido es oportuno tener en cuenta que la víctima se encuentra en capacidad de acudir directamente ante el Juez de Control de Garantías, para solicitar, en audiencia preliminar, el decreto de medidas cautelares sobre bienes, la imposición de medidas de aseguramiento, la práctica de pruebas anticipadas y la reanudación de las diligencias.

¹¹ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-185 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. 13 de marzo de 2002.

Sin embargo, es oportuno preguntarse si, por el hecho de ser pruebas practicadas hasta antes de instalada la audiencia de juicio oral, no desaparecen las razones que condujeron a la Corte a razonar que la víctima no podía participar directamente del debate. Al respecto, conviene recordar que la sentencia C-209 de 2007 definió la constitucionalidad de la restricción en comento, toda vez que:

Cuando el constituyente definió que la etapa del juicio tuviera un carácter adversarial, enfatizó las especificidades de esa confrontación entre dos partes: el acusador y el acusado, dejando de lado la posibilidad de confrontación de varios acusadores en contra del acusado [...] Por otra parte, el constituyente no fijó las características de las demás etapas del proceso penal, y por lo tanto delegó en el legislador la facultad de configurar esas etapas procesales.

De esta manera, la providencia en comento señaló que “los elementos definitorios de la participación de la víctima como interviniente especial en las diferentes etapas del proceso penal depende de la etapa de que se trate, y en esa medida, la posibilidad de intervención directa es mayor en las etapas previas o posteriores al juicio, y menor en la etapa del juicio”.

Toda vez que, por definición, la prueba anticipada ocurre fuera del juicio oral, y se parte de las anteriores consideraciones, podría concluirse que no existe previsión constitucional alguna que prohíba la participación de la víctima en su práctica. Este planteamiento, sin lugar a dudas, evitaría que se produzca la problemática que, hoy por hoy, aqueja al juicio oral, relativa a los eventos donde la Fiscalía no se encuentra convencida del valor suasorio de la prueba solicitada por la víctima y procede a practicarla de forma inadecuada.

Ahora, de no ser recibida la argumentación presentada acerca de la posibilidad de que la víctima practique la prueba anticipada, en aquellos eventos donde no se encuentre de acuerdo, la Fiscalía debería manifestarlo con fundamento en la garantía de lealtad procesal (artículo 12 de la ley 906 de 2004), y el juez de control de garantías sería el funcionario llamado a ejecutar tal actividad.

En ese sentido, conviene recordar aquí lo definido a través de la sentencia C-396 de 2007:

La justificación de la pasividad probatoria del juez de conocimiento encuentra respaldo constitucional desde la perspectiva de la neutralidad judicial y la igualdad de armas entre las partes en el sistema penal acusatorio, no tiene sustento alguno pretender aplicar esa misma tesis en la etapa procesal en la que no existen partes, ni controversia de pruebas, ni debate en torno a la validez y eficacia de la prueba dirigida a demostrar supuestos abiertamente contradictorios.

1.3.3. El empleo de la prueba de oficio, en procura de los derechos fundamentales de la víctima

Como se advertía en líneas anteriores, a partir de la sentencia C-396 de 2007, la Corte Constitucional definió que el juez de control de garantías se encuentra en posibilidad de decretar pruebas de oficio cuando resulte necesario para garantizar los derechos de los intervinientes al interior de la investigación penal. En ese sentido, consideró que:

Es lógico sostener que el funcionario judicial que tiene a su cargo conciliar el eficientísimo y el garantismo del derecho penal, en tanto que debe preservar los derechos y libertades individuales que consagra la Constitución y, al mismo tiempo, debe favorecer la eficacia de la investigación penal como método escogido por las sociedades civilizadas para sancionar el delito y materializar la justicia en el caso concreto, puede decretar pruebas de oficio cuando considere estrictamente indispensable para desarrollar su labor.

Si se parte de lo anterior, dentro de las audiencias preliminares donde puedan resultar afectados los derechos de verdad, justicia y reparación de la víctima, garantías de carácter fundamental,¹² cuando adviertan la ausencia de los medios probatorios suficientes para resolver, se ordenará la práctica de oficio y no se proferirán decisiones inhibitorias. Por vía de ejemplo, así debería ocurrir al momento de resolver sobre las solicitudes efectuadas por la víctima (*v.gr.* solicitud de reanudación de las diligencias), cuando esta última no ha logrado obtener un elemento de convicción indispensable para sustentar su pretensión.

Las facultades probatorias de la víctima en la etapa de juzgamiento

Audiencia de formulación de acusación

En términos generales, el descubrimiento es un mecanismo para garantizar que cada uno de los partícipes del proceso penal tenga acceso a los elementos de prueba que poseen los demás, con miras a “evitar que se introduzcan pruebas en sede de juzgamiento sobre las cuales no se pueda conformar un contradictorio adecuado” (Guerrero: 2007, p. 292). Así pues, se trata de un procedimiento que garantiza la vigencia de los principios de debido proceso, igualdad, imparcialidad, legalidad, defensa, lealtad, contradicción y objetividad.¹³

¹² Al respecto pueden ser denotadas aquí las sentencias T-025 del 22 de enero de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-114 del 12 de enero de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-188 del 15 de marzo de 2007 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-821 del 5 de octubre de 2007 (M.P. Catalina Botero), T-1135 del 14 de noviembre de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-520A del 31 de julio de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo), T-458 del 15 de junio de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas).

¹³ Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de febrero de 2007. M.P. Javier Zapata. Proceso No. 25920.

El texto de la ley 906 de 2004 señaló que el procedimiento en comento sería desarrollado por la Fiscalía durante la audiencia de formulación de acusación (inciso 1° del artículo 344) y por la defensa en la audiencia preparatoria (numeral 2° del artículo 356), salvo cuando ha sido solicitado el descubrimiento de un elemento material probatorio específico (inciso 2° del artículo 344). Esto, sin perjuicio de que la Fiscalía realice el descubrimiento fuera de audiencia dentro de los tres días siguientes a la audiencia de acusación (inciso 1° del artículo 344) y de la posibilidad, excepcional, de adelantar tal actuación durante el juicio oral (inciso 4° del artículo 344).

No obstante lo anterior, el Código de Procedimiento Penal no reguló la oportunidad procesal para que la víctima descubriera los elementos de convicción que se encontraban en su poder, probablemente porque no previó la posibilidad de que la víctima adelantara su propia investigación. De esta manera, tanto en la academia como en la práctica judicial, no existía claridad sobre si el descubrimiento debía producirse en la audiencia de acusación o durante la audiencia preparatoria.

Sólo hasta el 7 de diciembre de 2011, mediante auto proferido al interior del proceso número 37596, la Sala de Casación Penal esbozó una solución, cuando definió que los elementos materiales probatorios obtenidos por la víctima debían ser descubiertos durante la audiencia de formulación de acusación. Sin embargo, el auto en comento fue más allá y señaló que dicho descubrimiento no sería adelantado directamente por la víctima, sino a través de la Fiscalía.

Lo anterior se debe a que la Alta Corte consideró que “la víctima tiene la carga de hacer causa común con la Fiscalía, en el entendido de que ésta es la titular de la acción penal, la dueña de la acusación (acto que garantiza los derechos de la víctima) y la única llamada a introducir las pruebas”. En ese sentido, la providencia justificó su posición con base en los inconvenientes prácticos de permitir que la víctima adelantara su descubrimiento de manera autónoma:

El juicio se desdibujaría si, por citar ejemplos, se permitiera que terceros ajenos a los dos adversarios postularan teorías del caso y, de manera independiente, descubrieran, enunciaran, solicitaran y participaran en la práctica, en la formación de las pruebas, pues desde tal perspectiva la igualdad de los dos contrarios no existiría y no habría lugar a aplicar las reglas de un proceso como es debido, atinentes al interrogatorio y contra-interrogatorio, previstas exclusivamente para las dos partes opuestas.

Piénsese, de modo simplemente ejemplificativo, en la eventualidad de que se habilite la posibilidad de que la víctima, con independencia de la Fiscalía, postulase y lograra el decreto de pruebas que, en sentir del ente acusador, niegan su teoría del caso. En este supuesto de probable ocurrencia, dado que la víctima no puede intervenir en la formación de la prueba se llegaría al absurdo de imponer a la Fiscalía, quien tiene la carga de demostrar su acusación, la obligación de practicar una prueba que iría en contra de sus pretensiones.

Con relación al auto de la Corte, en primer lugar conviene denotar que se trata de una providencia con efectos *inter partes* y que no obedeció al propósito de unificar la

jurisprudencia nacional. De esta manera, no es del todo claro si los operadores judiciales deben seguir sus consideraciones a efectos de resolver el vacío legislativo sobre el descubrimiento probatorio de la víctima.

En segundo lugar, es preciso señalar que se trata de una providencia contraria a la participación que debe tener la víctima al interior del proceso penal, de conformidad con la Carta Política (artículos 1º, 2º, 15, 21, 229 y 250), así como a los estándares internacionales en materia de protección de derechos humanos, sobre todo los que hacen referencia al derecho a un recurso judicial efectivo (artículos 8º y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

En efecto, como ha sido definido por la jurisprudencia de control de constitucionalidad, ésta sí con efectos que trascienden a las partes (artículos 243 de la Carta Política y 48 de la ley 270 de 1996), por regla general, la víctima se encuentra facultada para intervenir a lo largo del trámite con independencia de la Fiscalía General de la Nación, y tal participación sólo fue limitada por el constituyente en sede de juicio oral, en específico al momento de practicar las pruebas.

De hecho, el auto bajo examen no sólo desconoce la parte motiva de las providencias de la Corte Constitucional, sino que va abiertamente en contra de su parte resolutive. Al respecto, conviene denotar que el auto no sólo sugiere que la Fiscalía adelante el descubrimiento probatorio de la víctima, sino también que sea la vocera de sus solicitudes probatorias. Lo anterior, a pesar de que a través de la sentencia C-454 de 2006, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad del artículo 357 de la ley 906 de 2004, en el entendido de que “los representantes de las víctimas en el proceso penal pueden realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía”.

En general, en punto del descubrimiento probatorio de la víctima, es lamentable la posición adoptada por la Sala a través del auto del 7 de diciembre de 2011, pues desconoce que las relaciones de la víctima con el delito, el victimario y el proceso penal no son idénticas (asunto abordado en líneas anteriores). Sin embargo, en virtud de dicha providencia, hoy por hoy en la práctica la posición mayoritaria entre los funcionarios judiciales parece ser a favor de que los elementos probatorios de los perjudicados por el delito deben ser exhibidos durante la audiencia de formulación de acusación.

Por último, en este acápite conviene denotar que, en sus orígenes, la ley 906 de 2004 no contemplaba la posibilidad de que la víctima solicitara el descubrimiento de un elemento material específico durante la audiencia de formulación de acusación. Sin embargo, a través de la sentencia C-209 de 2007, la Corte Constitucional declaró como exequible el artículo 344 de la referida legislación, en el entendido de que la víctima podría presentar dicha solicitud a la par de la Fiscalía y la defensa. Lo anterior sucedió porque se encontró configurada una omisión legislativa que generaba una desigualdad injustificada entre los actores del proceso penal, y que envolvía el incumplimiento del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal.

Audiencia preparatoria

Desde su expedición, el artículo 355 del Código de Procedimiento Penal ha señalado que la representación de la víctima puede asistir a la audiencia preparatoria. No obstante lo anterior, visto el diseño original de la referida codificación, era difícil dilucidar cuál era el propósito de dicha asistencia, pues las disposiciones del Título III, relativo a la audiencia preparatoria, no le asignaban facultad alguna. Así pues, con el tiempo, la jurisprudencia constitucional fue la encargada de reivindicar la participación de la víctima durante la audiencia, luego de encontrar configuradas omisiones legislativas relativas contrarias a los artículos 250, 29 y 229 de la Carta.

En la sentencia C-454 de 2006 la Corte declaró la constitucionalidad del artículo 357 de la ley 906 de 2004, bajo el entendido de que “los representantes de las víctimas en el proceso penal, pueden realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía”. Como fue denotado en líneas anteriores, dicha providencia fue pionera en advertir la relación inescindible entre el derecho a probar y los derechos de verdad, justicia y reparación integral de la víctima.

En igual sentido, a través de la providencia C-209 de 2007, el juez constitucional determinó que la víctima debía estar en posibilidad de hacer observaciones sobre el procedimiento de descubrimiento de los elementos probatorios (artículo 356 de la ley 906 de 2004); de solicitar la exhibición de las evidencias durante la audiencia preparatoria, con el fin de conocerlos y estudiarlos (artículo 358); y, finalmente, de solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba.

Sin embargo, en la opinión del autor existe un aspecto que no ha sido abordado por la jurisprudencia, en punto de las facultades probatorias de la víctima durante la audiencia preparatoria: ¿qué participación debe tener frente a las estipulaciones probatorias, es decir, frente a los “acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias” (parágrafo del artículo 356 de la ley 906 de 2004)? En efecto, el numeral 4° de la ley referida señala que, en desarrollo de la audiencia, el juez dispondrá que “las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias. En este caso decretará un receso por el término de una (1) hora, al cabo de la cual se reanudará la audiencia *para que la Fiscalía y la defensa se manifiesten al respecto*” (cursivas fuera del texto original). De esta manera, la norma podría ser interpretada en el sentido de que la víctima no se encuentra en posibilidad de pronunciarse sobre las estipulaciones probatorias.

Sin embargo, dicha hermenéutica implicaría que la víctima no tiene la posibilidad de pronunciarse sobre un aspecto de trascendencia para la realización de su derecho a la verdad, pues como corolario de las estipulaciones probatorias habrá hechos que no serán esclarecidos durante el desarrollo del juicio oral. De esta manera, sería desconocido el derecho de la víctima a ser oída, contemplado en los artículos 11 de la ley 906 de 2004 (literal d) y 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁴

¹⁴ La disposición en comento señala que “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la*

Además, según el estado actual de la jurisprudencia constitucional, el entendimiento bajo examen implicaría una limitación injustificada de la participación de la víctima al interior del proceso penal, pues ésta sólo puede verse restringida durante la audiencia del juicio oral.¹⁵

Audiencia de juicio oral

El texto de la ley 906 de 2004 no contempló de modo expreso la posibilidad de que la víctima participara en la práctica de la prueba al interior del juicio oral. Dicha omisión, inexplicable en una codificación que (por lo menos en sus orígenes) procuró la participación activa de la víctima a lo largo del proceso penal, terminó lesionando gravemente sus derechos de verdad, justicia y reparación integral.¹⁶

En efecto, a pesar de que el vacío pudo ser resuelto por los operadores jurídicos a favor de la víctima, si se parte del contenido del literal d del artículo 11 de la ley 906 de 2004 (norma rectora de la actuación) y de considerar los contenidos mínimos del derecho a probar, así como su relación inescindible con las garantías fundamentales de debido proceso y contradicción, en la práctica esto no fue así. En consecuencia, a los perjudicados por el delito les fue negado el acceso al escenario donde son esclarecidos los hechos presuntamente constitutivos del delito. También fue coartada la posibilidad de que incidieran en la determinación de la responsabilidad penal para evitar la impunidad y acreditar el hecho generado de la obligación resarcitoria.

Por este motivo, para los comprometidos con la defensa de los derechos de las víctimas fue motivo de satisfacción cuando, en el año 2007, la Corte Constitucional admitió una demanda de constitucionalidad contra las disposiciones de la ley 906 de 2004 que reglaban el juicio oral y desconocían la participación de la víctima en el debate probatorio (en particular los artículos 378, 391 y 395). Lo anterior se debe a que el juez constitucional ya había reconocido la relación inescindible entre el derecho a probar y las garantías fundamentales de la víctima, a través de las consideraciones contempladas en la sentencia C-454 de 2006 y que han sido examinadas en acápites anteriores del presente escrito.

Sin embargo, el mismo júbilo no fue causado cuando la Alta Corte resolvió la exequibilidad de las normas acusadas y consideró que, en todo caso, los derechos de la víctima serían salvaguardados en tanto “el conducto para culminar en esta etapa final del proceso el ejercicio de sus derechos es el fiscal, quien debe oír al abogado de la víctima. Así, por ejemplo, éste podrá aportar a la Fiscalía observaciones para facilitar la contradicción de los elementos probatorios, antes y durante el juicio oral”. Máxime cuando la

sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (las cursivas son mías).

¹⁵ Al respecto pueden ser consultadas las sentencias C-209 de 2009, C-250 de 2011 y C260 de 2011.

¹⁶ Véanse Granados (2003) y *Corporación Excelencia en la Justicia...* (pp. 95 y ss.) [En línea].

argumentación presentada por la Corte Constitucional para justificar la restricción a la intervención de la víctima durante el juicio oral consistió en que “su participación directa en el juicio oral implica una modificación de los rasgos estructurales del sistema penal acusatorio que comporta una alteración sustancial de la igualdad de armas y convierte a la víctima en un segundo acusador o contradictor en desmedro de la dimensión adversarial de dicho proceso”.

En primer lugar, es preciso advertir que el texto de la Constitución Política no legitima que la víctima sea excluida de fase alguna del trámite; por el contrario, define que el legislador debe garantizar su participación a lo largo de todo el proceso penal. En ese sentido, el artículo 250 de la Carta señala que “la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas *en el proceso penal*” (cursivas fuera del texto original). Justo por eso, esta consideración había llevado a la Corte a declarar la exequibilidad condicionada de algunas disposiciones de la ley 906 de 2004, a través de la sentencia C-454 de 2006 (asunto denotado en líneas anteriores).

En segundo lugar, no es muy claro si el carácter adversarial del sistema de enjuiciamiento criminal, introducido en Colombia a través del acto Legislativo número 2 de 2003, podía ser utilizado como motivo para limitar la participación de la víctima en el juicio oral. Esto es porque la reforma constitucional en comento no instauró un modelo típicamente adversarial y, en ese sentido, conviene traer aquí las siguientes consideraciones de la sentencia C-591 de 2005, paradójicamente citadas en el fallo de 2007:

Además, cabe recordar, que el nuevo diseño no corresponde a un típico proceso *adversarial* entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia; ya que, por una parte, el juez no es un mero árbitro del proceso; y por otra, intervienen activamente en el curso del mismo el Ministerio Público y la víctima.

En tercer lugar, la Corte secundó la exclusión de la víctima de la práctica probatoria con miras a evitar que la defensa tuviera que enfrentar un segundo acusador. Pues bien, en opinión del autor, a través de tal apreciación, la Corte desconoció que, en cada caso, el juez de conocimiento podía fungir como guardián de los derechos fundamentales del acusado, y así evitar situaciones donde quedara en desventaja; en consecuencia, no era necesaria una regulación abstracta y profética sobre el particular.

En cuarto lugar, lo que es más grave, el juez constitucional equiparó las pretensiones que podría tener la víctima al interior del proceso penal con las de la Fiscalía General de la Nación. En efecto, la Corte desconoció que, así como la víctima puede pretender la imposición de una condena para el acusado, tal como lo debe hacer el ente acusador, es posible que su intervención se encuentre encaminada a esclarecer los hechos o las circunstancias (que pueden no ser relevantes para la teoría del caso de la Fiscalía). Lo anterior en atención al significado que tiene el delito y el proceso penal para la

víctima, frente al que puede llegar a tener para la Fiscalía (asunto explicado con detenimiento en líneas anteriores).

Por esta misma consideración, no puede aceptarse la solución ofrecida por la Corte Constitucional, en el sentido de que la Fiscalía debe escuchar al apoderado de la víctima durante la práctica probatoria, más cuando nuestra legislación no contempla un mecanismo de sanción alguno que conmine a los fiscales delegados para que, en la práctica, representen los intereses de los perjudicados por el delito.

Así pues, en la opinión del autor, la sentencia C-209 de 2007 legitimó de manera injustificada una restricción claramente lesiva de los derechos fundamentales de la víctima y originó una antinomia normativa cuyos inconvenientes prácticos no se han hecho esperar: la víctima se encuentra facultada para recaudar elementos materiales probatorios y solicitar su aducción como prueba, pero no puede participar de su práctica y, en consecuencia, es el Fiscal quien debe aducirlo en el juicio oral. Entonces, ¿qué hacer cuando el funcionario no se encuentra de acuerdo con la práctica del elemento de convicción petitionado por la víctima, porque lo considera inútil, impertinente o inadmisibles?, ¿debe ser conminado a presentarlo en juicio? y, en todo caso, ¿cómo garantizar que la práctica que haga del mismo cumplirá con las expectativas de la víctima?

Con posterioridad al fallo de 2007 surgió una oportunidad para que la Corte reconsiderara su posición o, al menos, morigerara sus efectos negativos, pues en el año 2011 fue presentada una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 397 de la ley 906 de 2004 por no contemplar a la víctima entre quienes se encuentran facultados para hacer preguntas complementarias una vez terminados los interrogatorios de las partes. No obstante lo anterior, a través de la sentencia C-260 de 2011, la Corte declaró como exequible la disposición, ya que “la exclusión prevista en la norma se justifica si se tiene en cuenta que la participación directa de la víctima, aun para formular preguntas complementarias, puede por esa vía convertirla en un segundo acusador o contradictor, afectando el principio de igualdad de armas en desmedro de los derechos del imputado”.

Visto lo anterior, los cuestionamientos presentados por el presente escrito en punto de la sentencia C-209 de 2007 son extensivos a la sentencia C-260 de 2011. Con todo, es posible denotar que la última de las providencias reconoce las dificultades prácticas que pueden resultar de la solución ofrecida por la Corte Constitucional, en el sentido de que la Fiscalía debe escuchar a la representación de la víctima durante la práctica probatoria. En ese sentido, es oportuno traer aquí el siguiente fragmento de la sentencia:

La Corte no desconoce que entre la Fiscalía y la víctima, o entre ésta y su apoderado, pueden presentarse divergencias de criterio acerca de cuál debe ser la mejor estrategia para promover y desarrollar el proceso en cada una de sus etapas. Sin embargo, teniendo en cuenta que la Fiscalía es la autoridad a la que se ha asignado la misión constitucional de promover la acción penal, y que en su calidad de “parte” le corresponde dirigir la acusación, exponer su teoría del caso y defenderla durante el juicio oral, la Sala considera que, de la misma manera, es ella quien tiene la potestad de trazar la ruta a seguir,

por supuesto asumiendo las consecuencias y responsabilidades inherentes al ejercicio de la función pública en caso de incumplimiento de los deberes funcionales en relación con la protección efectiva de los derechos de las víctimas.

De esta manera, la Alta Corte reconoce que alguna consecuencia desfavorable debe surgir para el fiscal delegado en el momento en que incumpla su obligación de velar por los intereses de la víctima. Sin embargo, es seguro que por no tratarse de un asunto propio del examen de constitucionalidad, no especifica a qué tipo de responsabilidad se hace referencia (penal, civil, disciplinaria).

Las facultades probatorias de la víctima en algunos escenarios de terminación anticipada

En la Preclusión del trámite. En su origen, el artículo 333 definía que en ningún evento habría lugar a solicitar o practicar pruebas con el propósito de resolver la solicitud de preclusión del trámite. Sin embargo, a través de la sentencia C-209 de 2007, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la disposición, en el entendido de que “las víctimas pueden allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal”. Esto pasó luego de que el juez constitucional advirtiera que se trata de una decisión con efectos sobre los derechos fundamentales de la víctima y que “la controversia de la solicitud del fiscal, tal como ha sido regulada por el artículo 333, puede resultar inocua si no se permite la práctica de pruebas que muestren que sí existe mérito para acusar, o que no se presentan las circunstancias alegadas por el fiscal”.

En el parecer del autor es posible presentar dos observaciones sobre la puesta en marcha de la facultad probatoria, originada en el fallo de la Corte Constitucional. En primer lugar, es oportuno denotar que el condicionamiento del fallo hizo alusión a “elementos materiales probatorios y evidencia física”. De esta manera, al partir de la definición consignada en el artículo 275 de la ley 906 de 2004, se alude que la víctima no podrá solicitar que el juez de conocimiento escuche en audiencia a los posibles testigos de la conducta punible; por ello, si pretende utilizar dicha declaración para oponerse a la solicitud de preclusión, tendrá que documentar su contenido fuera de audiencia y aportar su registro. Sin embargo, nada se opone a que la víctima solicite al juez de conocimiento que reciba las declaraciones y, por el contrario, dicha práctica evitaría que la víctima deba enfrentar las dificultades asociadas a entrevistarse, por su cuenta, con los posibles testigos. Además, esto obra en procura del derecho de contradicción que asiste a los sujetos procesales e intervinientes, y garantiza una real percepción y comprensión del medio suatorio por parte del funcionario judicial.

En segundo lugar, es posible que, para obtener el elemento que servirá para ponerse a la solicitud de preclusión, la víctima deba adelantar una actividad investigativa que exija un procedimiento específico, con intervención del juez de control de garantías (v.g.:

búsquedas selectivas en bases de datos). En estos eventos, para garantizar el derecho que la jurisprudencia constitucional le confiere a la víctima, sin desconocer las competencias definidas por la ley 906 de 2004 y, en general, la vigencia del principio de legalidad, será preciso que el juez de conocimiento ordene la suspensión del trámite hasta que haya sido culminada la actividad (con independencia de los resultados obtenidos).

En la Aplicación del principio de oportunidad. En punto del control que ejerce el juez de control de garantías en la aplicación del principio de oportunidad, el artículo 327 de la ley 906 de 2004 señala que “la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano y contra esta determinación no procede recurso alguno”. Como podrá advertir el lector, se trata de una disposición de difícil interpretación, pues reconoce que la víctima se encuentra en posibilidad de debatir los elementos materiales probatorios empleados por la Fiscalía, a la par que incluye la expresión “El juez resolverá de plano”, que es con frecuencia utilizada por las normas adjetivas para descartar la controversia probatoria.

Con todo, la jurisprudencia se ha encargado de decantar que el citado artículo 327 debe ser interpretado en el sentido de que la víctima debe estar en posibilidad de pronunciarse sobre los elementos de convicción suministrados por la Fiscalía e, incluso, de aducir sus propios elementos de prueba para oponerse a la aplicación del principio de oportunidad. En ese sentido, la sentencia C-209 de 2007 advirtió que “aun cuando la expresión ‘de plano’ generalmente se emplea para indicar la ausencia de debate probatorio, encuentra la Corte que el contenido del artículo desvirtúa esta conclusión, como quiera que el texto mismo del artículo 327 prevé que la víctima y el Ministerio Público ‘podrán controvertir la prueba aducida’.”

Similar consideración presentó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el auto del 7 de diciembre de 2011, proferido dentro del proceso número 37596:

Si la Fiscalía puede en audiencia de preclusión (artículo 331) tiene la obligación de garantizar la presencia e intervención de la víctima, quien puede oponerse a esa pretensión y, con esa finalidad, allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física. La misma participación, con la opción de controvertir la prueba aducida por la acusación, se la habilita cuando la Fiscalía acude al principio de oportunidad del artículo 327.

De esta manera se demuestra que son reiteradas las observaciones presentadas con anterioridad sobre la relación que hay en la intervención de la víctima en la audiencia que tramita la solicitud de preclusión del trámite. También, como se ha resaltado en líneas anteriores, es preciso recordar que el juez de control de garantías se encuentra en la posibilidad de decretar y practicar pruebas, con miras a evitar la vulneración de los derechos fundamentales de la víctima.

Las facultades probatorias de la víctima en el incidente de reparación integral

Con relación al incidente de reparación integral, la jurisprudencia constitucional define que “el incidente adquiere un valor inmenso, en particular para la víctima, dejando de ser un procedimiento sobre cuestiones accesorias o secundarias y al contrario, constituyendo la oportunidad final, única, brevísima, dentro del proceso penal, para reclamar ni más ni menos que la reparación integral de la víctima por el daño causado por el hecho típico, antijurídico y culpable de un declarado penalmente responsable”.¹⁷ De esta manera, en el incidente de reparación integral, la víctima es quien detenta la titularidad sobre la pretensión que será resuelta por el juez de conocimiento, por lo que no es de extrañar que los artículos 102 y 103 de la ley 906 de 2004 le confieran plenas facultades probatorias.

Así pues, en este punto la discusión ha versado acerca de las disposiciones que deben reglar la producción y práctica de los medios de prueba. Lo anterior, ante la ausencia de una disposición que aclare que, en el incidente de reparación integral, serán aplicadas las normas contempladas en el Código de Procedimiento Penal; así como en consideración a algunas jurisprudencias donde se ha defendido la aplicación de las normas de procedimiento civil.

En efecto, a través de la sentencia C-409 de 2009, la Corte Constitucional sostuvo que el incidente es una “acción civil, al final del proceso penal, una vez declarado un sujeto penalmente responsable”. De igual manera, mediante la sentencia del 13 de abril de 2011 (proceso No. 34145), la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia aseguró que “se trata, entonces, de un mecanismo procesal independiente y posterior al trámite penal propiamente dicho” y que “la acción de reparación integral es una acción civil al final del proceso penal”.

Pues bien, en el parecer del autor, a pesar de las anteriores consideraciones, el incidente de reparación integral no puede escapar a las normas sobre la actividad probatoria consignadas en el Código de Procedimiento Penal. Lo anterior, en primer lugar, porque el artículo 27 de la ley 906 de 2004 sólo autoriza a los operadores judiciales para que acudan a las normas que reglan el procedimiento civil en materias no regladas, y el Código habla sólo de las normas tendientes a regular la producción y práctica de la prueba.

En segundo lugar, no puede ser obviado que, además de la víctima y los civilmente responsables (incluido el condenado), también se encuentran legitimados para participar de la práctica probatoria, durante el incidente de reparación integral, la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio Público. Aquí, a diferencia del ordenamiento adjetivo civil, la legitimidad penal sí regula los derechos y deberes de los representantes de tales entidades.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-409 de 2009. En igual sentido puede ser consultada la sentencia C-979 de 2005.

En tercer lugar, también es preciso denotar que, en atención a que los perjuicios a resarcir fueron causados por una infracción penal, las pruebas presentadas al interior del incidente de reparación integral pueden estar encaminadas a conseguir medidas que escapan a los conceptos del derecho civil. Al respecto, conviene recordar cómo la reparación integral de la víctima puede implicar la adopción de mecanismos de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.¹⁸

Como corolario de lo anterior, por regla general la práctica probatoria en el incidente de reparación integral debe estar orientada por las disposiciones contenidas en la ley 906 de 2004 (Capítulo III del Título IV del Libro III). Además, con anterioridad al debate probatorio, los sujetos procesales e intervinientes deben adelantar el descubrimiento de los elementos materiales probatorios que serán utilizados por ellos, adaptando las normas contenidas en los artículos 344, 345, 346, 347 y 356 a la estructura del incidente. Esto so pena de que los elementos no revelados no puedan ser aducidos por ellos durante la tercera de las audiencias que integran dicho trámite.

En ese sentido, durante la primera de las audiencias que integran dicha etapa del proceso, será preciso que la víctima revele los elementos materiales probatorios que utilizará para fundamentar su pretensión resarcitoria; durante la segunda audiencia le corresponderá hacerlo a los demás intervinientes que pretendan aducir elementos de convicción al proceso (defensa, terceros civilmente responsables, Fiscalía General de la Nación y Ministerio Público). Lo anterior debe ser sin perjuicio de que el juez de conocimiento autorice el descubrimiento fuera de audiencia (artículo 344 de la ley 906 de 2004), así como del descubrimiento extemporáneo, ante causas no imputables a la parte afectada (inciso final del artículo 344 y artículos 346).

Es preciso reconocer que al interior de la ley 906 de 2004 pueden existir vacíos que deberán ser suplidos por las normas adjetivas civiles (Código de Procedimiento Civil o Código General del Proceso). Por vía de ejemplo, así deberá ocurrir cuando los intervinientes soliciten la exhibición de un documento por parte de uno de los citados a declarar dentro del trámite. Sin embargo, dicha integración debe ser respetuosa de las normas contenidas en el Código de Procedimiento Penal y de los principios rectores y garantías procesales. En ese sentido, también por vía de ejemplo, es preciso descartar la aplicación del juramento estimatorio en el incidente de reparación integral (artículo 206 del Código General del Proceso). Lo anterior se debe hacer, pues en caso de implementar el medio probatorio en comento, el juez penal no podría reconocer a la víctima “suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete”.

De esta manera, resultaría vulnerado el derecho a la reparación integral de la víctima, que está contemplado en el artículo 11 de la ley 906 de 2004 (literal c) y con sustento en los artículos 1º, 2º, 15, 21, 229 y 250 de la Constitución, así como en diferentes tratados de derechos humanos ratificados.¹⁹ Esto es así porque la garantía en comento implica

¹⁸ En ese sentido puede ser consultada la sentencia C-979 de 2005 de la Corte Constitucional.

¹⁹ En ese sentido puede ser consultada la sentencia C-228 de 2002 de la Corte Constitucional.

“la adopción de *todas* las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación” (cursiva fuera del texto original).

En efecto, la aplicación del juramento estimatorio en el incidente de reparación integral supone que el juez no puede ordenar todas las medidas que resultan necesarias para resarcir a la víctima: medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición a favor de la víctima (dimensión individual del derecho); así como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas (dimensión colectiva del derecho).²⁰

Además, no puede ser obviado que el juramento estimatorio comporta una sanción, consistente en que: “*Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia*”²¹. De esta manera, dicha institución sólo puede ser aplicada por los operadores judiciales cuando el legislador lo indique de manera clara y expresa, lo que por supuesto no ocurrirá, en caso de aplicar la institución jurídica por vía de la integración normativa.

Por lo tanto, aplicar el juramento estimatorio en el incidente de reparación integral, antes de proferida una disposición que señale explícitamente tal posibilidad, supondría una vulneración al principio de legalidad (una de las garantías del debido proceso). En ese sentido es oportuno traer aquí las siguientes consideraciones, presentadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-853 de 2005:

Uno de los principios del debido proceso es el de legalidad que garantiza a las personas que van a ser objeto de sanción conocer con anticipación las conductas que son reprochables y las sanciones que habrán de imponerse. Dicho principio otorga seguridad jurídica y hace efectivos los derechos de las personas implicadas.

La Corte ha señalado que el principio de legalidad exige “(i) que el señalamiento de la sanción sea hecho directamente por el legislador; (ii) que este señalamiento sea previo al momento de comisión del ilícito y también al acto que determina la imposición de la sanción; (iii) que la sanción se determine no sólo previamente, sino también plenamente, es decir que sea determinada y no determinable. Obviamente, esto no impide que el legislador diseñe mecanismos que permitan la gradación de la sanción, como el señalamiento de topes máximos o mínimos.

En efecto, el principio de legalidad está integrado por tres elementos esenciales: la *lex praevia*, la *lex scripta* y la *lex certa*. La *lex praevia* exige que la conducta y la sanción antecedan en el tiempo a la comisión de la infracción, es decir, que estén previamente señaladas; la *lex scripta*, en materia de *ius puniendi*, significa que los aspectos esenciales de la conducta y de la sanción estén contenidas en la ley, y la *lex certa* alude

²⁰ Al respecto puede ser consultada la sentencia C-454 de 2006 de la Corte Constitucional.

²¹ La referida sanción no procede cuando la falta de demostración de los perjuicios y cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de su obrar diligente. Esto es de conformidad con lo resuelto por la sentencia C-157 de 2013 de la Corte Constitucional.

a que tanto la conducta como la sanción deben ser determinadas de forma que no hayan ambigüedades.

Bibliografía

Corporación Excelencia en la Justicia. *Balance de los Primeros Años del Sistema Penal Acusatorio en Colombia*. Documento en línea disponible en: <<http://www.cej.org.co/publicaciones/libros/2599-balance-de-los-primeros-cinco-anos-de-funcionamiento-del-sistema-penal-acusatorio-en-colombia>>

Granados, Jaime Enrique; Julio Andrés Sampredo, Juan David Riveros y Mildred Hartmann, *Ante proyecto de Código de Procedimiento Penal*, Bogotá D.C., Legis, 2003.

Guerrero, Oscar Julián, *Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal*. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2007.

