

LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL

EL PAPEL DE LA CONTRALORÍA

CARTILLA DE INTRODUCCIÓN

Grupo de Trabajo

Eduardo Montealegre Lynett
Director de la Investigación

Investigadores

Diana Carolina Chica
Adriana Martínez
Camilo Montoya
María José Ramírez



Bogotá (Colombia) 2021

PRESENTACIÓN

Esta investigación discute problemas de interpretación y aplicación del derecho, relacionados con la participación de la víctima en el proceso penal. Para abordar las tensiones que el tema suscita, el trabajo propone la adopción de un marco conceptual de ponderación, orientado por los principios de proporcionalidad, igualdad e interpretación conforme a la Constitución. Bajo este razonamiento, el ordenamiento jurídico se concibe, mediante un continuo axiológico: en un extremo se aprecian reglas y, en el otro, principios y valores.

Esta imagen permite proveer una nueva perspectiva sobre el papel del juez de control de garantías. Particularmente, frente a la participación de la víctima en el proceso penal. La postura que defienden los investigadores, es la siguiente: el garante de los derechos fundamentales se encuentra limitado, no sólo por el ordenamiento jurídico (Constitución y ley), sino también, por las interpretaciones jurisprudenciales. Lo anterior, en virtud de figuras como el precedente, la cosa juzgada, el bloque de constitucionalidad y, el control difuso de convencionalidad. Por lo tanto, la investigación asume que, la garantía de los derechos de la víctima, es un presupuesto necesario para realizar la justicia material.

Como punto de partida, el texto explora el sentido de la verdad que se construye en el proceso penal. Este argumento se basa en los fundamentos de la ética discursiva, vinculada a las teorías de la racionalidad comunicativa. En línea con esta comprensión intersubjetiva, se critica la participación «indirecta» de la víctima en este escenario dialógico. Es decir: se cuestiona la mediación ejercida por parte de la Fiscalía y se defiende una mayor autonomía en tal intervención. En este punto, el fundamento es el concepto de verdad, comprendido como un diálogo entre sujetos racionales que actúan en condiciones universales de igualdad, a través del intercambio de argumentos. Esto supone que, la construcción de la verdad, se basa en un proceso deliberativo, soportado en razones.

Asimismo, se plantea una reflexión, en torno a la necesidad de adoptar una interpretación conforme a la Constitución, de las potestades con las que cuenta la víctima del delito. Desde esta perspectiva, se advierte que, dichas potestades, no deben ser entendidas como taxativas. Además, se expone un análisis contra-fáctico que, contempla la posible vulneración de los derechos fundamentales de la víctima, con ocasión de la actuación u omisión de la Fiscalía.

La investigación provee algunos de los desarrollos jurisprudenciales constitucionales más relevantes, sobre el alcance de las potestades de la víctima en el proceso penal. En particular, se aborda el pulso entre los derechos de la víctima y el derecho a la igualdad de armas. El trabajo concluye que, la Corte, ha incorporado una noción amplia de las potestades con las que cuenta la víctima y, ha comprendido el proceso penal, como un escenario de igualdad.

El texto también se concentra, en la concurrencia discrecional de la Contraloría como

víctima en el proceso penal. Como fundamento de esta intervención, se analiza la relación entre la conducta delictiva y el daño fiscal. Se observa que, la participación de la Contraloría en este proceso, se ha asociado, principalmente, a la reparación del patrimonio público. Frente a esto, la investigación también reivindica la integralidad del goce efectivo de sus derechos como víctima, a la verdad, justicia y reparación. Por esta razón, se hace referencia, al alcance de sus atribuciones de policía judicial. Esto último, con el propósito de incentivar la discusión sobre la capacidad de investigación autónoma de la víctima.

Este trabajo, espera contribuir al debate sobre los elementos que confluyen en las decisiones judiciales. Especialmente, en aquellas que orientan el proceso penal en materia de reparación. A su vez, los planteamientos invitan a revisar las garantías de verdad, justicia y reparación, a partir de la idea de consenso. Este ejercicio permite formular -entre otras- la siguiente conclusión: es necesario consolidar análisis teóricos en torno a la figura del juez de control de garantías. Concretamente, respecto al papel que se le demanda, frente a las actuaciones u omisiones de la Fiscalía que -dentro del proceso penal- pueden afectar los derechos de las víctimas.

La Auditoría General agradece, al grupo de investigación que elaboró el trabajo. Sus posiciones -que no comprometen necesariamente la postura institucional de la entidad- servirán para abrir un intenso debate en los órganos de control fiscal. Es indiscutible que, se presentan aportes novedosos, para replantear el papel de la víctima en el proceso penal. Entre otras tesis, destacamos las siguientes: la capacidad autónoma de la víctima en materia probatoria; la consideración de que sus facultades no son taxativas y, deben interpretarse de forma que se maximicen sus derechos fundamentales a verdad, justicia y reparación; la vinculación de sus potestades, con el concepto de verdad proveniente de la filosofía; el papel de los jueces de garantías, en el control de omisiones; la posibilidad de solicitar medidas cautelares antes de la imputación; la delimitación del ámbito de competencia de las Contralorías, ligada a los derechos de verdad, justicia y reparación; la precisión del daño fiscal, como elemento orientador de las potestades; el derecho fundamental a la igualdad y, el principio de proporcionalidad, como criterios de interpretación de las competencias procesales de las víctimas. Se trata, en conclusión, de una lectura constitucional de la intervención de las Contralorías en el proceso penal que, sin duda, abrirá nuevos caminos de interpretación.

ALMA CARMENZA ERAZO MONTENEGRO
Auditora General de la República


 UNO

DOCE TESIS TRANSVERSALES

Las tesis principales de la investigación, sobre la intervención de las víctimas en el proceso penal, son las siguientes:

I. El principio general que rige la intervención de las víctimas, es la igualdad de armas. Las limitaciones son de carácter excepcional.

El modelo de intervención en el proceso penal, creado por la Corte Constitucional mediante las normas jurídicas de sus precedentes, es diverso al planteado por el legislador para el sistema adversativo. A partir de una lectura sistemática de la legislación (Ley 906 de 2004) y, de los contenidos normativos provenientes de la interpretación judicial, se observa la formulación de un principio general de actuación: la igualdad de armas entre víctima y acusación. Las limitaciones a este precepto son la excepción. Por consiguiente, sólo resultan admisibles, en casos como los decididos por la Corte, en los cuales se ha aceptado la restricción del derecho fundamental a la igualdad.

En todas las demás hipótesis, una limitación a las potestades de las víctimas debe estar plenamente justificada. Lo anterior, con base en el principio de proporcionalidad. Por esta razón, se aprecian dos grandes extremos: por un lado, potestades que, expresamente, se ampliaron por la Corte y, por otro, restricciones a los derechos que fueron declaradas constitucionales. El campo de juego que surge entre

los dos extremos (la prohibición y la extensión) debe interpretarse conforme a la Constitución. De tal forma, debe prevalecer la igualdad, sobre la restricción no justificada. Salvo norma expresa, sus potestades son semejantes a las que ostentan las demás partes en el proceso.

II. El concepto de víctima

En su acepción más restringida, la víctima es el sujeto pasivo de la conducta delictiva; el titular del bien jurídico protegido o el objeto de la acción. Según esta definición, el daño sufrido es el elemento que determina la acreditación. Sin embargo, la teoría moderna ha rechazado ese concepto, por considerar que, su enfoque, es reduccionista. En otros términos: se encuentra que, esta noción es limitada, porque se circunscribe a la reparación del daño.

Tal perspectiva crítica sostiene que, la noción de víctima, no se limita al titular del bien jurídico o al objeto de la conducta. Es más amplia: se extiende a todo aquel que ha recibido un efecto del comportamiento punible. Esto es así, porque la cascada de consecuencias del hecho, puede ingresar en el ámbito de protección de algún bien constitucionalmente protegido. Esto supone, un desplazamiento hacia un concepto omnicompreensivo que, abarca tanto a víctimas directas como indirectas.

A partir de este entendimiento, se reconoce también como víctimas, a parientes, herederos o socios de quien ha soportado directamente los efectos del delito. Incluso, en casos en los que se afectan bienes públicos, el Estado puede acreditar esa condición.

La Contraloría puede considerarse víctima del delito, porque su función pública de control fiscal implica, vigilar la gestión de recursos y bienes de la Nación. De ahí que, a través de los delitos contra la administración pública -y conexos- se afecta no sólo las instituciones cuyo presupuesto resulta menoscabado. Con la conducta delictiva, también resulta perjudicada la entidad encargada de prevenir, controlar y sancionar el daño patrimonial al Estado. En consecuencia, se produce un efecto dominó, al poner en peligro la confianza en las entidades encargadas de prevenir el daño fiscal. La legitimación de las Contralorías requiere, básicamente, tres elementos: (i) Acreditar-sumariamente- la existencia de un daño fiscal, con relevancia penal (creación de un riesgo desaprobado); (ii) Que, el daño, sea producido por una entidad que se encuentra-específicamente- bajo su control y vigilancia; y, (iii) Que sea imputable a un gestor fiscal -público o privado-.

III. El proceso penal constituye un escenario de producción intersubjetiva de la verdad

Comprender la verdad a través de las ideas de diálogo y consenso, implica reconocer que, su construcción, se genera mediante la contraposición de argumentos. Es decir: la verdad no constituye un hecho fijo o dado en la realidad. Por el contrario: se elabora a

través del debate. De tal forma, lejos de ser estática, la verdad se entiende a partir de su dinamismo. Por lo tanto, su producción depende de un escenario que promueva la participación en condiciones de igualdad.

A diferencia del sistema penal inquisitivo, el sistema acusatorio no presupone la existencia de una verdad oficial. Esto significa que, no se asume que la verdad deba ser descubierta o expuesta. En cambio, este modelo persigue, la creación de acuerdos intersubjetivos. Por esta razón, impedir a la víctima su participación real en la construcción de ese diálogo, constituye una limitación irrazonable de sus derechos fundamentales.

IV. El proceso de constitucionalización se refleja en el derecho procesal penal

En el proceso penal deben conjugarse, las normas constitucionales, varios tratados de derechos humanos, la ley procesal y, las normas jurídicas que se producen jurisprudencialmente, por vía de interpretación. Todas estas disposiciones y contenidos normativos, deben ser vistos como una unidad que adquiere sentido, por la interrelación de sus elementos. Por consiguiente, en virtud de figuras como el precedente, la cosa juzgada, el bloque de constitucionalidad y, el control difuso de convencionalidad, los operadores jurídicos deben observar las diferentes fuentes del derecho.

De igual forma, debe tenerse en cuenta que, los argumentos de las sentencias de la Corte Constitucional, considerados como ratio decidendi, tienen un valor vinculante. Esto quiere decir que, jurisprudencialmente, se ha

establecido un sistema acusatorio diverso al concebido originalmente en la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal). De modo que, este tipo de fundamentos, también forman parte del procesal penal. Por esta razón, el intérprete de la ley procesal penal, debe armonizar los textos legales, con las normas e interpretaciones dictadas por la Corte.

V. La víctima puede intervenir de manera autónoma en el proceso penal y complementar la acusación de la fiscalía general

La víctima del delito puede intervenir con autonomía e independencia, frente a la actuación de la Fiscalía. Con base en ese postulado, se encuentra facultada para acudir de manera directa, ante el juez de control de garantías. Asimismo, puede solicitar pruebas y medidas de aseguramiento, recoger evidencias, asistir a audiencias preliminares, etc. De igual manera, puede formular una hipótesis de investigación y de los hechos, diferente a la sostenida por la Fiscalía.

Esta capacidad probatoria de la víctima, debe interpretarse en clave de sus derechos fundamentales. Si se le impide contribuir con evidencias y argumentos en la defensa de su teoría del caso, sus derechos (igualdad y verdad) se afectarían en forma desproporcionada. Aunque las potestades de la víctima en el proceso penal no son absolutas, su restricción debe guardar razonabilidad y proporcionalidad. La víctima también puede complementar y fortalecer dos aspectos de competencia de la Fiscalía: la acusación y la postulación probatoria. La Fiscalía no tiene un monopolio absoluto de la acción porque,

constitucionalmente, representa a la víctima en el proceso. Por ende, sus vacíos y omisiones pueden ser complementados por la víctima. Cuando se violan sus derechos fundamentales por omisión, la víctima está legitimada para pedir -directamente- su protección ante el juez. Esta potestad se fundamenta, en la naturaleza de la verdad como construcción y diálogo; en el derecho fundamental a la igualdad que, se vería afectado -en forma desproporcionada- si la participación es accesorio; y, por último, en la naturaleza del sistema adversativo, caracterizado por la inexistencia de una verdad oficial sobre los hechos.

VI. Las potestades de la víctima no son taxativas. Deben interpretarse conforme a la constitución

Las normas deben interpretarse conforme a la Constitución. Por lo tanto, su alcance se determina de acuerdo con los valores, principios y derechos consagrados en la Carta Política. Es por esto que, para fijar el ámbito de actuación de las víctimas, debe emplearse una herramienta conceptual, como el principio de proporcionalidad. Conforme a la lógica de ponderación, inscrita en este principio, el juez debe valorar los alcances de la intervención de la víctima en el proceso penal.

Originalmente -en el Código de Procedimiento Penal-, su participación fue planteada como excepcional. No obstante, esta concepción se transformó -radicalmente- mediante las consideraciones vinculantes de la Corte Constitucional. Es a partir de ese nuevo enfoque que, deben interpretarse tales potestades. De esta forma, el juez puede

decidir sobre facultades que no están expresamente consagradas en la ley, pero que, se infieren, de una «interpretación conforme» a la Constitución.

Por todo lo anterior, las disposiciones que regulan la intervención de la víctima, no deben entenderse como taxativas. Su alcance es meramente enunciativo. Además, las actuaciones de la víctima, no pueden apreciarse como marginales. Su intervención es principal, porque tiene la misma relevancia que ostentan las actuaciones de la Fiscalía y la defensa.

VII. El equilibrio de potestades se orienta, por el principio de proporcionalidad

En virtud del derecho fundamental a la igualdad, prima facie, las víctimas tienen las mismas potestades que la defensa. No obstante, en cada caso, debe existir un equilibrio. Esta correspondencia se mide de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Por esta razón, para examinar las restricciones a la igualdad de armas, es preciso valorar el peso de los derechos en juego. De esta forma podrá determinarse si, está justificada, la limitación o ampliación de los derechos de los intervinientes en el proceso penal.

Además, debe entenderse que, la acusación está integrada por dos sujetos. De un lado, se encuentra la Fiscalía y, de otro, la víctima del delito. Entre estos sujetos puede producirse una distribución interna de las cargas. También podrán coincidir -aunque no siempre- en la fundamentación de una acusación unitaria. Conforme a este entendimiento, la participación

de la víctima no supone una expansión desproporcionada del rol acusatorio. Igualmente, es preciso tener en cuenta el dinamismo entre acusación y sentencia. La congruencia que se predica entre estos materiales jurídicos, debe interpretarse de forma dinámica. Esto significa que, el contenido de la acusación, no representa una estructura inamovible para el juez. Considerarla así, equivaldría a desconocer el sentido del proceso penal. Es cierto que, en la acusación, se fijan unos hechos básicos. Sin embargo, el contexto de argumentación producido en el juicio oral, es el marco dentro del cual, debe producirse el fallo. En ese escenario, el discurso de la víctima y su hipótesis del caso, juegan un papel central.

VIII. Las medidas cautelares sobre bienes, pueden decretarse antes de la imputación

Con las medidas cautelares sobre bienes, generalmente, se pretende garantizar la indemnización de los perjuicios causados por el delito. Al respecto, el Código de Procedimiento Penal dispuso que, el juez de control de garantías, podrá decretar su imposición en la audiencia de imputación o audiencia preliminar. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha entendido que, esta posibilidad, no se restringe a una etapa procesal específica. Por lo tanto, antes de la audiencia de imputación, pueden ser solicitadas y ordenadas distintas medidas cautelares. Inclusive, esto puede hacerlo directamente la Fiscalía, sin autorización previa del juez de garantías. La jurisprudencia ha sostenido que, las medidas de reparación, son “intemporales”. Además, que no están ligadas a un juicio

de responsabilidad. En consecuencia, no están subordinadas a la existencia de una imputación. Pueden ser decretadas antes de ese momento procesal.

Así, por ejemplo, podrían decretarse aquellas medidas que se incluyen dentro del concepto de «comiso». Es decir, podrá ejercerse dicha cautela sobre bienes con los que se ha cometido el ilícito, que son producto del mismo. Además, de conformidad con los desarrollos jurisprudenciales en la materia, estas medidas de restablecimiento del derecho -de carácter intemporal- pueden ser ordenadas por la Fiscalía. En consecuencia, es posible que, su imposición, se ordene por parte de la Fiscalía o del juez de control de garantías. Se requiere un solo presupuesto: que esté demostrada la materialidad del hecho o la tipicidad objetiva de la conducta.

IX. La participación probatoria de la víctima cede ante la reserva judicial, en casos de injerencias medias o intensas a los derechos fundamentales

El estándar de prueba se construye con las evidencias y medios probatorios que aportan, tanto la Fiscalía como la víctima. Para la recolección de este material probatorio, la víctima sólo puede afectar -directamente- en forma leve, derechos fundamentales. La víctima debe acudir directamente ante el juez de control de garantías, para que se decreten las pruebas que supongan injerencias medias o intensas, sobre estos derechos. No necesita mediación de la Fiscalía. Cuando hay afectaciones media o intensas a los derechos fundamentales, la aducción

y práctica de pruebas se rigen por el principio de reserva judicial. La víctima, previa autorización del juez de garantías, puede desarrollar las injerencias medias o intensas, directamente.

X. El juez de control de garantías puede ordenar a la fiscalía, que cese la vulneración a los derechos de las víctimas

Los derechos de carácter fundamental pueden ser vulnerados por acción u omisión. En el proceso penal, es posible que, las omisiones de la Fiscalía, afecten derechos fundamentales de la víctima. Por ejemplo, al no formular una imputación, la Fiscalía puede violar el derecho fundamental a la verdad y justicia. Asimismo ocurre, cuando no se impulsa con celeridad el proceso y éste se dilata, injustificadamente.

En estos casos, la víctima puede acudir ante el juez de control de garantías. De confirmarse la afectación, debe ordenarle al ente acusador que proteja los derechos fundamentales. En este sentido, el juez podrá exigir que, la Fiscalía, cese las actuaciones y omisiones que generan tal impacto. Puede otorgar un plazo razonable para el cumplimiento de esta orden.

Respecto al plazo razonable, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, este derecho, se encuentra consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 7.5, 8.1 y 25). Asimismo, se ha reiterado que, la verificación de la legitimidad del plazo transcurrido, se orienta por tres criterios: (i) el grado de complejidad del asunto tratado en el proceso; (ii) las actuaciones desplegadas

por el interesado en que se active el asunto; y (iii) las actuaciones u omisiones de las autoridades. A estos elementos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha agregado, (iv) el análisis de la relevancia que tiene el proceso para el interesado. (Corte Constitucional 1154/05)

Por ejemplo: en el caso estudiado en la sentencia SU-394 de 2016, la Corte Constitucional resolvió amparar el derecho fundamental a un plazo razonable, dentro de un proceso de extinción de dominio. La orden de la Corte a la Fiscalía y al Juez de conocimiento, en esa oportunidad, fue la observancia de los plazos establecidos en la ley para adelantar el proceso. Además, se le ordenó a la Fiscalía, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Consejo Superior de la Judicatura, que construyeran un plan de acción para evacuar el proceso. (Corte Constitucional, SU-394/16).

Esta decisión da cuenta, del papel que, el juez de control de garantías, puede desplegar para contener las vulneraciones a los derechos fundamentales de las víctimas. Su deber de garantizar el derecho a un plazo razonable deviene, además, de la figura del bloque de constitucionalidad y del control difuso de convencionalidad. Sobre el alcance de esta última figura, la jurisprudencia ha precisado que, similar al principio de interpretación conforme, esta herramienta supone la armonización de las normas, no sólo con la Convención Americana de Derechos Humanos, sino también, con las interpretaciones jurisprudenciales de la Corte Interamericana. Además, su modalidad difusa, habilita a cualquier operador jurídico para ejercer dicha adecuación normativa (Corte Constitucional, C-469/16).

XI. Para que la contraloría intervenga como víctima, basta acreditar que, el delito, está asociado a un daño fiscal

La intervención discrecional de las Contralorías -como víctimas en el proceso penal- encuentra fundamento directo en la ley. Su participación se legitima -como se dijo- por el vínculo entre la conducta delictiva y la lesión al patrimonio público. Este tipo de daño se entiende, como la afectación de bienes, recursos públicos o intereses patrimoniales estatales. Por ende, se precisa que, las Contralorías acrediten la relación entre el delito investigado y el daño fiscal de su competencia.

El detrimento a su propio patrimonio, no es el único que habilita al ente de control para intervenir como víctima. Su calidad de víctima también se produce, por el daño que sufren las entidades objeto de su vigilancia. Lo anterior, conforme a la concepción amplia de víctima del delito, desarrollada por la jurisprudencia. Esto quiere decir que, estos delitos, no sólo impactan directamente a la entidad encargada del manejo de esos bienes, recursos o intereses. Los delitos que suponen un daño fiscal, también afectan a la entidad responsable de controlar, vigilar y sancionar dicha gestión.

No todo daño fiscal se traduce en lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penalmente protegido. Puede existir daño fiscal, sin lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos penales. El sólo daño fiscal, sin trascendencia en el campo de protección del derecho penal, no legitima la intervención de la Contraloría.

XII. La contraloría -como víctima del delito- es titular de los derechos a verdad, justicia y reparación

La actuación de la Contraloría, como víctima en el proceso penal, no se limita a perseguir la reparación del daño causado. Esto quiere decir que, su intervención como víctima en el proceso, se rige por los derechos fundamentales a la verdad, justicia y reparación. Este marco orienta su ámbito de actuación y, define sus

potestades. Además, el ejercicio de estos derechos, debe interpretarse conforme a su integralidad.

Por lo tanto, las Contralorías pueden concurrir a la investigación y juzgamiento. Lo anterior, porque durante estas etapas, se empieza a demostrar la responsabilidad penal. Asimismo, pueden participar en el incidente de reparación, dado que, allí, se calcula el daño derivado del delito asociado al control fiscal. Por consiguiente, su intervención es relevante, en todas las etapas del proceso.

DOS

POTESTADES DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL

I. INTRODUCCIÓN

i. Este capítulo aborda el fundamento, esencia y alcance de las facultades que tiene la víctima en el proceso penal. Por medio de este análisis, se espera ampliar la comprensión del significado que tiene la equivalencia de oportunidades procesales. El interrogante que orienta esta reflexión, gira en torno al límite que representa el principio de igualdad de armas. Específicamente se discute, si promover la participación probatoria de la víctima, vulnera el equilibrio entre las partes.

Pese a la diversidad de posturas que tal cuestión suscita, esta investigación advierte un consenso, sobre ciertas premisas. Una de ellas, es la aceptación de la tendencia acusatoria en el proceso penal colombiano. Conforme a esta proposición, el desplazamiento del sistema inquisitivo ha implicado, un asentamiento cada vez mayor, de una lógica adversativa. Paralelamente, también existe acuerdo, acerca del reconocimiento de la víctima como sujeto de especial protección¹.

ii. Especialmente, la Corte Constitucional ha reiterado, la necesidad de asegurar la participación de la víctima del delito en los procesos penales. En esta línea, se

ha precisado que, dicha facultad, debe ejercerse de manera directa y autónoma. Esto supone que, su intervención, debe desplegarse sin que operen mediaciones. Además, la jurisprudencia ha entendido que, el aporte probatorio de la víctima, no quebranta el debate acusatorio establecido entre la defensa y la Fiscalía.

Esta lectura del proceso penal, en clave de garantías a la víctima, ha implicado una revisión de sus diferentes etapas. De esta manera, la jurisprudencia constitucional ha pretendido identificar aquellas que concretan, por ejemplo, la reparación integral y las medidas de satisfacción. Sin embargo, a esta postura garantista, se opone la idea de una posible victimización del acusado. Según esta apreciación, no puede permitirse que, para garantizar los derechos de la víctima, se vulneren los del imputado. En otras palabras, se rechaza un diseño institucional de dos sujetos contra uno.

iii. Las aproximaciones críticas a los desarrollos jurisprudenciales-constitucionales-señalan también que, la participación probatoria de las víctimas, perjudica la labor de la

1. Este planteamiento jurisprudencial se ha establecido desde la sentencia C-228 de 2002 de la Corte Constitucional.

defensa. Esta afectación se asocia, a un supuesto rol acusatorio que podría asumir la víctima. De acuerdo con esta visión, la intervención de la víctima representaría una usurpación de las funciones constitucionales asignadas a la Fiscalía. Esto implicaría, a su vez, una limitación a la igualdad de armas: núcleo esencial del derecho de defensa, contradicción y juicio justo (Corte Constitucional, C-616/14).

Asimismo, se cuestiona la necesidad y conveniencia que la apertura del proceso tiene, incluso, para satisfacer los derechos de las víctimas. Por estas razones, también se ha subrayado que, la Corte sitúa la tendencia acusatoria, únicamente, en la etapa del juicio. Se objeta que, esta mirada desconoce, el carácter adversativo que impregna todo el sistema, de manera transversal e interdependiente. Por consiguiente, según estas observaciones críticas, no resulta adecuado plantear, aisladamente, comparaciones procesales.

iv. Frente a esta controversia, la presente investigación propone un camino alternativo. El debate doctrinario y jurisprudencial ya ha abordado la actividad probatoria de la víctima. Es decir, ya se ha previsto cómo se produce su participación. Sin embargo, se requiere consolidar un análisis en torno al papel del juez de control de garantías, frente a las omisiones de la Fiscalía. Por lo tanto, el estado de la discusión evidencia la necesidad de complementar este enfoque.

Por esta razón, se propone un análisis contra-fáctico: uno que, contemple dos supuestos ausentes en el debate. De un lado, se plantea una hipótesis: la Fiscalía no logra satisfacer la carga de la prueba. Como caso límite, se sugiere que, aún en contra de la Fiscalía, la víctima sí suministra elementos de juicio para la satisfacción del estándar de prueba. De otro lado, el segundo supuesto implica asumir que, al paralizar las facultades constitucionales de participación con las que cuenta la víctima en el proceso penal, se producen graves injerencias en sus derechos fundamentales.

De esta manera, las potestades que tienen las víctimas en el proceso penal, se describen a partir de una visión epistemológica y constitucional. Ambas perspectivas abarcan los presupuestos de igualdad de armas y, la consolidación del concepto de víctima. De ahí que, se proponga el uso de una herramienta de interpretación constitucional: el juicio de proporcionalidad. Este instrumento funciona, para examinar la legitimidad de ciertas restricciones a derechos de carácter fundamental. Por lo tanto, su aplicación permite valorar si, la incidencia que tiene la participación de la víctima en los derechos del acusado, es proporcional en términos constitucionales.

v. En síntesis: se demuestra que, la participación de la víctima, no la convierte -per se- en un ente acusador y, tampoco, desprotege las garantías del acusado. Para llegar a esta conclusión, se hace uso de las categorías epistémicas de la decisión

judicial. Es decir: se aprecia cómo opera la carga de la prueba, el estándar de prueba y la presunción de inocencia. Por último, se insiste en un aspecto: la intervención de la víctima tiene un alcance, enfoque y sentido distinto al de la Fiscalía. El foco de la participación de la víctima lo constituye la reparación integral, el aporte a la verdad y la vigilancia de la actividad probatoria. Por su parte, los esfuerzos del ente acusador, se concentran en el campo de lo probatorio y en la satisfacción del estándar de prueba. A partir de estas conclusiones, el escrito retoma la idea de apertura del proceso y, defiende, la legitimidad de las potestades de las víctimas en el proceso penal.

II. FUNDAMENTO

A

Verdad intersubjetiva

La concepción aristotélica de la política, según la cual el Estado y la sociedad se encontraban en una misma esfera, fue desplazada por el establecimiento de una distinción entre estos espacios (Habermas, 1989: 53). Esta contraposición ha sido entendida como una construcción, incluso teológica, que ubica el paradigma de lo político como si estuviera aislado del paradigma de lo económico (Agamben, 2008: 13-39). Esto quiere decir que, por ejemplo, se asume, que el escenario de la sociedad civil se encuentra dominado por intereses privados y está, por tanto, desprovisto de eticidad (Habermas, 1989: 54-55).

La interpretación que Habermas propone de la visión de Hegel, respecto de la mediación entre el Estado y la sociedad, apunta a lo siguiente: los antagonismos del paradigma económico no se resuelven por medio de la auto-regulación (Habermas, 1989: 54-55). Por lo tanto, desde esta perspectiva, se plantea un modelo de mediación intersubjetivo que produzca una comunidad de comunicación (Habermas, 1989: 57). La idea detrás de esta propuesta, es la posibilidad de un consenso que desarrolle la totalidad ética. Es decir, el establecimiento de una razón ética discursiva.

En relación con esta ética del discurso, se destacan dos enfoques: el pragmático trascendental de Karl-Otto Apel y el pragmático universal de Jürgen Habermas. La diferencia entre estos enfoques, tiene que ver, con la relación entre ciencia y filosofía. Para Habermas, es posible mantener un vínculo entre sus resultados y, así, permitir la comprobación empírica de los enunciados filosóficos. Por su parte, Apel no descarta la posibilidad de cooperación entre ciencia y filosofía, pero mantiene la diferencia entre estas. De este modo, la postura de Habermas se cataloga como más cercana a la sociología; mientras que, a Apel, se le ubica en una postura eminentemente filosófica. (Cortina, 1991: 13)

En algún momento de su obra, ambos autores coincidieron en la necesidad de apreciar las condiciones ideales que posibilitan el acto del habla y del consenso. Para Apel, el ejercicio de argumentación en torno a la verdad de ciertos enunciados, supone el reconocimiento de una comunidad ante la cual se defienden las razones. A este presupuesto se asocia una

teoría de la verdad como consenso. Por lo tanto, su postura lleva implícita, la idea de un derecho de los sujetos a participar en la discusión. (Cortina, 1991: 24)

Por su parte, en la obra de Habermas se identifican, al menos, tres acepciones de verdad: (i) semántica; (ii) epistémica; y (iii) pragmática. La primera de ellas tiene que ver con su naturaleza deductiva. Por su parte, la verdad epistémica alude a la idealización de las condiciones de argumentación, propia de la teoría del consenso. Por último, la verdad pragmática corresponde, al interés por las prácticas cotidianas que el autor explora, para analizar el contraste entre la razón y la realidad. (Galán, 2014: 123-124)

En todo caso, ambos autores ofrecen planteamientos en torno a: (i) la teoría consensual de la verdad; (ii) la pragmática formal; y, (iii) la ética discursiva. El modelo de mediación intersubjetivo, que defiende Habermas, admite diversos tipos de racionalidad (v.gr técnica, ética, emancipatoria) y las sitúa en el mismo nivel dialógico. Apel, por su parte, considera que existen unos principios trascendentales que, moldean y permean, la órbita de discusión.

Ambos enfoques resultan útiles, para comprender el alcance del equilibrio de potestades de las partes, en el proceso penal. Estos autores defienden la idea, de que los sujetos se explican comunicativamente. Es por esto que, la teoría de la acción comunicativa, planteada por Habermas, resalta que, los sujetos socializados en el lenguaje, no pueden evitar involucrarse en prácticas discursivas. En consecuencia, la verdad no es un objeto que pueda ser aprehendido, pues se construye a través

de acuerdos intersubjetivos. Este punto de partida resulta conveniente, para ampliar la comprensión, sobre la necesidad de la participación de la víctima del delito, en el escenario dialógico que se configura en el proceso penal.

B **Interpretación conforme a la constitución**

En materia de interpretación jurídica, la Corte Constitucional ha establecido una distinción entre disposición y contenido normativo; entre «enunciados normativos (disposiciones) y normas (contenidos normativos)» (Corte Constitucional, C-1046/01). Por un lado, se ha entendido que, la disposición es un enunciado lingüístico, generalmente descriptivo de la realidad: contiene mandatos, prohibiciones o autorizaciones. Por su parte, el contenido normativo se asocia al resultado de la interpretación. Esta distinción implica que, en un mismo enunciado lingüístico, pueden identificarse varias normas derivadas de la interpretación (Corte Constitucional, C-1197/05).

La Corte ha empleado esta distinción, en los casos en que se desprenden varias interpretaciones de un enunciado normativo y, alguna de ellas, o varias, deben ser declaradas inconstitucionales (Corte Constitucional, C-857/08). Esto puede implicar la expulsión del ordenamiento jurídico, de aquellos contenidos normativos que sean contrarios a la Constitución. De esta manera, la Corte puede mantener la vigencia de una determinada disposición, aunque ajuste el contenido de sus normas (Corte Constitucional C-325/09). Este tipo de decisiones corresponden a lo que se ha denominado, sentencia integradora.

La doctrina ha señalado que, la labor de modulación que ejerce la Corte, conlleva a que estas decisiones se clasifiquen en dos tipos. Por una parte, las sentencias que modulan contenido (integradoras) y, por otra, las que modulan la temporalidad (Martínez, 2000: 23). Sobre las primeras, la jurisprudencia ha precisado que, a través de ellas, la Corte hace que se reflejen los mandatos constitucionales en la legislación (Corte Constitucional C-325/09). Su fundamento se deriva de las disposiciones constitucionales, relativas a la efectividad de los principios (artículo 2), a la supremacía de la Constitución (artículo 4), y, al propósito que tiene la Corte, de salvaguardar la integridad y predominio de la Carta Política (artículo 241). (Const., 1991)

Las sentencias integradoras tienen tres modalidades: interpretativas, sustitutivas y aditivas. Las sentencias interpretativas, implican restricción al contenido normativo de una disposición. Es decir, se produce una expulsión de cierta interpretación. Esta, puede suponer limitaciones en la aplicación del enunciado normativo, o, demarcaciones en sus efectos. En todo caso, la disposición conserva su eficacia. (Martínez, 2000: 24)

Por su parte, las sentencias sustitutivas, expulsan normas debido a su inconstitucionalidad. Frente al vacío que se genera, este tipo de decisiones establecen contenidos normativos que sirven como sustitutos en la materia. De esta forma, las sentencias sustitutivas, llevan implícito un ejercicio aditivo. Lo anterior, por cuanto al anularse un precepto, éste se reemplaza con un mandato que el fallo introduce en el ordenamiento (Corte Constitucional, C-325/09).

Finalmente, las sentencias aditivas -propiamente integradoras- son aquellas que añaden contenidos normativos a las disposiciones, para que sean constitucionales (Martínez, 2000: 24). Estas decisiones son usualmente utilizadas, para reparar la discriminación normativa y proteger el derecho fundamental a la igualdad. Si la disposición deja por fuera del ámbito de protección de la norma, un supuesto de hecho que debía estar incluido en ella, la Corte extiende la protección. Por lo tanto, el juez constitucional pasa de ser un legislador negativo -en términos de Hans Kelsen- (Troper, 1995: 322-324), a ser un legislador positivo (López, 2011: 183).

El ejercicio de «interpretación conforme» que, realizan los operadores jurídicos (jueces, servidores públicos o intérpretes en general), se vincula, principalmente, a la metodología de las sentencias aditivas. Al respecto, la jurisprudencia ha precisado que, la observancia del principio de «interpretación conforme», entraña un deber para el intérprete, consistente en adecuar las normas a lo dispuesto por la Constitución (Corte Constitucional, C-878/11). De manera que, cuando se advierta un contenido normativo que no consulta los principios y valores de la Constitución, éste debe ser excluido. Por consiguiente, el sentido del texto debe armonizarse con los alcances de los derechos fundamentales.

La Corte Constitucional también ha destacado que, la sumisión a este principio, «permite dar eficacia y sentido al artículo 4 constitucional» (Corte Constitucional, SU-539/12). Es por eso que, jurisprudencialmente, se han desarrollado una serie de reglas que deben orientar la interpretación jurídica. La primera de ellas

es, la «interpretación conforme». La segunda corresponde, a los límites de la autonomía para la interpretación de la ley. Por último, se contempla el defecto sustantivo de los fallos, cuando se desconoce la Constitución. (Corte Constitucional, C-1026/01)

En relación con la regla de «interpretación conforme», la jurisprudencia también ha señalado un conjunto de subreglas. La primera de ellas indica que, debe descartarse toda interpretación normativa que contradiga lo dispuesto por la Constitución. La segunda señala que, si se desprenden dos interpretaciones de un enunciado, debe aplicarse aquella que se adecúe a lo preceptuado constitucionalmente. La tercera subregla plantea que, frente a dos interpretaciones exequibles, el intérprete cuenta con autonomía para aplicar la más conveniente (Corte Constitucional, T-081/09).

No obstante, la decisión judicial encuentra como límites, las figuras del precedente y la cosa juzgada. Para abordar este asunto, es preciso recordar los criterios utilizados por la Corte, para diferenciar dos conceptos: la ratio decidendi del obiter dictum. La ratio decidendi son las razones que fundamentan la decisión judicial. Para su identificación, la Corte ha establecido un conjunto de criterios que, pueden ser sintetizados, así: (i) que constituya una regla específica y clara; (ii) que implique una autorización, prohibición o una orden; y, (iii) que fije el sentido de la norma empleada para resolver el problema jurídico (Corte Constitucional, T-292/06). Por su parte, el obiter dictum corresponde a aquellas reflexiones que, de manera auxiliar, motivan la decisión. Mientras que, a la ratio decidendi se le reconoce un carácter vinculante, al obiter dictum se le otorga un valor persuasivo

(Corte Constitucional, T-292/06).

Desde una perspectiva analítica, algunos autores han abordado la distinción entre ratio decidendi y obiter dictum, para sostener que, el precedente, se deriva de las interpretaciones que despliegan los operadores jurídicos (Sierra, 2016: 249-250). Esto significa que, según esta aproximación, el lector de las sentencias es quien realmente crea el precedente. De todas formas, se entiende que el precedente es «una figura jurídica que permite dar razones en torno a la coherencia y la delimitación de sentido(s) del sistema jurídico» (Sierra, 2016: 262). Este proceso de «creación continua», permite acoger razones anteriormente empleadas, para sustentar decisiones en casos similares (Sierra, 2016: 264). Este ejercicio lleva implícita, una carga argumentativa para los operadores que decidan apartarse del precedente (Corte Constitucional, T-292/06).

Ahora bien: en materia de cosa juzgada constitucional, se encuentra que, el artículo 243 de la Constitución Política, le otorgó a los pronunciamientos de la Corte un valor definitivo e inmutable. Esta figura se fundamenta, en el principio de seguridad jurídica; elemento necesario, para la certeza del ordenamiento jurídico vigente. Sin embargo, la jurisprudencia ha distinguido, entre cosa juzgada absoluta, relativa, aparente, formal y material.

A grandes rasgos, se advierte que, el tránsito a cosa juzgada será: (i) absoluto, en las decisiones de control de constitucionalidad; (ii) relativo, en decisiones que declaren la exequibilidad o la inexequibilidad parcial, o, sólo frente a los cargos estudiados; (iii) aparente, cuando se declare la constitucionalidad de una

norma sin la motivación suficiente (Corte Constitucional, C-674/15); (iv) formal, en los casos en los que el texto de una norma coincide con el de una ya analizada y fallada por la Corte; y, por último, (v) material, cuando, pese a que el texto no sea igual, el contenido de una norma es idéntico al de una ya examinada. (Corte Constitucional, C-744/01).

Los pronunciamientos de fondo, sobre normas ya estudiadas por la Corte, de manera excepcional son procedentes, en casos de cosa juzgada aparente. Sin embargo, también se ha admitido la revisión -entre otros-, en casos donde se aprecian cambios de tipo normativo, sociales, económicos, políticos, culturales, etc. Estos cambios de contexto habilitan la modificación de las interpretaciones judiciales ya establecidas, siempre que incidan en el análisis de constitucionalidad. (Corte Constitucional, C-744/01). Esta postura se sustenta, en un concepto de «Constitución viviente» que amerita, la observación de la realidad y del contexto.

Esta lógica implica que -para el caso bajo examen- los contenidos normativos referentes a las potestades de la víctima del delito, deben ser compatibles con la Constitución. Deben, por tanto, interpretarse conforme al derecho a igualdad y reparación integral de las víctimas. Por esta razón, debe ser excluida toda interpretación acerca de la potestad probatoria de la víctima del delito, que, esté en contravía de su derecho fundamental a la igualdad. Además, también deben instaurarse las garantías institucionales que garanticen un mínimo de protección de sus derechos fundamentales. Como se verá más adelante, esto se concreta en la

posibilidad de intervención ante el juez de control de garantías y, en la defensa, de la capacidad probatoria autónoma de la víctima.

C Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad opera como un instrumento de interpretación constitucional. Esto quiere decir que, no sólo sirve como parámetro para el control constitucional de las normas, sino que puede emplearse, como un mecanismo de corrección; principalmente, de la actividad estatal. Su lógica persigue, la instauración de un equilibrio y, la contención del «exceso en el ejercicio del poder público» (Corte Constitucional, C-290/19).

La jurisprudencia constitucional ha desarrollado este principio, mediante un test que emplea el análisis de una relación medio-fin. La aplicación de este juicio permite hacer compatible la materialización de los fines constitucionalmente legítimos. Es decir: bajo este razonamiento, conforme a los propósitos del Estado Social de Derecho (artículo 1 C.P.), se concretan principios y valores asociados; por ejemplo, a la motivación suficiente de las decisiones o, dicho en otras palabras, a la interdicción de la arbitrariedad (artículos 2, 123 y 209 C.P.; Sentencia C-318 de 1995).

En ese sentido, es preciso destacar que, la proporcionalidad no sólo es un criterio que examina la legitimidad de la actividad estatal (Montealegre, Bautista & Vergara, 2014: 31). Este principio también fundamenta, el análisis sobre la vigencia del derecho a la igualdad (Bernal, 2008: 132-143). Su contenido irradia las actuaciones

de entidades, funcionarios públicos e incluso particulares, conforme a lo que se conoce como eficacia horizontal de los derechos.

La jurisprudencia ha aplicado el principio de proporcionalidad, por ejemplo, para determinar el equilibrio entre los recursos y cargas de determinados actores dentro de un proceso. Para ello, se ha establecido jurisprudencialmente que, la intervención de las decisiones oficiales debe tener una justificación constitucional (Corte Constitucional, C-1410/00; C-093/01). Esta motivación sobrepasa el mero análisis de la legalidad del medio y del fin. Por tanto, las medidas estatales, en especial las que restringen libertades y otros derechos, deben ser analizadas también desde esa óptica relacional medio-fin.

En consecuencia, debe tenerse en cuenta el vínculo entre el logro de una finalidad constitucional legítima y los mecanismos empleados para su consecución. De esta forma, se constata si dichos medios son los indicados o necesarios para ese objetivo. Por esto, la jurisprudencia y doctrina han estructurado un test de proporcionalidad que, no solo evalúa si se está persiguiendo un fin legítimo, o, si se están empleando medidas legales, sino que incorpora la lógica de la ponderación, a través del examen escalonado de tres sub-principios. La correlación entre el medio (afectación a un derecho fundamental) y el fin

(protección de otro bien constitucional), se logra a través de ellos. Estos sub-principios son: (i) la idoneidad de la medida frente al fin; (ii) la necesidad de la medida, frente a otras similares concebibles; y, (iii) la proporcionalidad en sentido estricto. A continuación, se recapitulan ciertos aspectos que, componen el marco metodológico que se aplicará a los alcances de las facultades de la Contraloría como víctima.

D El test de proporcionalidad²

Diversos tribunales constitucionales y de protección a los derechos humanos realizan una «filtración» continua de las medidas estatales que, pueden afectar la garantía de derechos fundamentales. A partir de sus desarrollos jurisprudenciales, se ha entendido que, la proporcionalidad de una medida se verifica, cuando existen los tres elementos ya anunciados: (i) idoneidad de la medida para la consecución del fin; (ii) ausencia de otras alternativas para la maximización de los valores constitucionales; y, (iii) proporción de la restricción a los derechos restringidos, frente a los beneficios de los derechos protegidos.

Este razonamiento ha sido adoptado -por ejemplo- por Tribunales como el Europeo de Derechos Humanos³ y la Corte

2. Parte de este análisis de los subprincipios de proporcionalidad, fue empleado en un documento de respuestas a los interrogantes formulados durante las sesiones de capacitación, impartidas por Eduardo Montealegre, durante el 2020, a funcionarios de la Contraloría de Bogotá.

3. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (13 de junio de 1979) Marckx vs. Bélgica; (24 de enero de 2017) Paradiso y Campanelli vs. Italia; (18 de enero de 2018) FNASS y otros vs. Francia; (28 de mayo de 1985) Ashingdane vs. Reino Unido; (14 de diciembre de 2006) Markovic y otros vs. Italia.

Interamericana de Derechos Humanos⁴. Así también lo ha hecho la Corte Constitucional en Colombia, al estructurar un test de proporcionalidad, cuyos pasos corresponden a tales sub-principios. El test o juicio de proporcionalidad ha sido concebido, como la herramienta a través de la cual se determina, si el sacrificio de «valores, principios o derechos» se encuentra justificado (Corte Constitucional, C-033/14).

Particularmente, para los casos en los que se compromete el derecho a la igualdad, a este test se le ha incorporado la lógica del test de igualdad desarrollado por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos⁵. Según lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional (Corte Constitucional, C-535/17), el juicio integrado de igualdad requiere, al menos, tres fases: (i) advertir los criterios de comparación; (ii) definir la existencia de un trato desigual entre semejantes o igual entre diferentes; (iii) indagar si el trato diferenciado está justificado en términos constitucionales (juicio de proporcionalidad). En la práctica, esto significa que, a los tres elementos del juicio de proporcionalidad, se añaden dos pasos previos: criterio de comparación y trato⁶.

En esa medida, en la primera etapa de análisis de lo que se conoce como juicio integrado de igualdad, es preciso establecer cuáles son los criterios de comparación. Según lo ha descrito la jurisprudencia constitucional, este criterio corresponde a un patrón de igualdad. Esto quiere decir que, en esta fase, se debe determinar si se está ante sujetos que comparten una misma naturaleza y, si los supuestos de hecho, son susceptibles de confrontación.

Ya en la segunda fase, el juicio integrado de igualdad determina si, «en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales» (Corte Constitucional, C-015/14). Este criterio permite apreciar si, lo que se requiere, es establecer un trato similar, en virtud de la semejanza de los sujetos; o, si por el contrario, lo más pertinente es un trato diferenciado. Esto último se corresponde, con la dimensión material del derecho a la igualdad, en virtud de la cual se fundamentan las acciones afirmativas.

En la tercera etapa, se determina la legitimidad de la medida y, para esto, se aplican los tres sub-principios propios del test de proporcionalidad. El contenido y la manera como cada uno será abordado, dependerá del test correspondiente al tipo de afectación. Este híbrido, denominado

4. Corte Interamericana de Derechos Humanos, (4 de julio de 2007) *Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*; (31 de agosto de 2004) *Ricardo Canese Vs. Paraguay*; (22 de noviembre de 2005) *Palamara Iribarne Vs. Chile*; (19 de septiembre de 2006) *Claude Reyes y otros Vs. Chile*; (17 de junio de 2005) *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*; (6 de febrero de 2001) *Ivcher Bronstein Vs. Perú*; (21 de noviembre de 2007) *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*; (28 de noviembre de 2007) *Pueblo Saramaka. Vs. Suriname*.

5. Corte Suprema de Estados Unidos, *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938); *Skinner v. State of Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942); *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).

6. Corte Constitucional. Sentencia C-015 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo; 23 de enero de 2014.

como test integrado de igualdad⁷, trae también implícita, la teoría de los niveles de intensidad. Según esta teoría, la injerencia en los derechos puede ser leve, intermedia o estricta. Conforme a estos grados, entre mayor sea la intensidad de la injerencia, mayor debe ser su escrutinio. De esta manera, según el nivel de afectación que tenga la medida o norma analizada, se concretará la estructura y el contenido del juicio que se debe desplegar.

En esa medida, es preciso señalar que, en casos de control de constitucionalidad, por regla general y conforme al principio democrático, la Corte emplea el escrutinio leve, limitado a verificar la legitimidad del fin y del medio, así como su idoneidad. Cuando se advierte un indicio de arbitrariedad o la afectación al goce de un derecho que no se considere fundamental, la Corte aplica el test intermedio, en virtud del cual se aprecia la idoneidad y la necesidad de la medida. Por su parte, el test estricto se aplica, especialmente, cuando se advierte un criterio sospechoso y la afectación a un derecho de carácter fundamental.

Con esas herramientas de carácter constitucional, se podrá analizar el alcance de la participación que tiene la víctima en el proceso penal. Valga recapitular que, como anteriormente se expresó, el reconocimiento de las facultades de intervención de la víctima, sí tiene incidencia en el debate probatorio entre las partes. Por ende, estaría también involucrado el alcance del derecho a la igualdad de armas.

Sin embargo, también se ha advertido que, por el diseño institucional del proceso penal, la participación de la víctima no la constituye -per se- en un segundo acusador. Dicho diseño, tiene un anclaje epistemológico que será tratado más adelante. Ahora, corresponde examinar los tres sub-principios que configuran el test de proporcionalidad, núcleo del juicio integrado de igualdad.

Estos elementos del principio de proporcionalidad servirán a los jueces -de garantías y de conocimiento- para «modular», en cada caso en particular, la intervención de las víctimas en el proceso penal. Como sus potestades están a medio camino, entre un interviniente y una parte, será el contexto -el caso particular- quien determine hasta dónde llegan las facultades de las víctimas. La herramienta para fijar el alcance -repetimos- es el principio constitucional de proporcionalidad. V.gr. Para determinar, en el juicio, cuántos representantes y cuáles pueden intervenir en la audiencia; hasta dónde puede actuar una víctima; cómo opera el complemento de la «acusación» formulada por la Fiscalía; cómo se despliega la capacidad probatoria de las varias víctimas intervinientes, etc.

1. Adecuación

Este sub-principio exige verificar la relación de «idoneidad» entre la medida y el fin legítimo perseguido. Es decir, su análisis corresponde a la observación del nexo empírico que liga la consecución de esos

7. Corte Constitucional. Sentencias C-022 de 1996; C-371 de 2000; C-093 de 2001; C-673 de 2001; C-624 de 2008; C-313 de 2013; C-601 de 2015; C-220 de 2017; C-389 de 2017 y C-535 de 2017, entre otras.

propósitos. De esta forma, dependiendo de la probabilidad de éxito de la medida, se establece qué tanta correlación fáctica existe entre el medio y el fin. Conforme a dicha previsión, la idoneidad puede reportarse como «positiva» o «negativa», según las contingencias examinadas. Si la correlación se evalúa como positiva, se entenderá que es idónea. De lo contrario, la correlación negativa, indicará su falta de adecuación para el fin propuesto.

Asimismo, el análisis de idoneidad permite contener la desviación de poder. Por esto, la doctrina alemana ha entendido la adecuación entre medio y fin desde una perspectiva objetiva-subjetiva. (i) Las circunstancias concretas -de afectación a derechos fundamentales- tienen que ver con la mirada objetiva; mientras que, la idoneidad subjetiva, se refiere a los resultados que persigue el ente que pretende ejercer la restricción. (V.gr. Si bien es legítimo realizar una interceptación telefónica, resulta desproporcionado hacerlo, cuando la finalidad que se busca no es el descubrimiento de la verdad en un proceso, sino la persecución de los críticos del Estado). (ii) La idoneidad también puede ser leída desde una dimensión que se reivindique como cualitativa, cuando, en efecto, se prevé la correspondencia entre el medio y el fin. (iii) La dimensión cuantitativa del examen de idoneidad aprecia, por su parte, la intensidad y duración de la injerencia sobre los derechos de carácter fundamental. (V.gr. Es razonable ordenar una vigilancia de personas, pero esta injerencia sólo puede durar el tiempo necesario para descubrir un hecho. Extender la medida, cuando ya se consiguió el fin, resulta inadecuado).

Por último, desde la óptica del derecho penal, la doctrina se refiere a un ámbito subjetivo de aplicación del sub-principio de idoneidad. Con este concepto se denota la necesidad de concretar los sujetos pasivos de la restricción. Esto quiere decir que, por ejemplo, no pueden desplegarse injerencias a derechos de carácter fundamental, con un ánimo exploratorio. (V.gr. Dar órdenes de aprehensión indiscriminadas contra todos los habitantes de un conjunto residencial donde ocurrió un evento delictivo). Por lo tanto, deben agotarse todas las alternativas y contar con la certeza que requiere la injerencia de estos derechos. En todo caso, la restricción tendrá que motivarse por inferencias sustentadas (Bernal & Montealegre, 2013).

2. Necesidad

El principio de necesidad propende, por la menor injerencia posible sobre los derechos fundamentales y, por la selección del mecanismo más benigno para su ejercicio. En la doctrina alemana, se ha llamado a este sub-principio como indispensabilidad. Este análisis supone una valoración y comparación, para el caso concreto, entre el medio planteado como idóneo y otros medios alternativos. Asimismo, por medio de esta valoración, se busca descartar la existencia de otro mecanismo con los mejores resultados. De comprobarse una alternativa menos lesiva, la medida se tornaría innecesaria. Por lo tanto, tendría que optarse por el camino que suponga una menor intervención o injerencia (Bernal & Montealegre, 201:736).

De manera que, como parte de la estructura argumentativa, tendrán que ser seleccionados, en primer lugar, los

medios alternativos. Estos medios deben ser idóneos para el fin legítimo, para, luego, considerar su orden de idoneidad y su equivalencia. Posterior a esto, se debe examinar la intensidad de intervención en los derechos fundamentales que cada uno de ellos supone. En consecuencia, comparar la lesividad que supone cada alternativa y determinar, la más benigna. A modo de síntesis, se destacan como herramientas de análisis de este sub-principio: (i) el presupuesto de la idoneidad; (ii) la aptitud y eficacia suficiente; y, (iii) la ponderación entre las alternativas (Bernal & Montealegre, 2013).

3. Proporcionalidad en sentido estricto

De acuerdo con este sub-principio, la relevancia de la restricción de los derechos se fundamenta, en la importancia del fin perseguido. Su estructura -según Robert Alexy- se compone de tres pasos. El primero de ellos corresponde a la determinación de las magnitudes objeto de comparación. Esto implica, la representación de la relevancia que tiene, tanto la intervención, como el fin. Luego, se efectúa una comparación de estas magnitudes (Alexy, 2008: 529). Este examen permite apreciar si la importancia del fin es mayor a la restricción. Finalmente, se establece, analíticamente, una relación de precedencia (Bernal, 2003: 757-759).

Como criterios que la doctrina alemana destaca para el desarrollo de este análisis -en el ámbito del derecho penal- encontramos al menos tres. En primer lugar, se encuentra el criterio de la consecuencia jurídica. Esto significa que, en efecto, la injerencia concrete el fin. En segundo lugar, hallamos el criterio de la importancia de la causa, que se refiere al contexto y a

las condiciones que, hacen que amerite una intervención sobre los derechos fundamentales. Por último, se encuentra el grado de imputación, que denota la comprensión en torno a la limitación de los derechos fundamentales, como última ratio (Bernal & Montealegre, 2013).

En el caso bajo estudio, la estructura de este principio de proporcionalidad resulta conveniente, para comprender el alcance y sentido de la participación que, como víctima, puede ejercer la Contraloría durante el proceso penal. De esta forma, su lógica permitirá determinar si, la restricción de sus derechos, se encuentra justificada, en determinado contexto.

E Principio de igualdad de armas

La discusión sobre la igualdad de armas en el proceso penal, exige analizar las herramientas con las que cuentan las partes: por un lado la acusación y, por el otro, el acusado. Para esto, es preciso también considerar que, la acusación, se integra por dos sujetos: Fiscalía y víctima. Por consiguiente, debe entenderse que, ambas partes integrantes de la acusación, pueden distribuirse internamente sus cargas. En virtud de ese reparto y otros aspectos, la Fiscalía y la víctima pueden recolectar pruebas.

Ese material puede confluir en el fundamento de una acusación unitaria. En todo caso, esta investigación sostiene que, la participación probatoria de la víctima, debe ser tenida en cuenta en el proceso penal. Esta postura se fundamenta -entre otros argumentos- en el dinamismo que caracteriza la congruencia entre acusación

y sentencia. Aunque en la acusación se fijen unos hechos básicos, de todas maneras es el contexto de argumentación, producido en el juicio oral, el que va a determinar el marco de decisión. En este escenario, juega un papel básico la hipótesis del caso, planteada por la víctima.

1. El derecho a la igualdad y su concreción en la igualdad de armas

- i. El derecho a la igualdad significa, para el Estado, un deber de reparto equitativo de cargas y beneficios (Bernal, 2005: 257). Sobre esta obligación, los planteamientos de la doctrina y la jurisprudencia parten de un postulado aristotélico (Díaz, 2012: 33-76), el cual se traduce en cuatro mandatos: (i) trato idéntico a sujetos en condiciones idénticas; (ii) trato diferenciado a sujetos en circunstancias distintas; (iii) trato igual pese a las diferencias; y, (iv) trato diferente pese a las semejanzas (Bernal, 2005: 257 -259).

Estos preceptos, derivados del principio de igualdad, no solo tienen un alcance formal, sino también material. Esto quiere decir que, su contenido se proyecta en dos niveles: de un lado, en el plano de la formulación del derecho y, de otro, en el de su aplicación. La doctrina jurídica ha entendido que, conforme a estos niveles, el mandato de igualdad obliga tanto a quienes legislan, como a todos los operadores jurídicos en su conjunto (Alexy, 1993: 348). En otras palabras: la igualdad, como derecho fundamental, permea la actividad

legislativa, así como la aplicación administrativa y jurisdiccional de la ley (Bernal, 2005: 258).

- ii. De manera restringida, se ha concedido cierto campo de acción, para que un funcionario, ya sea en el plano de la formulación de la ley o en el de su aplicación, pueda disponer discrecionalmente de un tratamiento diferenciado. No obstante, esta facultad se encuentra delimitada por las cargas de argumentación, ligadas al deber de motivación. Jurisprudencialmente, esto se conoce como ámbito de discrecionalidad (Corte Constitucional, C-318/95). Su delimitación se funda en la incorporación de una razón suficiente y en la contención de la arbitrariedad (Alexy, 1993: 360-363). De estos elementos depende, la adecuación de la decisión a los preceptos de justicia e igualdad. Asimismo, a partir de estos elementos, se define la valoración constitucional que se haga de aquella justificación expuesta, para imponer las medidas, ya sean distintas (desiguales) o idénticas.
- iii. Ahora bien: en contextos donde se generan interacciones sociales relevantes entre sujetos diversos, el núcleo de protección del mandato de igualdad corresponde al esfuerzo por garantizar un equilibrio suficiente entre los mismos. Es decir: las normas deben buscar que exista, al menos, una capacidad mínima que posibilite un intercambio justo. Generalmente, un escenario que propicie el equilibrio entre los sujetos se produce a partir

de la configuración de los derechos y deberes de cada sujeto. Se trata de un enfoque que no ignora las consecuencias de lo consagrado en el ordenamiento. Es decir, no ignora su dimensión material. Por ende, no se limita al enfoque de iure o referido al acto, tal como lo denomina Robert Alexy (2008: 368-369).

iv. Sobre la igualdad, la jurisprudencia constitucional ha precisado que, se trata de un principio con múltiples dimensiones. Dentro de estas se encuentra:

«la igualdad ante la ley; la misma protección y trato por las autoridades; el gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades; la promoción de una igualdad real y efectiva; la adopción de medidas a favor de grupos discriminados o marginados; y, la protección especial de quienes se encuentren en condición de debilidad manifiesta, por su circunstancia económica, física o mental. La Corte ha subrayado que este principio comporta un mandato de trato igual frente a supuestos de hecho equivalentes y de tratamiento disímil, entre situaciones diferentes, siempre que resulte objetivo, razonable y justo» (Corte Constitucional, C-209/19)⁸.

v. Bajo esta lógica se entiende que, los funcionarios, deben respetar la configuración que el ordenamiento ha dispuesto para que el intercambio entre sujetos distintos, no produzca un desequilibrio tal, que afecte valores socialmente relevantes. De ahí que, la Corte Constitucional, sujete la aplicación del derecho, a los contenidos determinados por los mandatos de la Constitución y el legislador (Corte Constitucional, T-334/98). En todo caso, la jurisprudencia constitucional ha enfatizado que, aquellas interpretaciones que se aparten del precedente administrativo o judicial, deben fundamentarse suficientemente. De esta carga de motivación depende que, el tratamiento desigual, se encuentre justificado.

2. La igualdad en el ámbito penal

i. Como se ha podido ver, el derecho fundamental a la igualdad implica que, en ciertos contextos relevantes, se nivele la plataforma de interacción entre los individuos. Esto quiere decir lo siguiente: se requiere garantizar una interacción entre sujetos diferentes, que no derive en violación de valores protegidos por el ordenamiento. De esta manera, el derecho penal hace parte de esos contextos socialmente relevantes. Ahí, no solo se investiga la responsabilidad sobre una conducta lesiva de tipo delictivo; dicha investigación apunta, también, al esclarecimiento y reparación de los hechos que conformaron el contexto punible. Lo anterior se acentúa con la eventual

8. Pueden consultarse también, las sentencias de la Corte Constitucional C-509 de 2014, C-748 de 2009 y C-109 de 2002.

sanción del responsable de la conducta. Es decir: la aplicación de lo que se conoce como *ius puniendi* estatal. Dicha sanción implica la limitación al ejercicio de los derechos del condenado. Su castigo hace parte de la restauración de la vigencia del ordenamiento jurídico que implica, a su vez, el resarcimiento y la garantía de los derechos de las víctimas.

- ii.** En esa medida, el derecho y el proceso penal contemplan distintos sujetos. Por una parte, se encuentra la víctima de la conducta delictiva. Es decir, el miembro de la sociedad que vivió el daño y sufrió directa o indirectamente sus consecuencias. Por otra, se encuentra el sujeto que es acusado de ser el responsable de la conducta bajo investigación.

Asimismo, el Estado interviene de distintas maneras. En primera medida, se encuentra el juez que funge como decisor y ostenta la autoridad para determinar si el estándar de prueba fue satisfecho. De otro lado, se encuentra la Fiscalía que, actúa como titular de la acción penal y tiene la responsabilidad que representa la carga de la prueba (Constitución Política, art. 250). Por último, el Estado también hace presencia, mediante otra institución que dirige el Ministerio Público: la Procuraduría. Este organismo de control vela, principalmente, por la garantía de los derechos dentro del proceso penal.

En suma, la presencia estatal se manifiesta, mediante la intervención de tres instituciones que tienen distintos roles: (i) emplear su autoridad para decidir justificadamente; (ii) acusar satisfactoriamente; y (iii) controlar el respeto de los valores socialmente relevantes. No obstante, valga señalar desde ahora que, la «justificación» de una decisión judicial, también está influenciada por el principio de la «interpretación conforme». Es decir, por la necesidad de que todos los contenidos normativos sean acordes con los postulados constitucionales. En esa medida, el rol del juez de control de garantías, desde la misma etapa de instrucción, será protagónico a la hora de proteger los derechos fundamentales de las víctimas.

- iii.** Ahora bien: el derecho fundamental a la igualdad, incide en la configuración de los derechos y deberes a cargo de cada uno de los sujetos procesales. En esa medida, es preciso destacar que, el ordenamiento jurídico colombiano, ha adoptado una estructura acusatoria de tendencia adversativa. Esto significa que, el proceso ubica al juez como “testigo” de la actividad probatoria, entre el sujeto que tiene la responsabilidad de acusar y, el que tiene derecho a defenderse.

- iv.** Bajo este esquema adversativo, la actividad probatoria representa uno de los insumos principales del razonamiento abductivo (Pardo & Allen, 2008), al cual se encuentra

compelido el decisor, para constatar que, el estándar de prueba, ha sido satisfecho. A ello se añade, según lo anteriormente expuesto, la participación de la víctima y del Ministerio Público dentro del proceso penal. Respecto a la intervención especial de las víctimas, la Corte Constitucional, en la sentencia C-031 del 2018, señaló:

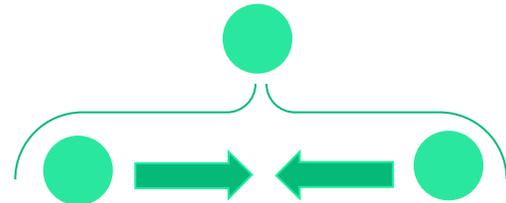
«Las víctimas son intervinientes especiales en el proceso penal y les asiste el derecho de acceder y participar de todas las actuaciones, con el fin de que sean satisfechos eficazmente, a su vez, sus derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y el aseguramiento de condiciones de no repetición». (Corte Constitucional, C-031/18)

La presencia de la víctima se explica, por ser un sujeto al que se le ha reconocido una especial protección. Por su parte, la intervención de la Procuraduría se fundamenta por su función de garantizar la vigencia del ordenamiento. Ambas intervenciones expresan la necesidad de lograr verdad y justicia, a partir del debate adversativo. En todo caso, dentro de este proceso de múltiples actores, se erige un entramado de roles que, tienen como faros, la realización del principio de igualdad y la reparación integral de la víctima. Dicho mandato, para el caso del proceso penal, se concreta en el llamado principio de igualdad de armas.

3. Perspectivas teóricas

Los desarrollos teóricos, en torno a la igualdad de armas en el proceso penal, proponen concepciones diferentes, respecto a la correlación entre las partes. Sus proposiciones pueden sintetizarse en tres posturas: la relación triádica, el equilibrio armónico y el equilibrio garante. Estas perspectivas contribuyen a la conceptualización de este principio.

a. Relación triádica



- i. El primer enfoque concibe como necesaria, la estricta horizontalidad entre las partes. Esta visión asume que, estos sujetos, se ubican en el mismo nivel. Por lo tanto, sus potestades son semejantes y parejas. Según esta perspectiva, de esta forma se concretan las garantías propias de la dignidad humana (Ferrajoli, 2009). Por consiguiente, el juez opera en esta interacción como un tercero que, simplemente, es un testigo de la actividad probatoria adversativa.

Se trata, entonces, de un escenario en el que se ubican dos roles inversos, pero iguales. Algo así, como las manos de un mismo sujeto: tienen las mismas capacidades, aunque estén invertidas. En el proceso penal, estas facultades se expresan en la incidencia

probatoria a través de la proposición, cuestionamiento, impugnación y análisis de los elementos de juicio presentados para la satisfacción del estándar de prueba.

b. Equilibrio armónico

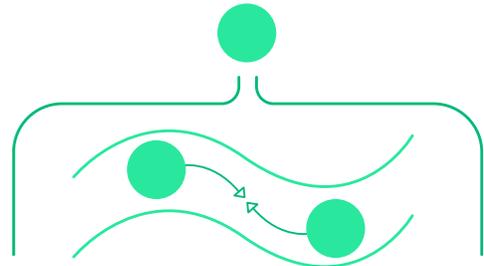


- ii. La postura del equilibrio armónico cuestiona las limitaciones de la relación triádica. Particularmente, no comparte que el principio de igualdad de armas se reduzca a una oposición de dos roles: acusador y defensor (Roxin, 2009). Según esta aproximación teórica, existe un ámbito de aplicación del principio de igualdad de armas que sobrepasa la interacción entre estos sujetos (Baumann, 1986). Por ende, se debe tener en cuenta, el contexto que rige tanto los derechos como deberes; no solo de estos sujetos, sino también de otros partícipes en el proceso.

Desde esta perspectiva, también se propone una comprensión de la igualdad de armas, a partir de dos dimensiones (Bernal & Montealegre, 2013). No basta con tener en cuenta, (i) las oportunidades formales de la actividad probatoria. También es relevante tener en cuenta, (ii) la materialización del debate adversativo. Esto último incorpora una visión amplia del debate y su

contexto. En otras palabras: esta perspectiva discute la existencia de incidencias adicionales a la actividad adversativa entre las partes.

c. Equilibrio garante



- iii. Por último, la postura del equilibrio garante acepta que la horizontalidad plena no es posible ni suficiente. Sin embargo, esto no significa que, el rediseño de los deberes y cargas, pierda de vista la existencia de un debate entre un sujeto y una entidad especializada -estatal- para la persecución penal: defensa y Fiscalía. Por lo tanto, este enfoque no ignora el contexto.

Lo que propone este planteamiento, es direccionar esfuerzos para garantizar que la defensa cuente con posibilidades claras y parejas frente a la Fiscalía (Fernández, 1999). Desde esta postura teórica, la aplicación de ciertas instituciones jurídicas es necesaria para la nivelación de esa disputa. Por ejemplo, el estándar de prueba más allá de toda duda razonable, como carga en cabeza de la Fiscalía; la presunción de inocencia; y, el beneficio de la duda a favor del sujeto, cuya responsabilidad se investiga.

Bajo esta visión, la igualdad de armas se concreta, cuando la acusación y defensa tienen a la mano herramientas que, efectivamente, les permitan el ejercicio de sus prerrogativas. Asimismo, el equilibrio garante concibe una proporción de potestades y atribuciones entre los sujetos que intervienen dentro del proceso penal. Por consiguiente, el ordenamiento jurídico debe proteger el equilibrio entre dichos sujetos y asegurar las herramientas necesarias. De esta forma, se esperaría concretar una intervención dentro del proceso penal que, resulte adecuada, a sus condiciones y prerrogativas.

4. Marco normativo del derecho a la igualdad de armas

- i. El principio constitucional de igualdad de armas en el proceso penal, se fundamenta en las normas dispuestas en el artículo 13 constitucional. Su contenido ha irradiado las reformas introducidas mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, por medio del cual se fijó la estructura del proceso penal con tendencia acusatoria. Desde la exposición de motivos de dicho Acto Legislativo (Gaceta del Congreso N.º 134, 2002), se señaló el propósito de transformar el sistema procesal penal colombiano (Santos, 2017: 82) en los siguientes términos:

«adoptar uno de clara tendencia acusatoria en donde se conciba el proceso penal como

“una contienda” entre dos sujetos procesales (defensa y acusador) ubicadas en un mismo plano de igualdad, al final del cual, como resultado del debate oral y dinámico, el tercero imparcial que es el juez tomará una decisión».

De igual manera, los artículos 29 y 229 de la Constitución Política se vinculan con el principio aludido, al consagrar la garantía del debido proceso y el derecho de acceso a la justicia. Como ya se ha indicado, conforme al principio de igualdad de armas, las partes deben disponer de instrumentos procesales homogéneos de acusación y defensa. Estos medios se convierten en condición necesaria, para garantizar que se puedan emplear y satisfacer las cargas de alegación, prueba e impugnación. Por esta razón, la Corte Constitucional ha precisado que:

«las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales»⁹.

- ii. Sobre el principio de igualdad de armas, cabe resaltar que, no sólo se expresa en disposiciones constitucionales, sino también en normatividad

9. Corte Constitucional. Sentencia C-473 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; 31 de agosto de 2016.

interna y regional. En esa medida, se encuentra que, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, consagra las garantías judiciales. Allí se incluye el derecho a la «plena igualdad» como parte de las garantías del procesado. En esta línea, el Código de Procedimiento Penal incorporó el principio de igualdad de armas -en el artículo 4- que versa sobre la igualdad y el mandato que recae sobre las autoridades, para su realización efectiva. También, su artículo 8 dispuso explícitamente que, la defensa, está en «plena igualdad respecto al órgano de persecución penal» (Ley 906, 2004).

iii. A partir de lo expuesto, se aprecia que, la igualdad de armas es comprendida como un pilar del sistema acusatorio. Su reconocimiento, en nuestro ordenamiento jurídico, implica que, el diseño institucional del proceso penal, no le puede otorgar -en principio- ninguna ventaja al órgano de acusación, frente al sujeto que debe defenderse. Esto también se corresponde con las aproximaciones teóricas de este principio, antes descritas.

iv. Para entender el sentido que tiene la aplicación del principio de igualdad de armas dentro de nuestro ordenamiento, la doctrina jurídica resalta dos hitos (Santos, 2017). Por un lado, el concepto de juicio justo y equidad procesal (fairness) propio del sistema norteamericano. De otro, la igualdad de armas (Waffengleichheit) desarrollado por la doctrina alemana.

v. En el sistema norteamericano se entiende que, los únicos adversarios en el proceso penal, son Fiscalía y defensa. Por esta razón, la víctima ha sido considerada -tradicionalmente- un apoyo fundamental para la labor de la Fiscalía, pero no se ha contemplado su participación autónoma dentro del proceso¹⁰. No obstante, dicho enfoque, restringido a las partes enfrentadas, está hoy en transformación. Así lo demuestra el caso del Estado de California, en donde ya se comprueba una tendencia hacia el reconocimiento de la participación de la víctima. De igual manera, allí se percibe la aceptación de la ampliación de su incidencia, más allá de constituir un insumo probatorio para la acusación (Gómez, 2015: 173-174).

vi. Respecto al concepto alemán de igualdad de armas (Waffengleichheit), es preciso señalar que, se trata de una noción que ha circulado en pronunciamientos del antiguo Comité Europeo de Derechos Humanos (Resolución DH (63)¹¹, Ofner and Hopfinger vs. Austria, 1963; Report No. 31/63, Pataki and Dunshirn vs. Austria, 1963) y, posteriormente, también en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Roxin, 2000: 80-81). En estas decisiones se ha consagrado el respeto a dicho principio, por ser uno de los pilares para el establecimiento de un juicio equitativo, según el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Neumeister vs. Austria, 1968; Delcourt vs. Bélgica, 1970)¹¹.

10. *Igualmente, este sistema le impone a la Fiscalía ciertos deberes que representan cargas en el desarrollo de su actividad, aunque corresponden a valores jurídicamente protegidos. Por ejemplo, en este sistema, existe el deber de revelar la identidad de un agente encubierto, al evidenciarse que, su participación en el proceso, sería trascendente para la decisión judicial (Roviaro vs. USA, 1957).*

11. *Citas provistas por el texto de Santos (2017:70).*

III LA VÍCTIMA COMO PARTE: UNA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL.

Una de las manifestaciones de la búsqueda de la verdad, es el hecho de que el proceso penal busque constatar o descartar la existencia de suficientes elementos de juicio, en torno a una hipótesis. Este derecho opera como guía de la actuación judicial. En este contexto, el titular de la carga de la prueba es el responsable de aportar dicho material. Tal labor probatoria debe darse con las garantías propias de un sistema democrático y justo.

Es decir: en principio, este deber se encuentra en cabeza de aquellas instituciones que, permiten señalar una decisión de condena o absolución como justificada. En esa medida, la responsabilidad de proveer los elementos suficientes, para la satisfacción del estándar de prueba, está en cabeza de la Fiscalía. Por consiguiente, sobre esta entidad recae la carga de la prueba. Lo anterior, no significa que sea la única -ni así es deseable¹² que puede participar en la provisión de elementos de juicio que enriquezcan el razonamiento judicial.

Por lo tanto, para profundizar en el análisis de esta materia, resulta conveniente que, se retomen las siguientes preguntas: ¿se vulnera el principio de igualdad de armas, cuando las víctimas participan directamente en el proceso? ¿Existe una igualdad de condiciones entre los órganos

de control, en calidad de intervinientes especiales, y la defensa? ¿La víctima se convierte en un segundo acusador? ¿La víctima es un tercero que, fortalece la parte acusadora y desborda el marco de juzgamiento de tipo acusatorio?

A

La tendencia acusatoria avanza, progresivamente, a otorgarle a la víctima las mismas facultades de una parte.

Como se ha visto, el principio de igualdad de armas, en cualquiera de las tres vertientes teóricas identificadas, supone cierto énfasis en el debate «bipartito». Este enfoque termina por impregnar, el diseño del ordenamiento procesal colombiano. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional avanza, progresivamente, hacia un modelo diverso: las potestades que se le conceden a la víctima, son las de una parte autónoma que, actúa sin mediación de la Fiscalía. Además, la víctima puede complementar las deficiencias de la Fiscalía, en materia de acusación y cumplimiento de estándares probatorios. Desde luego, sin perder de vista la existencia de la nueva figura de acusador privado que, sustituye, aunque no acompaña a la Fiscalía, según la Ley 1826 de 2017.

De hecho, se podrían señalar tres premisas que son comúnmente aceptadas. Primero, se reconoce que, dentro del sistema colombiano, la víctima es un sujeto de

12. Esto es así, según el «Objetivo Institucional del Derecho» que, conforme a la postura racionalista (Ferrer, 2007) -que ha liderado la discusión al respecto-, versa sobre la búsqueda de la verdad «material». No obstante, dicho objetivo no niega que pueda existir una necesidad dialógica, de coordinación funcional entre los diferentes intervinientes dentro del proceso. Esto, para lograr una verdad, producto de dicha participación diversa y reglada, según cada postura.

especial protección. Segundo, que, dicho sistema adoptó la tendencia acusatoria, cuyos pilares incluyen la igualdad de armas entre el acusador y el acusado, como garantía de su carácter adversativo. Tercero, independientemente de si se considera suficiente o no, la mediación del Estado se reconoce como necesaria.

Esta intervención estatal se produce, en al menos, tres vías: (i) a partir de la obligación que tiene la Fiscalía de tener en cuenta los planteamientos de las víctimas; (ii) a través del contacto de las mismas con el Ministerio Público; o (iii) -más importante aún- mediante la facultad que tienen las víctimas de acudir ante el juez de control de garantías, cuando la conducta de la Fiscalía, por acción u omisión, conlleve una vulneración de sus derechos fundamentales. Dicha mediación implica, también, la labor de informar de manera suficiente a las víctimas sobre el alcance de sus derechos y deberes. Asimismo, deben comunicarse las diversas rutas a las que pueden acudir, para aportar a la garantía de su reparación integral.

B **Noción ampliada de víctima**

Es necesario analizar, de qué manera pueden «armonizarse» las facultades y derechos de la víctima dentro del proceso penal, con la observancia del principio de igualdad de armas. Definitivamente, un exceso en las facultades, podría desfigurar el sistema adversativo. En esa medida, la Corte Constitucional ha enfatizado que, los intervinientes en el proceso penal, están dentro del equilibrio propio, derivado del principio de igualdad. Por tanto, pueden existir distintos sujetos que inciden, como los intervinientes especiales.

Un conveniente ejercicio de introducción, para entender el rol de los intervinientes especiales, puede ser el recuento jurisprudencial expuesto en la sentencia C-031 de 2018. Esta decisión también trajo a colación la nueva perspectiva sobre las víctimas y sus derechos: la sentencia C-228 de 2002. Dicha alusión jurisprudencial se debe, a que el ejercicio y las facultades de dicho rol, en calidad de interviniente especial, no han sido claramente determinadas por el legislador. La Corte Constitucional ha solucionado parcialmente esas omisiones legislativas, mediante la «apertura» del proceso penal. Es decir: la jurisprudencia ha planteado un análisis de las etapas del proceso penal, de las intervenciones que pueden realizarse y, de los grados de afectación de las mismas.

Una de las premisas más importantes en ese análisis radicó, en la consideración del debate adversativo. Este tipo de debate es propio de la tendencia acusatoria y, se concentra, especialmente, en la etapa del juicio. De esta manera, la figura de las víctimas en los procesos penales se ha transformado profundamente, desde aquella primera postura restrictiva y mediada. Actualmente, la víctima ha alcanzado facultades significativas -casi como las de una parte- debido a dichos pronunciamientos.

El texto original -del artículo 132 de la Ley 906 de 2004- establecía que, se entendían como víctimas, «las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto». Respecto a esta definición, al analizar la exequibilidad de dicha norma, la Corte Constitucional eliminó la expresión «directo»; esta disposición, representaba

una limitación a las posibilidades de intervención de quienes fueran víctimas en el proceso penal. De esta manera, jurisprudencialmente, se precisó que, para que la condición de víctima surja, basta con la mera acreditación de un daño: directo o indirecto, sin importar su naturaleza. (V.gr. Daño al buen nombre, a la honra, a la vida e integridad). Es decir: a cualquier bien jurídicamente tutelado.

Portanto, dicho pronunciamiento estableció un pilar argumentativo importante: debe partirse de una concepción amplia¹³ de las víctimas. Consecuentemente, no sólo se eliminan obstáculos al reconocimiento, acreditación y constitución de las víctimas. También se reconoce que, su interés, no se limita a un mero resarcimiento económico: se encuentra ligado al derecho a la verdad, justicia y vigilancia del respeto de las otras garantías de reparación integral, incluyendo, las de no repetición. De esta manera, y acorde con la especial protección de la víctima, lograr dicha reparación, debe ser un objetivo institucional coherente con cualquier acción que, realice un funcionario público o autoridad competente¹⁴.

C

Necesidad de la participación de la víctima del delito

De su condición - sujeto de especial protección- se deriva que, la participación de la víctima en el proceso penal, es necesaria. Además, porque en dicho

proceso se decide algo que, directamente, le concierne. Ello involucra la garantía constitucional sobre la participación en lo pertinente, contemplada en el artículo 2 de la Constitución Política. Se trata, entonces, del reconocimiento de un daño, producido a raíz de una conducta de tal magnitud que, amerita el inicio del ius puniendi estatal.

Por lo tanto, el marco en que se produzca esa presencia y participación de las víctimas, debe satisfacer los principios propios del sistema judicial. Como se abordó, estos incluyen los derivados de la tendencia acusatoria que, fue incorporada en nuestro ordenamiento. Por ejemplo, a través de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, el Acto Legislativo del 2002 y, la expedición del Código de Procedimiento Penal del 2004, sobre el principio de igualdad de armas, debido proceso y derecho de contradicción.

D

Participación autónoma y directa de la víctima

Respecto a la participación mediada de las víctimas en el proceso penal, se advierte su inadecuación. Dicha concepción- sobre su representación- inspiró la normatividad previa a los pronunciamientos de la Corte Constitucional. Esta mediación constituye una restricción a aquello que la víctima quiere expresar, para que sea tenido en cuenta en el proceso judicial.

13. La Corte Constitucional estableció una doctrina, en la que, explícitamente, abandonó una concepción reductora de los derechos de las víctimas. Sobre el desarrollo de esta doctrina, se pueden consultar las sentencias C-454 de 2006; C-209 de 2007; C-516 de 2007; C-936 de 2010; C-233 de 2016.

14. Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2002, M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett; 3 de abril de 2002.

Incluso, si el Ministerio Público, a través de la Procuraduría interviene y media en el proceso penal, también resulta insuficiente, frente a los intereses y derechos de las víctimas. No basta, con que esta institución busque la protección y satisfacción de los derechos e intereses de la sociedad (Constitución Política, Art. 277.3). Lo anterior, puesto que, con esta intervención, no se garantiza que la perspectiva de la víctima -necesariamente- se exprese en el concepto que presente la Procuraduría.

Por consiguiente, si bien es necesario y conveniente que, la víctima sea escuchada y tenida en cuenta por parte de la Fiscalía y la Procuraduría, limitar su participación a la intervención de estas entidades estatales, resulta insuficiente. Su participación autónoma y directa en el proceso es fundamental. El ejercicio de sus derechos

en este escenario, permite la expresión del daño vivido, el aporte a la justicia y verdad dentro del proceso, así, como la salvaguarda de sus derechos e intereses (Corte Constitucional, C-454/06).

¿Cuál es ese contenido «intraducible» que debe poder expresar la víctima? La respuesta a este interrogante tendría que ver, con la vivencia misma de su daño, su sufrimiento y la realidad que hizo parte del contexto del hecho punible. Así, como toda aquella actividad derivada de dicha vivencia y, de su necesidad imperiosa, de ser integralmente reparada. Por tanto, la actividad probatoria de la víctima, entre otras potestades, también deben ser contempladas a la hora de establecer el debate dialógico que, garantizará su derecho a la verdad, como pilar esencial de la reparación integral.

TRES

LA CONTRALORÍA COMO VÍCTIMA

Esta sección aborda la intervención de la Contraloría como víctima. Para ello, se realiza una aproximación constitucional y normativa en torno al daño que sufre la institución y, a los elementos que legitiman su acreditación. En particular, se describen las atribuciones con que cuenta el ente de control.

I. EL DAÑO FISCAL PRESUPUESTO BASICO, PARA ACREDITAR A LA CONTRALORÍA COMO VÍCTIMA

La Contraloría puede intervenir en el proceso como víctima, si se da un presupuesto fundamental: la acreditación «sumaria» ante la Fiscalía General, de un daño fiscal -con relevancia penal- ocasionado por la entidad que está bajo su control y vigilancia. En relación con el concepto de daño patrimonial al Estado, la Corte Constitucional ha precisado que, puede provenir de diferentes «fuentes y circunstancias» (Corte Constitucional, C-340/07). No obstante, para examinar la responsabilidad fiscal y, en específico, la competencia de las Contralorías, el elemento determinante es, la gestión fiscal. Al respecto, la doctrina sostiene que, este tipo de gestión, tiene que ver con «la facultad de manejar o administrar recursos o fondos públicos» (Fajardo, 2017:327-351). De modo que, para advertir la existencia de un detrimento

de tipo fiscal, deben tenerse en cuenta dos elementos: por un lado, la existencia de un recurso público y, de otro, el poder para ejercer la gestión fiscal. (Fajardo, 2017:327-351).

Cuando una gestión fiscal -además de causar un daño- también constituye una conducta delictiva, produce una vulneración a la misión de protección y vigilancia que despliega la Contraloría. Es decir: la labor encomendada a este organismo de control, hace parte del ordenamiento jurídico que, es directamente violado. Por lo tanto, cuando se produce un daño fiscal -o un riesgo de daño- por parte del gestor, que afecta el patrimonio público de manera delictiva (Constitución Política, art. 267), también se impacta el ejercicio de las funciones de la Contraloría. En esa medida, aquella conducta delictiva que, eventualmente, vulneró la protección y misión de la Contraloría, activa la titularidad respecto de sus derechos a verdad, justicia y reparación.

Como se ha discutido anteriormente, una visión amplia sobre las víctimas implica que, las Contralorías, pueden constituirse como tales. En desarrollo de lo anterior, tienen, por ejemplo, derecho a saber la circunstancia fáctica real en que dicha gestión fiscal vulneró el patrimonio público, así, como su labor de vigilancia. Ello, no sólo por la necesidad de sancionar dicha conducta.

También, porque la satisfacción del derecho a su reparación integral implica, acceder a los insumos necesarios para aplicar los correctivos internos. Tales medidas se refieren a las condiciones que posibilitan la vulneración particular del patrimonio público. Es decir, en lo concerniente, establecer las garantías de no repetición. Asimismo, la reparación integral de la Contraloría como víctima implica, la vigilancia del proceso.

Ahora, cabe preguntarse: ¿existe incompatibilidad entre los conceptos de daño fiscal y, el daño que se maneja en el marco del proceso penal? Una primera aproximación podría responder afirmativamente. Lo anterior, porque el enfoque del sentido del daño penal puede entenderse restringido a la imposición de una sanción. Bajo esta lógica, en el daño fiscal, el enfoque es el “resarcimiento” del patrimonio público afectado o puesto en riesgo. Si bien, ello es cierto parcialmente, dicha visión dejaría de lado las contribuciones anteriormente mencionadas, sobre el manejo jurisprudencial dado al concepto de víctima.

De esta manera, si bien el derecho penal es una ultima ratio, el ámbito de cobertura de su acción también contempla la protección de la víctima, lo cual implica, necesariamente, la búsqueda de su reparación integral. De esta manera, no existe una contradicción en estas dos categorías, aunque puede haber un enfoque diferente. Lo importante es que, cuando la Contraloría quiera constituirse en víctima, debe demostrar un daño cierto, derivado de la conducta delictiva investigada. Pero, ¿qué tipo de daño?.

Dicho daño tiene que ver, en el caso de las Contralorías, con una gestión que, eventualmente, produjo un daño fiscal. Una primera aproximación nos indica, lo siguiente:

(i) Las Contralorías deben acreditar, sumariamente, un daño fiscal. (ii) Ese daño fiscal debe tener relevancia penal: lesión o puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado (además de crear un riesgo no permitido). (iii) El daño tiene que ser ocasionado por un gestor fiscal (público o privado), que se encuentre bajo el ámbito específico de control y vigilancia de la respectiva entidad territorial -o nacional-. (iv) El escrito donde se constituya como víctima, debe adjuntar prueba «sumaria» de estos elementos y, puede presentarse en la etapa de investigación, antes de la iniciación del juicio oral. (v) A partir de la acreditación de la prueba sumaria, las Contralorías, como víctimas, están legitimadas para intervenir y desplegar todas las potestades que el ordenamiento jurídico les otorga (v.gr. intervenir en audiencias, impugnar decisión, recoger evidencias, etc).

II. IGUALDAD ENTRE VÍCTIMAS: EVENTUAL CONCURRENCIA Y DISTINCIÓN DE DAÑOS

Podría plantearse como pregunta preliminar: ¿pueden concurrir dos entidades públicas como víctimas en un mismo proceso penal? La respuesta debe ser afirmativa, si se tiene en cuenta que, los derechos de la víctima, surgen de la vulneración a la dignidad de aquel

que ha sufrido un daño. Por lo tanto, no están supeditados a la cuantificación de los sujetos que sufrieron dicho daño. Es decir: lo importante es constatar que la persona, sea natural o jurídica, probablemente sufrió un daño producido por la conducta investigada.

Lo anterior, es análogo a lo discutido en la sentencia C-516 del 2007, en la que la Corte Constitucional aclaró que, para la constitución de la víctima, en el sentido amplio establecido desde la sentencia C-228 del 2002, lo fundamental es constatar la existencia del daño sufrido. De manera que, para efectos de esta acreditación, no es esencial demostrar, por ejemplo, las condiciones de imputación sobre la conducta investigada. Teniendo esto presente, podemos preguntarnos: ¿se vulneraría el principio de igualdad de armas, cuando participan diferentes entidades públicas en calidad de víctimas? La respuesta es no, porque la calidad de víctima no transgrede la estructura acusatoria del sistema colombiano. Por consiguiente, la pluralidad de estas, tampoco debe incidir en dicha estructura.

A Pluralidad de víctimas

La pluralidad de víctimas que concurren en un mismo proceso penal, es una situación analizada por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, en distintos casos¹⁵. Estos incluyen, aquellas ocasiones en las que se investigan delitos contra la administración pública. En dichos procesos

han concurrido la Contraloría y una entidad pública distinta, como víctimas por los mismos hechos (Corte Constitucional, C- 228/02). De lo anterior se concluye que, la facultad que tenía la Contraloría General de la República, para desplazar a la persona jurídica directamente perjudicada, significaba una medida desproporcionada. Lo anterior, en tanto que, se afectaba el derecho a la igualdad en el acceso a la justicia de la víctima y, no existía una ganancia en la protección de los derechos de la otra.

Consecuentemente, se estableció la posibilidad para que, ahora, la Contraloría pueda concurrir, más no excluir, a otras entidades afectadas. Es preciso indicar que, actualmente, en los procesos, tanto en material civil como en material penal, ha sido reconocido el derecho a la reparación que ostentan las víctimas por el daño causado, en los delitos contra la administración pública. Por ello, a través de su representante legal, el respectivo ente será el llamado a constituirse como víctima. En virtud de esto, podrá participar durante el trámite procesal y, una vez producido el fallo, desatar el debido incidente de reparación, con el objetivo de salvaguardar los intereses del patrimonio público. En concreto, el de la entidad afectada.

Armónicamente, la Corte Constitucional ha precisado que, las entidades públicas -en calidad de víctimas- pueden participar activamente en los procesos penales y, así, procurar la recuperación del patrimonio mismo. De igual manera, se ha señalado

15. Existen diversos planteamientos jurisprudenciales sobre este tema como, por ejemplo, las sentencias C-1154 y C-1177 de 2005, en las que se analizó la participación de las víctimas. Así mismo, en la C-516/07 se estudió el supuesto de pluralidad entre las víctimas. Todo lo anterior, también tuvo incidencia en el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia del 18 de abril de 2007. Rad 24829.

que, su interés, no debe ser únicamente patrimonial. Esto es así, porque, al conseguir un esclarecimiento de los hechos y una real determinación de los factores internos que contribuyeron a la comisión de la conducta punible, se podrán tomar los correctivos necesarios y, así, contribuir a la restauración de los valores socialmente relevantes: la vigencia de la norma, como modelo del contacto social (prevención general positiva).

De esta manera, debe distinguirse entre el daño directo al patrimonio de una entidad pública, que puede ser el de la misma Contraloría, y, el daño al ámbito de protección, control y vigilancia fiscal que -sobre el patrimonio público- realizan las Contralorías. Dicha distinción permite sostener la tesis, de la concurrencia por parte de la Contraloría y otra entidad, en calidad de víctimas. En ese sentido, tal como se señaló al inicio del capítulo, si la comisión de conductas punibles afecta el patrimonio de una entidad pública distinta a la Contraloría, dicha situación no inhibe a la Contraloría, para promover y participar en dichos procesos penales como víctima, con el objeto de conseguir una reparación integral sobre la violación a su ámbito de control y vigilancia. Sobre el particular, la Corte Constitucional expresó en la sentencia C- 228 de 2002, lo siguiente:

«En efecto, el artículo 267 de la Carta establece que la finalidad constitucional de la Contraloría es la de realizar el control de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, para lo cual puede incluso promover procesos penales (artículo 268, numeral 8, CP). Sin embargo, si bien la Contraloría tiene un interés en

la recuperación del patrimonio público, ese interés no es excluyente ni exclusivo, sino principal, y puede concurrir con el interés que tiene la entidad perjudicada en la recuperación del patrimonio perdido, habida cuenta de que las entidades son las responsables directas de la gestión fiscal y, por ende, también tienen interés en la reparación pecuniaria.

Adicionalmente, la entidad perjudicada puede estar interesada no sólo en la recuperación del patrimonio público, sino, por ejemplo, también tener interés en esclarecer con detalle los hechos para, luego, examinar los factores internos, de diverso orden, que contribuyeron a la realización del hecho punible. Por ello, encuentra la Corte que el desplazamiento o exclusión por la Contraloría, de la entidad pública perjudicada, vulnera sus derechos a acceder a la justicia (artículo 229, C.P) y le impide el goce efectivo de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica.

Por lo tanto, la Corte declarará la inexecutable de la expresión “en forma prevalente y desplazar la constituida por las entidades mencionadas”, contenida en el inciso 2 del artículo 137 de la Ley 600 de 2000. Entonces, tanto la Contraloría como la entidad pública perjudicada pueden concurrir como parte civil en el proceso penal». (Corte Constitucional, C- 228/02).

B **Discrecionalidad de la participación**

Otro interrogante -relacionado con la indicación, siquiera sumaria, de la existencia del daño, y, con la distinción entre el

daño patrimonial y el daño que sufren las Contralorías al darse una conducta delictiva con daño fiscal- tiene que ver, con la discrecionalidad de las Contralorías, para constituirse como víctimas. En esa medida, cabe señalar que, el marco normativo que faculta dicha constitución y participación, representa un derecho subjetivo que, a diferencia de lo que ocurre con la entidad patrimonialmente afectada, no se erige como deber jurídico.

Por tanto, valga señalar que, para establecer si corresponde a la discrecionalidad del afectado con el delito constituirse en víctima (a manera de derecho subjetivo), o, si es un deber jurídico hacerse reconocer como interviniente, deben establecerse varios elementos. Primero, la existencia de una norma jurídica que, imponga, tal obligación. Segundo, debe determinarse si, el incumplimiento de ese supuesto deber, está respaldado con la imposición de una eventual sanción. Por ello, debe diferenciarse entre el sujeto titular del derecho subjetivo a reclamar la pretensión indemnizatoria, cuando por ejemplo se trata de una persona natural o de un particular, y, el deber jurídico que, le es impuesto -normativamente- al representante legal de una entidad oficial.

Este último, es quién tiene la obligación de constituirse como víctima y pretender el esclarecimiento de la verdad procesal, la reparación del daño y la garantía de no repetición, bajo la amenaza de una sanción en caso de incumplimiento. En efecto, el representante de una entidad oficial que, omite su deber de reclamar la restauración del patrimonio estatal, afectado con la

presunta comisión de un delito, actúa ilícitamente. En consecuencia, su conducta puede tornarse reprochable, disciplinaria, fiscal o, hasta penalmente.

No obstante, en lo que respecta al marco normativo de las Contralorías, se aprecia que, su facultad de constituirse como víctima del daño- producto de la violación de su ámbito de protección, control y vigilancia fiscal¹⁶ se encuentra en el artículo 268.8 de la Constitución Política, el artículo 9 de la Ley 610 de 2000 y, el artículo 64 del Decreto 267 de 2000. Como se verá, una revisión sistemática de la anterior normatividad demuestra que, no sólo es inexistente la consagración de una obligación para constituirse como víctima; tampoco existe un respaldo sancionatorio, en caso de incumplimiento.

Al contrario, el artículo 268.8 de la Constitución, habla de la facultad de «promover», con todos los poderes reconocidos jurisprudencialmente a las víctimas, las investigaciones penales correspondientes. Asimismo, el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, se refiere en términos facultativos, al señalar: «cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento (...) en calidad de víctima en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente». Por último, también el Decreto 267 de 2000, contempla supuestos fáctico-normativos, en los cuales la Contraloría no tiene, necesariamente, la obligación de constituirse como víctima. Siempre, en concordancia, con los lineamientos del Contralor General de la República y su delegado. De esta

16. *Distinto, como se ha señalado, al daño patrimonial directo, ocasionado a la entidad afectada.*

manera, el artículo 64J.2 señala, como deber de la Unidad de Intervención Judicial, participar como víctima, «cuando no intervenga la entidad afectada». Si bien el artículo 64J Numeral 2 no señala expresamente esa «discrecionalidad» de la Contraloría, su redacción permite deducir que, cuando la Entidad afectada participe en el proceso penal, la Contraloría podrá, discrecionalmente, participar. En todo caso, aunque no participe una entidad del Estado, siempre será discrecional la intervención de la Contraloría. Imponer un deber de participación sería una carga desproporcionada que, además, puede romper los equilibrios propios del sistema adversativo, y, vaciar la competencia y el contenido -enimemente resarcitorio- de la responsabilidad fiscal.

Destacamos que, el Acto Legislativo 04 de 2019, no introdujo cambios respecto a la discrecionalidad que ostenta la Contraloría General de la República para intervenir como víctima en los procesos penales, por atentados contra los intereses patrimoniales del Estado. En ese sentido, actualmente, la Contraloría mantiene vigente la potestad facultativa -no obligatoria- de participar como víctima en los mismos. En el mismo sentido, fue establecido por el Decreto 403 de 2020, en su artículo 40 que, la Contraloría podrá desplazar en sus competencias al Contralor territorial, y, promover ante las autoridades competentes, las investigaciones penales.

III. PROPORCIONALIDAD DE LA INTERVENCIÓN DE UNA TERCERA ENTIDAD PÚBLICA

Tal como se aclaró, cuando se abordó el marco de los derechos y facultades de la víctima dentro del proceso penal, estamos dentro de un proceso judicial en el que, por una parte, se genera un debate adversativo -únicamente- entre la defensa del acusado y la Fiscalía. Sin embargo, por otra parte, también intervienen tanto el Ministerio Público, a través de la Procuraduría, como las víctimas. Ello abre la posibilidad, de que ocurra un caso que debe llamar la atención: en un mismo proceso, podría suceder que, intervengan directamente la Fiscalía, la Procuraduría y la Contraloría. ¿Supondría esto, una limitación desproporcionada a los derechos del acusado?

Es decir: ya se argumentó por qué, la participación de la víctima no viola el principio de igualdad de armas. También se discutió que, su intervención, no tiene un sentido acusatorio propiamente dicho. Además, a partir de los alcances de dicha participación, se observó que, si bien tienen una incidencia inevitable en el debate probatorio entre las partes, este no se quiebra o anula. No obstante, si a dicha participación se le suma que, quien se constituye como víctima es la Contraloría, entonces la intensidad de dicha incidencia aumentará y, ello amerita, una reflexión sobre su procedencia. Lo anterior, según los lineamientos propios del derecho a la igualdad y su consecuente test de proporcionalidad. Podrían surgir, entonces, posturas que, propongan como necesaria, la limitación adicional de la participación de

entidades públicas como víctimas, incluso, hasta su eliminación. Para analizar dicha postura, tenemos que recurrir al juicio de proporcionalidad.

A.

Elementos del juicio integrado de igualdad

A partir de los elementos expuestos en el primer capítulo, en relación con la estructura del juicio híbrido denominado test integrado de igualdad, en esta sección se aplican los criterios que, permiten valorar, si la intervención de la Contraloría como víctima, es una medida proporcionada. Dado que, en el presente caso, con la participación de las Contralorías en el proceso penal, se generaría una afectación a derechos del acusado de carácter fundamental -como el derecho al debido proceso-, se debe aplicar el nivel de intensidad propio, de un test estricto. Igualmente, dado que, se compromete el derecho a la igualdad, concretado en la igualdad de armas, se contemplan los dos elementos que aporta la estructura del juicio integrado de igualdad. Es decir, se analizan los criterios de comparación y, la existencia de un trato desigual entre iguales, o, igual entre diferentes.

1. Criterios de comparación

En el presente caso, se observa que, se cumple con el criterio de comparación. Esto es así, puesto que, conforme a lo planteado en la investigación, tanto el acusado como las víctimas, así como los organismos de control, ejercen intervenciones en el proceso penal. De lo cual se colige que, estos sujetos, comparten una misma naturaleza como intervinientes

en el proceso. Por consiguiente, pueden ser considerados, pares de comparación (Alexy, 2008: 355).

2. Existencia de trato desigual

Como se ha visto, de conformidad con el derecho a la igualdad de armas, autorizar la intervención de la Contraloría como víctima en el proceso, podría producir un trato desigual. Lo anterior, por cuanto ya se encuentra habilitada la intervención de la Fiscalía y la Procuraduría. De modo que, la defensa, podría percibir que su posición se encuentra debilitada. Paralelamente, desde esta perspectiva, podría apreciarse un menoscabo a los derechos del acusado y, un privilegio de las víctimas. De manera que, con la intervención de la Contraloría como víctima en el proceso penal, parece establecerse un trato desigual, entre semejantes.

B.

Aplicación del test de proporcionalidad

Para el presente caso, el fin legítimo que se persigue con la aparente restricción de los derechos del acusado -mediante la habilitación de la Contraloría- estaría representado en la protección del derecho colectivo al patrimonio público y, a la moralidad administrativa. Al respecto, se encuentra que, el artículo 88 de la Constitución Política, enuncia la moralidad administrativa, como un derecho de carácter colectivo. Además, el artículo 267 de la Constitución Política dispone que, las funciones de la Contraloría, se ejercen para garantizar, tanto la defensa como la protección del patrimonio público. Se aprecia entonces que, proteger estos

derechos, a través de la intervención de la Contraloría en el proceso penal, constituye un fin constitucionalmente legítimo. A continuación, se analiza si esta intervención configura una medida idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto, en relación con este fin.

1. Adecuación

La intervención de la Contraloría es idónea, para la defensa y protección del patrimonio público y, la moralidad administrativa. Esto es así, debido a que, por ejemplo, en casos en que se juzgue la comisión de delitos contra la administración pública, la intervención de la Contraloría contribuiría al esclarecimiento de los hechos. Su concepto en la materia, representa un insumo relevante para evitar la impunidad en este tipo de crímenes. Su seguimiento a los ciclos, usos y ejecución de los recursos públicos, le permite a esta entidad, establecer puentes entre la responsabilidad fiscal y penal. De manera que, empíricamente, se comprueba que su intervención como víctima, se adecúa a fines constitucionalmente legítimos .

2. Necesidad

En este punto es preciso identificar, los mecanismos alternativos con que se dispone, para la protección y defensa del patrimonio público en los procesos penales. Uno de ellos podría ser, la intervención de la Procuraduría General de la Nación en el proceso. De conformidad con el numeral 7, del artículo 277 de la Constitución Política, este organismo de control puede intervenir en los procesos judiciales, en defensa del patrimonio público. Sin embargo, la especialidad de las funciones que desempeña la Contraloría General de

la República, así como su mayor capacidad técnica, hacen de su intervención un medio necesario. Lo anterior, por cuanto no existe una entidad que pueda intervenir y, sea más -o igualmente- idónea, para afectar- en menor medida- los derechos del acusado. Por lo tanto, la participación de la Contraloría en el proceso, es una medida necesaria, para el logro del fin propuesto.

3. Proporcionalidad en sentido estricto

Lo anteriormente abordado, es suficiente para comprender, la importancia que tiene la intervención de la Contraloría en el proceso penal, a efectos de la protección del patrimonio público y la moralidad administrativa. No obstante, en este punto, es preciso describir la naturaleza de los derechos en cuestión. Por un lado, se encuentran los derechos de carácter fundamental del acusado y, de otro, los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público. En principio, la balanza tiene que inclinarse por los derechos fundamentales, como el derecho al debido proceso y, a la igualdad de armas del acusado. Sin embargo, debido a la afectación del interés general, a la necesidad de verdad, justicia y reparación de la administración pública, tendría mayor preponderancia, garantizar la intervención de la Contraloría General de la República, en los procesos penales. En conclusión, la participación de la Contraloría en el proceso penal, cuando ya interviene la Fiscalía y el Ministerio Público, es una medida proporcional, para la defensa y protección de los derechos colectivos al patrimonio público y, a la moralidad administrativa; así, como de los derechos que tiene, a verdad, justicia y reparación integral.

IV. ALCANCE

Como ya se ha indicado, las normas sobre potestades de las víctimas deben ser interpretadas de acuerdo con la Constitución, a través de lo que se denomina «interpretación conforme». De acuerdo con este principio, las normas que regulan la intervención de las víctimas en el estatuto procesal, no son taxativas -son enunciativas-. Por consiguiente, su alcance se determina de acuerdo con los valores, principios y derechos consagrados en la Carta Política.

En consecuencia, no es posible plantear únicamente una interpretación exegética de la norma. Es claro que, existe un artículo fundante, de los derechos y facultades de las víctimas: el artículo 135 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004). Sin embargo, todas las disposiciones sobre facultades generales en el proceso, deben ser interpretadas y delimitadas con debida observancia de la Constitución y, su desarrollo jurisprudencial.

En síntesis: las facultades de las víctimas en el proceso penal, han sido amplificadas por la interpretación conforme a la Carta Política. Así, se han suplido, distintas omisiones legislativas de carácter relativo, que se han evidenciado en el estatuto procesal. Por ejemplo, en la sentencia C-031 de 2018, la Corte Constitucional decantó el derecho que tiene la víctima, para fijar una posición.

Al respecto, una investigación adelantada por la Universidad de Medellín (Correa, et al., 2011), encontró que las víctimas tienen, al menos, cuatro facultades. Primero, la

víctima puede promover las medidas de protección, medidas cautelares, así como todas aquellas que tengan conexidad con su derecho a la reparación integral dentro del proceso. Segundo, la víctima puede expresarse de manera autónoma y directa en todo lo que le interesa, sin la intermediación de la Fiscalía. Esto incluye la exposición de la «teoría del caso», salvo las modulaciones establecidas en la etapa del juicio oral.

Tercero, la víctima puede solicitar y realizar manifestaciones de carácter probatorio, siempre y cuando, por una parte, dicha «comunicación» tenga una relación con la reparación integral y, segundo, no quiebre el debate probatorio. Es por ello que, la jurisprudencia, ha restringido la incidencia de la víctima durante la etapa de juicio oral. No obstante, lo anterior no implica, un impedimento para que la víctima participe en la consolidación del marco en que se desarrollará el debate probatorio, así como en la interpretación y el análisis respecto a la actividad y discusión probatoria, desempeñada por las partes durante el juicio.

Finalmente, la víctima del delito, puede interponer recursos para corregir el funcionamiento del proceso penal. Estas cuatro capacidades de las víctimas, encuentran unos alcances definidos dentro del ordenamiento y la jurisprudencia. Además, se compaginan con otros instrumentos y capacidades institucionales. De tal forma que, permiten que las restricciones no se traduzcan en injerencias desproporcionadas, frente a los derechos de las víctimas.

V. ESCENARIOS DE INTERVENCIÓN

A. Solicitudes

Las víctimas tienen derecho a obtener información de las autoridades. De esta prerrogativa se desprende que, pueden solicitar el acceso al proceso y, conocer sus potestades. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional, en las sentencias C-1154 y C-1177 de 2005. En estas oportunidades, la Corte ha indicado que, las víctimas, deben ser informadas sobre aquellos «poderes procesales» asociados a sus derechos.

Por consiguiente, no sólo deben ser informadas sobre cuestiones que atañen a la reparación, sino también, respecto a sus derechos a verdad y justicia. Sumado a lo anterior, las víctimas pueden acudir a la Fiscalía y solicitar que, se practiquen entrevistas, interrogatorios e inspecciones. Asimismo, pueden requerir que se recauden elementos probatorios y demás evidencia física que, contribuya a esclarecer los hechos.

1. Derecho a conocer las evidencias en la investigación

Este es un derecho que surge por conexidad. Si las víctimas tienen derecho a asistir a las actuaciones; a que les den información; a probar; a impugnar decisiones que finalicen el proceso -entre otros-, por conexidad tienen derecho a conocer las evidencias recogidas por la Fiscalía. De lo contrario, las víctimas no podrían ejercer sus derechos. La facultad que tiene la Fiscalía, de no exhibir las evidencias probatorias a la defensa -en la etapa de investigación- no le es oponible a las víctimas. Este derecho

a conocer las evidencias, sin embargo, no es absoluto: puede ser restringido por la Fiscalía. Esta limitación puede justificarse con base en un juicio de proporcionalidad, en el cual se explique la reserva, aún, frente a la víctima. No debe perderse de vista, tampoco que, hay ciertas diligencias que tienen reserva especial, como las órdenes de interceptación telefónica.

2. Pronunciamientos

Las víctimas se encuentran ampliamente facultadas, para pronunciarse en cualquier etapa del proceso. Ellas deben ser escuchadas de manera suficiente; incluso, si después de su intervención, se niegan sus solicitudes y pretensiones. En garantía de sus derechos, sin afectar la igualdad de armas referida, las víctimas pueden pronunciarse sobre cualquier aspecto que tenga un impacto directo o indirecto en sus intereses en el proceso penal, o, que afecte sus derechos como víctimas.

En congruencia con lo anterior, debe resaltarse que, en virtud de su calidad de víctimas, se encuentran habilitadas para intervenir y pronunciarse en todo tipo de audiencias. De igual manera, pueden hacerlo en todas las etapas del proceso penal, en procura de sus intereses. En reconocimiento de ello, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de tutela, indicó:

«En efecto, la Corte Constitucional mediante sentencia C 209 de 2007, además de garantizar su efectiva intervención en la práctica de pruebas anticipadas ante aquella autoridad (artículo 284 numeral 2º de la Ley 906 de 2004); en la audiencia de formulación de imputación (artículo 289 ibídem); en el trámite de una petición de

preclusión (artículo 333); en los momentos en que se produce el descubrimiento, la solicitud de exhibición, exclusión, rechazo o inadmisibilidad de elementos materiales probatorios (artículos 344, 356, 358 y 359); en las oportunidades para solicitar medidas de aseguramiento (Artículos 306, 316 y 342); en la audiencia de formulación de acusación (artículo 339) y en la audiencia preparatoria formulando solicitudes probatorias (artículo. 357 y sentencia C. 454 de 2006), declaró el principio de que las víctimas, en garantía de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, tienen la potestad de intervenir en todas las fases de la actuación»¹⁷.

B. Derecho a probar

La Corte sostiene que, las víctimas, pueden solicitar pruebas en la audiencia preparatoria. Para el ejercicio de esta facultad, operan las mismas reglas y facultades que aplican para las partes. Esto implica que, en virtud de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos a verdad, justicia y reparación de las víctimas, estos se concretan también, mediante la garantía de incidir en el debate probatorio. El fundamento que cimienta esta prerrogativa, es lo que la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales europeos ha entendido como, derecho a probar. Se ha entendido que, este derecho fundamental a la prueba, se ejerce con el propósito de impactar sobre la verdad de los hechos (Picó, 1996: 18-19).

Esta concepción de la participación probatoria, en clave de derecho subjetivo, permite posicionar la intervención de las víctimas en el proceso penal. Es decir: bajo esta perspectiva, los argumentos y materiales jurídicos que las víctimas presentan en este escenario, deben ser apreciados y discutidos, más allá de su valor meramente litúrgico¹⁸, teatral¹⁹ o estético²⁰. Por consiguiente, el juez tendrá que referirse a tal intervención y, no limitarse, simplemente, a otorgar el uso de la palabra, sin que los elementos expuestos por las víctimas sean objeto del debate.

A través de la garantía del derecho a probar, podrá superarse la visión jerárquica y centralizada del proceso penal, así como la minimización de la víctima. Sobre este punto, resulta ilustrativo el relato de la Ciudad de Dios de San Agustín, examinado por el historiador Carl Becker y evocado por el profesor Peter Fitzpatrick, en su texto sobre la mitología del derecho moderno (Fitzpatrick, 1998: 47-53). Este autor señala que, esta imagen de ciudad, le sirve a Becker para demostrar cómo, desde este lugar, se enuncia la ordenación del caos (Fitzpatrick, 1998: 48). Fitzpatrick reivindica esta narrativa para denotar que, el derecho moderno, entiende que por fuera de ese espacio mítico, se encuentran los monstruos, los hechiceros, los mentirosos y demás sujetos y lugares exotizados por la idea de lo salvaje. De esta forma, pareciera que, el derecho procesal penal, comparte dicha composición mítica, e intenta asimilar

17. Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. 22 de junio de 2010. Rad. 48456.

18. Sobre el carácter litúrgico, ver Agamben, G. (2008). *El reino y la gloria: una genealogía teleológica de la economía y del gobierno*. Adriana Hidalgo Editora

19. Sobre el espectáculo teatral, ver Rancière, J. (2008). *El espectador emancipado*. La Fabrique Éditions.

20. Sobre el fenómeno de estetización, ver Benjamin, W. (2019). *La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica*. Ediciones Godot

la realidad, desde una visión centralizada que, casi siempre, descarta la visión de las víctimas. (Fitzpatrick, 1998: 59)²¹.

C. Diligencias

La participación de las víctimas, es una actividad que no ha sido debidamente reglada por el legislador. Esto ocasiona que, el estatuto procesal, contenga distintas omisiones legislativas relativas, frente a su participación. La Corte Constitucional, con el objetivo de garantizar la protección efectiva de los derechos constitucionales de la víctima, a verdad, justicia y reparación, ha reconocido facultades que no fueron consideradas en la Ley 906 de 2004. De tal forma, se ha habilitado su participación directa, en el proceso penal.

Anteriormente, las víctimas no podían requerir medidas de protección o de aseguramiento, ni presentar peticiones en relación con las pruebas. Tampoco, se encontraba habilitado su pronunciamiento, sobre cuestiones asociadas a la preclusión, la aplicación del principio de oportunidad, o, el archivo del proceso. Esta imposibilidad configuraba un escenario de desigualdad, con relación a las facultades de la Fiscalía y la defensa. Por lo tanto, con el ánimo de otorgar facultades orientadas hacia la materialización de los derechos a la verdad, justicia y reparación, la Corte Constitucional

ha venido condicionando varias normas, a través de desarrollos jurisprudenciales²².

Entre ellos, es preciso resaltar, la providencia C-456 de 2006, en la que se promovieron ampliamente los derechos de las víctimas. La Corte, en esa oportunidad, destacó la importancia de esos derechos en el modelo procesal penal, de tendencia acusatoria. Igualmente, destacó el papel que ejercen los jueces de control de garantías. Particularmente, en lo que tiene que ver con la reserva judicial de libertad y con la restricción constitucional al decreto de medidas restrictivas de la libertad. Como resultado, los jueces de control de garantías, se encuentran compelidos a exponer un análisis «racional, ponderado y adecuado, frente a la medida de aseguramiento», que contemple las circunstancias fácticas (Corte Constitucional, C-456/06).

De conformidad con las características del sistema procesal de la Ley 906 de 2004, la Corte reconoció a la víctima un rol protagónico en la indagación, debido a que, su intervención, se encuentra habilitada desde el rango constitucional y convencional. En particular, la Corte reconoció la participación de las víctimas en las audiencias de acusación y preparatoria, porque estas ostentan una capacidad probatoria autónoma e independiente. Por lo tanto, indicó que, la restricción de su intervención hasta la audiencia de acusación, atenta contra sus derechos y garantías.

21. Fitzpatrick, P. (1998). *La mitología del derecho moderno*. Siglo XXI Editores

22. Pueden consultarse, las sentencias de la Corte Constitucional: C-516/07, C-343/07 [S.V. del Magistrado Jaime Araujo], C-209/07; C-456/05; C-454/06; C-047/05; C-1177/05; C-1154/05; C-979/05; C-591/05; C-250/11, entre otras.

D. Medidas cautelares antes de imputación

1. Entre las diligencias que las víctimas pueden promover, resulta relevante destacar la solicitud de medidas cautelares. El artículo 92 del Código de Procedimiento Penal, habilita a las víctimas para promover la imposición de medidas cautelares ante el juez de control de garantías. Estas medidas, generalmente, tienen como propósito asegurar la eventual indemnización de aquellos perjuicios causados por la conducta delictiva. A través de ellas, se busca asegurar una futura y efectiva reparación de la víctima. Por esta razón, las medidas cautelares pretenden impedir el ocultamiento de bienes que pueden constituir una garantía. Asimismo, mediante su imposición, se procura evitar la comisión de nuevos punibles.

A través de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, la facultad de las víctimas en relación con las medidas cautelares, se ha venido ampliando. Es por esto que, se le ha otorgado a la víctima, la posibilidad de solicitar de manera directa, al juez de control de garantías, sin intermediación, el decreto de las medidas necesarias sobre los bienes del imputado. Lo anterior, con el fin de proteger su derecho a la indemnización. Actualmente, las víctimas no se encuentran supeditadas a una etapa procesal específica, ni tampoco, a la intermediación de la Fiscalía; la Corte Constitucional ha resaltado su participación como autónoma e independiente del ente acusador²³. Esto es así, en consideración a que, la actuación

u omisión de la Fiscalía, puede situar a las mismas, en una posición de desventaja frente a los demás intervinientes en el proceso²⁴. Por ejemplo, las víctimas, directamente pueden solicitar ante juez, en audiencia preliminar y de manera previa a la imputación, el decreto de una medida cautelar con fines de comiso. Esta medida será procedente sobre bienes y recursos que se deriven de forma directa o indirecta del delito. También, sobre los bienes empleados como medio o instrumento para ejecutar el ilícito de manera dolosa²⁵. Las víctimas están legitimadas para ello, por cuanto su ámbito de actuación, no se reduce exclusivamente a los temas patrimoniales; también, a la verdad y justicia. Indiscutiblemente, solicitar el comiso, es un acto vinculado con las garantías de no repetición y justicia.

2. En ese orden de ideas, debe indicarse que, el decreto de las medidas cautelares, o, cualquier medida encaminada al restablecimiento del derecho a favor de las víctimas, es independiente a la declaración de responsabilidad penal. Estas medidas están orientadas, a que «se apliquen de manera pronta y efectiva, de modo que se evite la continuación y/o la consumación de situaciones irregulares, así como la de los perjuicios que ellas injustamente causan» (Corte Constitucional, C-060/08). Así pues, bastará con la demostración de la materialidad de la conducta o de la tipicidad objetiva; excluyendo -implícitamente- la necesidad de agotar la diligencia de formulación de imputación; acto que, requiere, superiores elementos de juicio.

23. Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; 9 de junio de 2005.

24. Corte Constitucional. Sentencia C-454 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño; 7 de junio de 2006.

25. Artículo 82 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal.

Sobre el particular, es preciso destacar que, en los casos de flagrancia o cuasi flagrancia, las autoridades, e incluso los particulares, se encuentran facultados para retener a los ciudadanos. De igual modo, para incautar de manera inmediata todos los instrumentos o productos directos e indirectos de la comisión del delito. Por consiguiente, existe una regla general que se demarca en este aspecto y, es la posibilidad de aprehender -de manera inmediata- todos los bienes o recursos que hayan sido utilizados, como instrumentos para la ejecución del delito, o que sean producto del mismo. En tal sentido, en congruencia con el argumento a maiori ad minus, si es posible que, las autoridades adopten medidas restrictivas de la libertad personal -antes de la imputación-, con mayor razón, estarán habilitados para adoptar medidas cautelares.

3. En el mismo sentido, en distintos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia se ha señalado que, la adopción de estas medidas, es una garantía intemporal de rango constitucional²⁶. Esta prerrogativa se caracteriza, por ser autónoma e independiente. De modo que, no se encuentra limitada a una etapa procesal específica. En consecuencia, la Fiscalía o las víctimas, pueden solicitar el decreto de las mismas, en cualquier momento de la actuación procesal²⁷. Incluso, antes del agotamiento de la diligencia de formulación de imputación.

La Corte Constitucional, en sentencia C-839 de 2013, determinó que, la norma

que habilitaba a la Fiscalía para solicitar que se suspendiera el poder dispositivo de los bienes sujetos a registro, contenía una omisión legislativa relativa. Lo anterior, puesto que, excluía injustificadamente de dicha facultad, a la víctima. En este pronunciamiento, la Corte Constitucional resaltó que, la intervención de la Fiscalía, no puede excluir la intervención de las víctimas en el proceso. Además, señaló que, la promoción de las medidas cautelares, está íntimamente ligada a sus derechos. En especial, se encuentra vinculada, con su derecho a la reparación.

Situación similar ocurrió, en relación con la suspensión o cancelación de la personería jurídica y, con el cierre temporal de establecimientos o locales abiertos al público²⁸. En esta oportunidad, la Corte Constitucional, nuevamente, reconoció la existencia de una omisión legislativa relativa que, excluía, injustificadamente, a la víctima. Por lo tanto, se determinó que, podrían realizar dichas solicitudes, al igual que la Fiscalía. También, señaló que, la facultad de las víctimas para acudir directamente a solicitar este tipo de medidas cautelares, no afecta la estructura del proceso penal, su carácter adversativo, ni el principio de igualdad de armas²⁹.

Las medidas cautelares, generalmente, responden a la necesidad de garantizar los derechos de las víctimas a la reparación y no repetición de los punibles. En ese sentido, la satisfacción de los derechos de las víctimas, no puede depender de la intermediación de la Fiscalía. Lo anterior,

26. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. 10 de junio de 2009. Rad. No. 22881.

27. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. 28 de noviembre de 2012. Rad. No. 40246.

28. Corte Constitucional. Sentencia C - 603 de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa; 2 de noviembre de 2016.

29. Corte Constitucional. Sentencia C - 031 de 2018, M.P. Diana Fajardo Rivera; 2 de mayo de 2018.

puesto que, indiscutiblemente, esta dependencia genera una desprotección frente a las omisiones de la entidad e impide tomar acción, en medidas de extrema urgencia.

4. Con el objetivo de solicitar medidas cautelares de tipo económico, quien acuda ante el juez con función de garantías, debe cumplir con algunos requisitos para la solicitud. En primer lugar, debe identificar y establecer las víctimas. Principalmente, es preciso que, acredite sumariamente su calidad. Seguidamente, tendrá que determinar el daño por cada víctima. Es decir: los daños materiales, morales, emergentes, el lucro cesante, etc. Para este fin, se podrá establecer la cuantía de la pretensión, con su debida acreditación sumaria. Finalmente, se debe establecer el juicio de proporcionalidad. Por esta razón, se exige indicar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida examinada, en relación al daño causado³⁰.

5. Conviene resaltar que, el decreto de medidas cautelares, es independiente de la declaratoria de responsabilidad penal. Con esta proposición, se busca indicar que, la procedencia de estas medidas, dirigidas a la protección y restablecimiento de derechos de las víctimas, no está restringida o supeditada, a una etapa procesal específica. De ahí que, conforme a los desarrollos jurisprudenciales en la materia, su adopción pueda producirse previamente, a la formulación de imputación.

El sentido de este tipo de medidas, es impedir la prolongación de situaciones irregulares, así, como de los perjuicios asociados a ellas. Para su adopción, basta acreditar la materialidad de la conducta³¹. Esto significa que, no es necesario agotar la diligencia de imputación, para decidir sobre su adopción. Por esta razón, el decreto de medidas cautelares es procedente, incluso, en la fase de indagación preliminar.

E. Teoría del caso

Los vacíos legislativos relativos, en relación con las facultades de intervención de las víctimas, obedecen al incumplimiento del legislador frente a su deber constitucional. De acuerdo con el artículo 250 -numeral 7- de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República, fijar los términos de su participación en el proceso penal. No obstante, desde el año 2002, ha sido la Corte Constitucional quien, ha señalado que en el proceso penal, las víctimas y los perjudicados, tienen intereses legítimos que ameritan protección.

Su intervención se enmarca entre derechos: el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación. A partir de allí, se han reconocido ciertas prerrogativas para las víctimas, orientadas a configurar un escenario de igualdad y, a suprimir escenarios de exclusión injustificada y desproporcional. Sin embargo, la presentación de la teoría del caso, es una potestad que no ha sido reconocida por la Corte Constitucional

30. *Similar desarrollo jurisprudencial, acerca de la condición de víctima y su acreditación, puede consultarse en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, proferidas en los siguientes radicados: 1100102300002007-00069-01 de enero 24 de 2008 y 1100102300002008-00013- 01 de marzo 6 de 2008*

31. *Corte Suprema de Justicia, 28 de noviembre de 2012, Rad. No. 40246*

de manera expresa para las víctimas. No obstante, el razonamiento de varias de sus decisiones, brinda cuantiosos argumentos que, habilitan, su participación.

En el año 2007, la Corte Constitucional indicó que, las víctimas, en calidad de intervinientes especiales, se encuentran protegidas por la Ley 906 de 2004. De tal manera, se les garantiza la protección efectiva de sus derechos constitucionales a la verdad, justicia y reparación. Con lo cual se permite, en este sentido, una participación directa dentro del proceso penal. En particular, se señaló que, dicha protección, no supone el desplazamiento automático de todas sus formas de participación.

Es decir que, este reconocimiento, no supone una actuación desproporcionada y ventajosa de la víctima, frente a los demás actores y partícipes del proceso. Por lo tanto, su participación no vulnera el principio de igualdad de armas. Lo anterior, toda vez que, las facultades deben hacerse compatibles, con los rasgos estructurales y las características esenciales del sistema³². En dicho pronunciamiento, se afirmó la imposibilidad de una participación autónoma e independiente de la víctima. Concretamente, se adujo la producción de una tensión con el carácter adversativo del juicio oral. Por consiguiente, se le otorgó preponderancia a la protección de la igualdad de armas.

Sin embargo, debe advertirse que, las víctimas, desde el 2005, ya se encontraban habilitadas para participar de manera autónoma e independiente en esta etapa del juicio, sin necesidad de la intermediación del Fiscal (v. gr. alegatos de conclusión)³³. La Corte Constitucional, en diversos pronunciamientos, ya había señalado que, esta forma de participación de la víctima resultaba razonable y, no introducía ningún tipo de desbalance, ni afectaba la dinámica adversativa del sistema. La Corte reiteró que, es posible, restringir la participación de la víctima, en la etapa de juicio, debido a que desde las etapas preliminares del proceso penal, la víctima encontraba la oportunidad de ejercer su participación, como interviniente especial.

No obstante, en este pronunciamiento, existe una falta de motivación suficiente que sustente el giro jurisprudencial de la Corte, incorporado en esta sentencia. Tan solo se indica que, en las etapas previas del proceso, las víctimas participan activamente en la construcción del expediente del fiscal, y, que sus derechos, se materializan a través del Fiscal. Bajo este razonamiento, el juez tendría que propiciar una comunicación efectiva entre el fiscal y la víctima, durante el juicio oral. Por ejemplo, a través de la autorización de recesos en la audiencia³⁴.

Debe advertirse que, las prerrogativas que han sido concedidas, obedecen a la realización de los derechos de las víctimas. En ese sentido, resulta claro que, excluir a

32. Corte Constitucional. Sentencia C – 209 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; 21 de marzo de 2007.

33. Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; 9 de junio de 2005.

34. Corte Constitucional. Sentencia C – 209 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; 21 de marzo de 2007.

las víctimas de la posibilidad de proponer una teoría del caso, vulnera su derecho a la verdad. Igualmente, afecta de manera desproporcionada, el escenario de igualdad propuesto. Pese a que, en etapas previas del proceso penal las víctimas pueden participar activamente, en la etapa de juicio se estarían condicionando sus derechos, a las actuaciones de la Fiscalía,.

Esta exclusión resulta contradictoria, con múltiples pronunciamientos de la misma Corporación; decisiones en las que se ha indicado que, la satisfacción de los derechos de las víctimas, no depende de la diligencia de la Fiscalía. Tampoco es admisible la restricción de las facultades de las víctimas, con la finalidad de salvaguardar un modelo- típico adversativo- de dos partes -Fiscalía y defensa- en un escenario de «igualdad»; sobre todo, cuando existe un interviniente que es sujeto de especial protección constitucional. Lo anterior, porque se ha reconocido que, la víctima, tiene la facultad de intervenir activamente en un escenario de igualdad, frente a la defensa y la Fiscalía.

En consecuencia, el “nuevo” diseño no corresponde a un típico proceso [adversativo] entre dos partes procesales que 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. En el curso del proceso, las partes no tienen las mismas potestades» (Corte Constitucional, C-591/05). De modo que, la misión que le corresponde desempeñar al juez, va más allá de un mero arbitraje que, regula formas procesales. Por esta razón, el juez debe buscar

la aplicación de una justicia material. Sobre todo, por «ser un guardián del respeto a los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de la víctima. Especialmente, de los derechos de esta última a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad». (Corte Constitucional, C-591/05)

Desde la Sentencia C-228 de 2002, se ha entendido que, el derecho a la verdad, no sólo supone la posibilidad de conocer lo que sucedió. Esta prerrogativa, también consiste en la búsqueda de coincidencia -en lo posible- entre verdad procesal y verdad material. En ese sentido, la presentación de la teoría del caso, permite brindar elementos de juicio en el debate, conducentes a la construcción de esa verdad procesal que incide, directamente, en los intereses de la víctima.

Impedir la participación de la víctima en la exposición de la teoría del caso, y, circunscribir su intervención hasta la presentación de los alegatos de conclusión, podría resultar inoportuno para garantizar ese derecho a la verdad. De esta forma, se estaría permitiendo que, las partes, postulen su postura de manera inicial; mientras esta posibilidad estaría restringida para las víctimas. Esto obstaculizaría la exposición, por parte de las víctimas, de una relación de las eventuales pruebas, con la teoría propia del caso.

Indiscutiblemente, si se garantiza a las víctimas el derecho de presentar solicitudes probatorias, en igualdad

de condiciones con la Fiscalía y la defensa, resulta contradictorio impedir que, presenten la tesis que responde a dicho sustento probatorio. Además, los alegatos de conclusión, deben ser la última oportunidad de las víctimas para convencer al juez, de la postura señalada. En este sentido, la intervención de la víctima en la etapa de juicio, no comporta una alteración sustancial, frente a la igualdad de armas; en efecto, ya existe, una participación directa y activa en este escenario. Esto tampoco modifica, los rasgos estructurales del sistema procesal en particular; como ya se ha advertido, éste no corresponde a un modelo puramente adversativo.

II. RECURSOS

En cuanto a los recursos que la víctima puede interponer, se encuentran los ordinarios de reposición, queja y apelación, en los trámites de «iniciación, continuación, archivo, suspensión, interrupción, renuncia o terminación de las investigaciones de la acción penal y del proceso» (Corte Constitucional, C-031/18). En esta línea, la víctima puede, igualmente, oponerse a otras decisiones, adversas a sus intereses. Especialmente, puede interponer el recurso extraordinario de revisión, conforme a los criterios establecidos por la Corte, en la sentencia C-004 de 2003. También, el recurso extraordinario de casación.

VI. LEGITIMIDAD PARA Oponerse A LA TERMINACIÓN DEL PROCESO, NEGOCIACIONES Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-209 de 2007, amplificó en gran medida el reconocimiento de las facultades de

las víctimas en el proceso penal. En esta oportunidad, se detectó que, la participación de estos sujetos en el proceso penal se encontraba, injustificadamente restringida. Adicionalmente, se reiteró que, estas limitaciones, producían una afectación a sus derechos.

De este modo, la Corte habilitó a las víctimas, para impugnar las decisiones del juez de control de garantías, en relación con el principio de oportunidad. Se indicó que, negar esta posibilidad, representaba una vulneración a sus derechos fundamentales y, resultaba incompatible con la Constitución. Lo anterior, debido a la «trascendencia» que tiene la aplicación de este principio y, en general, la renuncia del Estado a la persecución penal. La Corte sostuvo que, la posibilidad de impugnar este tipo de decisiones, es un presupuesto para la efectividad de sus derechos a la verdad, justicia y reparación (Corte Constitucional, C-209/07).

De manera que, a partir de este pronunciamiento, entre las facultades no taxativas, reconocidas al interviniente especial en el proceso penal, se entienden incluidas: la participación en la formulación de imputación; la presentación de recursos contra el principio de oportunidad; observaciones al escrito de acusación; solicitudes del descubrimiento probatorio, entre otras. De manera general, la Corte Constitucional reconoció también que, las víctimas, tienen derecho a la segunda instancia, en cualquier etapa del proceso. En especial, cuando las decisiones atenten contra sus intereses; es una garantía a la efectividad de sus derechos.

CUATRO

CONTROL DE OMISIONES DE LA FISCALÍA, POR PARTE DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

i. El sistema penal colombiano ha distinguido la etapa de investigación de la de juzgamiento. La investigación es la primera fase de un eventual proceso penal. En este escenario, la Fiscalía, con apoyo de la Policía Judicial, pretende determinar la posible existencia de un delito. Para esto, busca fortalecer las actividades de investigación mediante pruebas, evidencia física o información legalmente obtenida. Estos materiales le sirven como fundamento, en la formulación de imputación o una orden de archivo.

De otra parte, la etapa de juzgamiento inicia con la acusación. Es en este escenario, donde se permite la acreditación y el reconocimiento de las víctimas. Sin embargo, pueden intervenir desde el comienzo de la investigación, cuando acreditan sumariamente un perjuicio. El objetivo de su vinculación es satisfacer sus derechos a verdad, justicia y reparación (Avella, 2007: 66 y ss.). En este espacio, la víctima del delito debe contar con las garantías suficientes para participar, en igualdad de oportunidades, en la construcción de los acuerdos intersubjetivos que dan cuenta de lo ocurrido. El despliegue

de cada una de las intervenciones, puede responder a una racionalidad diversa que, estará medida por las facultades y los deberes funcionales de cada sujeto.

ii. El juez de control de garantías es una de las figuras más particulares del sistema penal acusatorio, contempladas en la Ley 906 de 2004. Es una figura novedosa que, no se encuentra en el sistema inquisitivo. Su creación, como su nombre lo indica, se produjo para verificar el respeto y la satisfacción de las garantías constitucionales³⁵ de los intervinientes, durante todas las etapas previas al proceso. De este modo, este juez controla los conflictos que puedan surgir en el ejercicio del ius puniendi.

En el sistema acusatorio, esta figura representa el garantismo propio de los derechos fundamentales; establece un límite entre la potestad punitiva y la tutela de las personas contra la arbitrariedad (Ferrajoli, 2009). La Corte Constitucional, de manera amplia, expuso lo siguiente:

«Una de las modificaciones más importantes que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002 al nuevo

35. «Las garantías constitucionales, como instrumentos que protegen los derechos y libertades frente a los posibles abusos de individuos o grupos (...)» (Martínez, 2017).

sistema procesal penal, fue la creación del juez de control de garantías, sin perjuicio de la interposición y ejercicio de las acciones de tutela cuando sea del caso, con competencias para adelantar (i) un control sobre la aplicación del principio de oportunidad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad y (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; (vi) igualmente deberá autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución. De tal suerte que el juez de control de garantías examinará si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicas (sic) por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales, es decir, si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental (i) es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (ii) si es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y (iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los

titulares del derecho y la sociedad». (Corte Constitucional, C-591/05) Conforme a la concepción del control de garantías en nuestro ordenamiento, el juez es percibido como un actor cuidadoso de la satisfacción de los derechos de los intervinientes, en el marco del proceso penal (Zuluaga, 2007: 133). A partir de allí, en distintos pronunciamientos de las altas cortes, se ha señalado que, el juez de garantías no es un convidado de piedra. En otras palabras que, no se encarga de impartir someramente legalidad a las actuaciones de la Fiscalía. Por el contrario: su objetivo es verificar que se cumplan los presupuestos de ley y que no se menoscaben las garantías fundamentales de las partes e intervinientes en el proceso penal³⁶.

iii. En consecuencia, debe advertirse que, los derechos de las víctimas a verdad, justicia y reparación, pueden verse vulnerados o amenazados, por acciones u omisiones de las autoridades³⁷. Por ejemplo, cuando se realiza un archivo sin la debida investigación previa, por parte del Fiscal a cargo; cuando existe una renuencia de la policía judicial, a desplegar las actividades de investigación requeridas, entre otros. Tales situaciones pueden ser verificadas y controladas por estos jueces, en el marco de un proceso penal.

36. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. 27 de enero de 2016. Radicado 42771

37. Corte Constitucional. Sentencia T – 096 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; 25 de febrero de 2016.

II. VIOLACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR OMISIÓN -PROHIBICIÓN DE PROTECCIÓN DEFICIENTE

La Constitución Política y los estándares internacionales en materia de derechos humanos, disponen que el Estado tiene un deber de protección. En virtud de este deber, las personas se encuentran habilitadas para reclamar la garantía de sus derechos fundamentales, a través de instrumentos como la acción de tutela. Este amparo procede, ante la amenaza o vulneración que afecte el ejercicio de estas prerrogativas fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones por parte de autoridades o particulares. En esta línea, la Corte ha admitido la procedencia de esta acción, por ejemplo, ante las omisiones de la Fiscalía que vulneran derechos de carácter fundamental. Incluso, la Corte ha calificado este tipo de omisiones como vías de hecho y, por tanto, ha ordenado -a este ente- la cesación de la vulneración (Corte Constitucional, T-694/00).

Al respecto, teorías como la prohibición de protección deficiente, destacan que las intervenciones del Estado en los derechos se concretan, principalmente, en omisiones; más que en actuaciones (Bernal, 2004: 142). Esta aproximación se fundamenta en una concepción de los derechos como prima facie. Según esta postura, en principio, los individuos tienen derecho al máximo de libertades y satisfacción de sus necesidades (Bernal, 2004: 140). Sin embargo, este alcance no es exigible al Estado de manera definitiva. Lo anterior, debido a que los derechos, vistos como

prima facie, pueden ser restringidos en virtud de otros principios constitucionales o circunstancias materiales (Bernal, 2004: 140).

De ahí que, este análisis de la prohibición de protección deficiente, emplee los mismos sub-principios del juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), con el fin de determinar si, la omisión, se encuentra justificada. Es por esto que, se examina, si con la omisión se persigue un fin constitucionalmente legítimo; si existe otra omisión o mecanismo alternativo que garantice, en mayor medida, el derecho fundamental comprometido; y, por último, si los beneficios de la omisión, compensan el grado de insatisfacción del derecho (Bernal, 2004: 142-143). Al igual que el juicio de proporcionalidad, esta herramienta permite mantener un margen de acción epistémico (Bernal, 2004: 144). En consecuencia, la protección limitada de los derechos de las víctimas en el proceso penal debe, en todo caso, justificarse, mediante la aplicación de estos subprincipios.

II. POSIBLES OMISIONES DE LA FISCALÍA

La Fiscalía General de la Nación tiene múltiples deberes constitucionales³⁸, tales como: (i) realizar investigaciones frente a los hechos que revistan las características de un delito; (ii) solicitar las medidas necesarias para asegurar la comparecencia, conservación de las pruebas y protección de la comunidad; y, (iii) velar por la protección de las víctimas y el restablecimiento de sus derechos, entre otros (Const. Art. 250). Un incumplimiento

38. Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 250. 7 de julio de 1991 (Colombia)

injustificado de estas funciones, puede vulnerar o poner en efectivo peligro los intereses y derechos fundamentales de las víctimas. En tal sentido, la Corte Constitucional ha precisado que, la omisión de los deberes propios de una dependencia estatal, es fuente de violación de derechos fundamentales³⁹.

De ahí que, el juez de control de garantías, sea concebido como el garante de los derechos constitucionales. Su papel también se asimila al de un supervisor de las autoridades y de los particulares en la etapa de la investigación, quienes tienen a su cargo la ponderación y armonización de los derechos que puedan estar en conflicto⁴⁰. En ese sentido, es preciso indicar que, estos funcionarios, no pueden estar supeditados a las actuaciones de la Fiscalía. Su competencia puede extenderse a la inactividad del ente acusador, cuando determinados actos afecten derechos fundamentales (Bernal, J. Montealegre, 2013: 106)⁴¹.

Por ejemplo, a través de la fijación de un plazo razonable para que la Fiscalía despliegue determinadas actividades (v.gr, para solicitar imputación o acusación). También, podrán resolver controversias que se susciten, entre las decisiones de la Fiscalía y los intereses de las víctimas. Como ocurre, cuando un Fiscal deniega una revocatoria de archivo de la investigación. Asimismo, podrán intervenir, cuando las

víctimas adviertan situaciones de carácter urgente que, conlleven, a la adopción de medidas de aseguramiento, medidas cautelares, etc.

En otras palabras: una de las funciones principales de los jueces de garantías, es resolver el pulso entre la eficiencia en la administración de justicia y los derechos fundamentales (Guerrero, 2006: 42). De igual manera, es preciso resaltar que, todo juez, es un juez constitucional (Díaz, 2016: 12 y ss.). Por tanto, su actividad no puede limitarse a una lectura exegética del procedimiento penal (Bernal, J. Montealegre, 2013: 106). Esto implica que, debe realizarse una interpretación armónica de los valores y principios de la Constitución Política, encontrando sus límites en ella.

En consecuencia, el juez constitucional tiene un rol protagónico en la protección de los derechos fundamentales durante el proceso penal. Cuando adviertan que, alguna de las garantías ha sido vulnerada o se encuentra amenazada por la omisión de la Fiscalía, podrán ordenar los correctivos o las medidas a que hubiere lugar. Es decir, su competencia se extiende hacia las órbitas de inactividad de la Fiscalía. Por todo lo expuesto, este juez ejerce un control material de las omisiones durante el proceso penal.

39. Corte Constitucional. *Sentencia T – 1635 de 2000*. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; 27 de noviembre de 2000.

40. Corte Constitucional. *Sentencia C-210 de 2007*. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; 21 de marzo de 2007. En el mismo sentido, *sentencias C-591 de 2005 y C-873 de 2003, entre otras*.

41. Bernal, J. Montealegre, E. (2013). *El Proceso Penal. Estructura y garantías procesales. Tomo II. Universidad Externado de Colombia*

III. VÍCTIMA Y CARGA DE LA PRUEBA

Con el fin de plantear una aproximación al papel del juez de control de garantías, frente a las omisiones de la Fiscalía, se propone contemplar dos supuestos que contribuyen a este debate. Uno de ellos, tiene que ver con la hipótesis relativa a la carga de la prueba. En este escenario, se asume que, la Fiscalía, no logra satisfacer dicha carga. Como caso límite se sugiere que, la víctima puede suministrar los elementos de juicio necesarios, para la satisfacción de dicho estándar.

En estos términos, el análisis examina la autonomía de la víctima en el proceso penal. En particular, se aborda el problema que supone la participación directa de la víctima, sin que operen mediaciones de la Fiscalía. Este aspecto, es uno de los más polémicos en las discusiones doctrinarias sobre el tema (Daza, 2009; Santos, 2017; Sampedro, 2012, Reyes 2007; entre otros).

Adicionalmente, como segundo supuesto, se plantea la posible vulneración de los derechos fundamentales de la víctima del delito. Lo anterior, con ocasión de las actuaciones u omisiones de la Fiscalía. Específicamente, se advierten los efectos que conlleva, la limitación de sus potestades y la injerencia desproporcionada en los derechos de la víctima. Es en este punto, en el que se demanda -una vez más- una intervención activa del juez de control de garantías, para que cese tal vulneración.

Este análisis encuentra pertinente, considerar las críticas a las contribuciones jurisprudenciales de la Corte

Constitucional. Estos cuestionamientos se han concentrado, especialmente, en señalar que la tendencia acusatoria impregna todo el proceso y, por ende, va más allá de la etapa del juicio. Segundo, que, la Fiscalía tiene el deber expreso de acusar, pero también de proteger los intereses de las víctimas y tener en cuenta lo expresado por estas (Daza, 2009; Santos, 2017; Sampedro, 2012, Reyes 2007; entre otros).

A

Primer supuesto y caso límite: la fiscalía no aporta los suficientes elementos de juicio, pero la víctima sí

Se abre, entonces, la cuestión sobre la naturaleza, límites y alcances de la intervención autónoma y directa de las víctimas dentro del proceso. A esto debe responderse: primero, que la víctima no se constituye en un segundo acusador, por la simple razón de que una de las categorías esenciales para la decisión judicial, es la carga de la prueba. Este concepto epistemológico, no sólo se refiere a la responsabilidad que cae sobre la Fiscalía, de aportar los suficientes elementos de juicio para satisfacer el estándar de prueba; estándar que, permitirá al juez declarar, justificadamente, que ha sido desvirtuada la presunción de inocencia (Laudan, 2006).

Significa, además que, por ejemplo, en caso de que la actividad de la Fiscalía sea insuficiente para satisfacer dicho estándar, pero la actividad de la víctima, a través de su apoderado, sí provea los elementos de juicio requeridos,

entonces la Fiscalía debe pronunciarse sobre dichos elementos. En caso de no incorporarlos en sus planteamientos y conducta, la Fiscalía debe explicar su fundamento. Es decir, motivar sus decisiones o peticiones como instructor, según el caso. Especialmente, cuando dichas decisiones tienen una injerencia en los derechos fundamentales de la víctima.

No obstante, debe irse más allá: pese a que nuestro sistema tiene una tendencia acusatoria, este es un sistema mixto, como lo demuestran los pronunciamientos de la Corte y la presencia del Ministerio Público. En esa medida, los elementos de juicio introducidos por los intervinientes, no sólo aumentan la cobertura del deber de motivación en las decisiones o peticiones del instructor, sino también, enriquecen la valoración racional del material probatorio que realiza el decisor. De esta manera, cada vez que una etapa en la instrucción concluye, el poder de disponibilidad de la acción penal del instructor se encuentra más limitada (Ferrajoli, 2009, pp. 561-574). Dicha limitación obedece, a que el conjunto de los elementos de juicio, así como las inferencias que de él pueden obtenerse, no se nutren exclusivamente de su actividad. Conclusión: la actividad probatoria de la víctima, puede complementar el estándar probatorio exigible a la fiscalía.

No es aceptable entonces, la siguiente tesis: si la entidad del Estado, cuya principal misión es la acusación y el manejo probatorio, no logra cumplir su labor, en consecuencia, en el enfrentamiento entre el Estado y el ciudadano, el defendido «gana». Ante un panorama así, la víctima, por ejemplo, puede demostrar una grave violación a sus derechos frente a un tribunal internacional, y, bajo ese marco, probar que no existió una investigación «seria», justa o imparcial⁴². Lo cierto también es que, si se tiene en cuenta: i) la prevalencia de los derechos de un sujeto de especial protección, como la víctima; ii) el marco procesal de tendencia mixta; iii) el mandato de «interpretación conforme» a los postulados constitucionales; y, iv) la búsqueda de la mayor racionalidad de las decisiones judiciales en nuestro diseño institucional (enriquecimiento de la valoración abductiva, tal como se verá más adelante), a la hora de satisfacer los diferentes estándares de prueba durante el proceso penal, no se pueden despreciar los aportes de evidencia e indicios que la víctima realice.

Es posible que, durante el proceso, se produzca un desencuentro tal entre las víctimas y la Fiscalía, que produzca la siguiente situación: que las primeras controviertan la actividad probatoria de la segunda, al punto de tener que acudir ante el Ministerio Público o ante el juez de control de garantías, en busca de apoyo y protección (Corte Constitucional,

42. *Esto produciría, como consecuencia, el deber de llevar a cabo un nuevo proceso esta vez sí justo, vía recurso extraordinario de revisión (Sentencia C-979 del 2005; art. 192.4 del Código de Procedimiento Penal).*

C-1154/05)⁴³. Ese es el caso, por ejemplo, de conductas que pueden concernir a ciertos delitos sexuales y conductas abusivas. En esa medida, si bien la carga de la prueba garantiza que, el acusador es únicamente la Fiscalía, también el interés y el derecho de la víctima radica, en la facultad de expresar su verdad, aunque pueda ir en contra de la dinámica o estrategia probatoria planteada por la Fiscalía. Se constata, entonces que, la participación directa de la víctima no implica per se, ni una ventaja para la acusación, ni una desventaja para la defensa. El sentido de la participación de la víctima, incluso en materia probatoria, no se enmarca en el ámbito acusatorio, sino en la reparación integral.

B

Segundo supuesto: vulneración de derechos fundamentales a la víctima

Después de concluir que, la participación de la víctima no significa su constitución como ente acusador, el paso siguiente es verificar que sus actuaciones, no supongan una afectación a derechos fundamentales. De esta manera, así tengan unas funciones vinculadas, el enfoque de la actividad de la Fiscalía es muy diferente al de la víctima. Así lo demuestran los criterios de evaluación que miden el desempeño de los fiscales. En ese sentido, la Fiscalía se enfoca en aquello que puede demostrar, según los elementos

materiales probatorios que ha podido recaudar; incluyendo el testimonio de la víctima. Consecuentemente, la víctima plantea contribuciones que, merecen ser escuchadas, directamente por el juez. Por ejemplo, la contextualización fáctica del caso⁴⁴, así como su teoría, sobre la actuación probatoria entre las partes durante el juicio. En todo caso, debe reiterarse que, las potestades de las víctimas no son taxativas y pueden fijarse, en cada caso, conforme al principio de proporcionalidad.

Además, su enfoque en la reparación integral, vinculada a los tres derechos interdependientes (verdad, justicia y no repetición) conlleva que, por ejemplo, la víctima pueda pronunciarse, sobre la actividad probatoria desplegada durante el debate adversativo bipartito. Así, puede visibilizar una falacia que, de ser aceptada, afectaría la satisfacción del estándar de prueba, etc. Además, en el estado de actual desprotección inconstitucional y de impunidad, la participación de las víctimas es esencial, para un mínimo reconocimiento y proceso de resarcimiento de la dignidad conculcada.

Procede, por ello, la apertura del proceso penal, tal como lo admitió la Corte Constitucional (Corte Constitucional, C-209/07), para identificar las diferentes etapas, así como los tipos de acciones que se podrían desplegar y su grado de intensidad. Ahora, frente a esta perspectiva de análisis, se levantan voces calificadas

43. Como se ha dicho, dichas garantías pueden reflejarse en el deber de motivación de la Fiscalía, ante las solicitudes de los intervinientes especiales. Especialmente, cuando existe un riesgo de vulneración o injerencia de derechos fundamentales.

44. Es decir, tal como se mencionó, su labor probatoria. Valga reiterar que, esta facultad puede ir más allá del esclarecimiento de los hechos de la conducta que le victimizó. Por ejemplo, la denuncia de una conducta, omisiva o activa, que viole sus derechos fundamentales por parte de la Fiscalía ante el juez de control de garantías.

que la critican, por ignorar que la tendencia acusatoria no se limita a la etapa de juicio, ni a la labor de controversia probatoria que ahí se da (Santos, 2017). Ello, aunque cierto, no impide que, se realice un análisis de razonabilidad que busque compatibilizar la tensión que se genera entre dicha participación y, el principio de igualdad de armas.

De esta forma, los alegatos de la víctima pueden expresar su perspectiva sobre el debate probatorio y las teorías en conflicto. Igualmente, pueden presentar elementos, para enriquecer el razonamiento abductivo del juez (Pardo, M. S. & Allen, R. J., 2008). Sin embargo, esta participación no modifica las categorías epistemológicas que condicionan la decisión judicial, como lo es la carga de la prueba. En últimas, la abducción es el tipo de inferencia que, pretende explicar el razonamiento humano, basado en la escogencia de las mejores hipótesis. Concretamente, en el campo jurídico, esto se refiere a los criterios definitorios de lo que es «mejor». Esta inferencia se encuentra, íntimamente vinculada, con dos elementos: i) las pruebas y, ii) la protección de valores constitucionales, como los derechos fundamentales. Todo lo anterior, deberá verse reflejado en la justificación de la sentencia, como prerrogativa propia del esencial y transversal deber de motivación (art. 55 de la Ley Estatutaria de Justicia, Ley 270 de 1996).

Frente a la manera como la víctima puede intervenir en el proceso penal, la sentencia C- 031 del 2018 sintetiza la eventual participación de la víctima; sin perjuicio, de otras potestades que, puedan fijarse para el caso en concreto, conforme a su razonabilidad:

- i.** Debido a que el Constituyente concibió la audiencia del juicio oral, público y contradictorio como el centro de gravedad de toda la actuación, acentuó su carácter acusatorio y el principio de igualdad de armas, la participación directa de las víctimas en este momento procesal se encuentra restringida. Correlativamente, su participación es mayor en las audiencias y fases procesales previas y posteriores a este escenario.
- ii.** Las víctimas son titulares del derecho a recibir información, e igualmente, al de intervenir activamente en la totalidad de los trámites de iniciación, continuación, archivo, suspensión, interrupción, renuncia o terminación de las investigaciones, de la acción penal y del proceso, mediante la participación en los procedimientos preliminares, la interposición de recursos, las solicitudes probatorias y la posibilidad de ser oídas e informadas, respectivamente, dentro de las etapas de indagación e investigación formal. Esto, debido a la estrecha relación de estas facultades con sus derechos a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.
- iii.** Las víctimas tienen derecho a promover la celebración de diligencias para la imposición de medidas cautelares y otras medidas de protección de las que dependa la eficacia de sus derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a las garantías de no repetición.

iv. En las audiencias de formulación de la acusación y preparatoria, las víctimas tienen derecho a fijar su posición, a ser oídas y, en especial, a participar en el debate relativo a los términos de la acusación y a la incorporación y descubrimiento de elementos materiales probatorios y evidencia física que se practicarán en la audiencia de juicio oral. De manera relevante, les asiste la facultad de hacer solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria.

v. En la audiencia de juicio oral, la participación directa de las víctimas en el debate probatorio se encuentra limitada y la prerrogativa a ser oídas está restringida cuando produzca una erosión al equilibrio entre las partes y al principio de igualdad de armas.

En la audiencia de juicio oral, las atribuciones que no le son concedidas, de forma independiente, a las víctimas, pueden ser ejercidas a través del fiscal. Correlativamente, este tiene la obligación de oír a su representante, quien está facultado para realizar observaciones dirigidas a coadyuvar y fortalecer la estrategia de la acusación. Por su parte, es obligación del juez garantizar el espacio de diálogo entre, por un lado, el representante de la víctima y su abogado, y por el otro, la Fiscalía, de ser el caso, mediante recesos de la diligencia». (Corte Constitucional, C-031/18).

Otra manera de expresarlo puede ser, desde la perspectiva de la violación a los derechos de la víctima. Ese fue el ejercicio que realizaron algunos investigadores de la Universidad de Medellín, al identificar

nueve supuestos (Correa Orozco, M. V., Trujillo Giraldo, J. A., & Zárate Yepes, C. A., 2011). En desarrollo de los planteamientos establecidos en la sentencia C-228 de 2002, los derechos que son pilares en la reparación integral de las víctimas se ven vulnerados, «cuando en el proceso penal se adoptan decisiones que conducen a la impunidad». De esta manera, no puede ser el caso que:

i. «si se les restringe la posibilidad de acceder a las diligencias previas del proceso penal». (Corte Constitucional, C-451/03);

ii. se les impide a las víctimas solicitar el control de legalidad «sobre la imposición de medidas de aseguramiento»(Corte Constitucional, C- 805/02);

iii. «si no se permite solicitar la revisión de sentencias judiciales absolutorias en casos de violaciones de derechos humanos o de infracciones al derecho internacional humanitario. Ello, en tanto se demuestre la existencia de un pronunciamiento judicial interno, o de una instancia internacional reconocida por Colombia», que presente un elemento de juicio sobreviniente, pertinente y relevante que no haya sido conocido cuando se tomó la decisión judicial. O, peor aún, que exista un pronunciamiento que demuestre que el Estado colombiano no investiga o investigó «con seriedad e imparcialidad los hechos» denunciados (Corte Constitucional, C-004/03);

- iv.** si se les niega su intervención en los procesos disciplinarios que, se adelanten «por violaciones del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario» (Corte Constitucional, C-004/03);
- v.** si se impide u obstaculiza «la constitución de parte civil», al -por ejemplo- exigir requisitos no previstos expresamente en la ley (Corte Constitucional, T-536/94), «o desconociendo la jurisprudencia constitucional sobre los derechos de las víctimas» (Corte Constitucional, T-249/03);
- vi.** «si se precluye la investigación penal sin» responder las solicitudes probatorias de la parte civil (Corte Constitucional, T-694/00);
- vii.** si la caducidad de la acción civil es declarada dentro del proceso penal, sin que dicha «medida extrema» fuera necesaria. Es decir, si se aplica la caducidad sin reunirse los supuestos legales (Corte Constitucional, T-114/04);
- viii.** si la investigación es solo un formalismo, pero no existe una real voluntad para el esclarecimiento de los hechos (Corte Constitucional, T-556/02), «o sin la seriedad y rigor requeridos para la defensa de los derechos de las partes procesales» (Corte Constitucional, T-694/00); o
- ix.** si el análisis probatorio introduce elementos de juicio que no debían estar, pues «se refieren a la vida

íntima de la víctima y no estaban dirigidas a averiguar lo ocurrido el día de los hechos objeto de investigación ni la responsabilidad del sindicado». (Corte Constitucional, T-453/05). (Cfr. Seguimos- literalmente- los lineamientos de: Correa Orozco, M. V., Trujillo Giraldo, J. A., & Zárate Yepes, C. A., 2011)

IV .CONTROL DE LAS OMISIONES DE LA FISCALÍA EN LA ACUSACIÓN Y EN EL INICIO DEL JUICIO ORAL.

A

Las víctimas pueden complementar el escrito de acusación y fortalecer, directamente, los estándares probatorios.

Los derechos fundamentales pueden ser vulnerados por acción y omisión. Esta realidad ha dado lugar a dos formas de protección: prohibición de exceso y prohibición de protección deficiente. ¿Qué sucede cuándo la Fiscalía, en el juicio oral, presenta una acusación defectuosa ,o, incumple, con el aporte de pruebas suficientes para demostrar la responsabilidad del imputado? En estos casos, la víctima puede «subsana» las omisiones. Esto puede hacerlo, al complementar los ejes básicos de la acusación, así como al aportar o solicitar las evidencias o medios probatorios que, cumplan con los estándares propios del proceso adversativo.

Los precedentes de la Corte Constitucional, a través de sus interpretaciones (contenidos normativos), crearon nuevas

normas jurídicas que modificaron el «sistema» y naturaleza de la intervención de las víctimas en el proceso penal. Las víctimas pasaron de tener un rol accesorio y mediado por la Fiscalía, a jugar un papel central que, aproxima sus facultades, a las de una parte. Tienen, por tanto, capacidad general para interponer recursos, aportar pruebas, acudir ante el juez de control de garantías, oponerse al ejercicio discrecional de la acción penal, solicitar directamente afectaciones medias o intensas de derechos fundamentales, etc.

Las potestades de las víctimas en el proceso- además de la Carta Política y el bloque de constitucionalidad- nacen de dos grandes fuentes: el estatuto procesal y, las normas jurídicas creadas por los precedentes de la Corte Constitucional. De allí surge el sistema vigente. Les corresponde entonces a los jueces -de garantías y de conocimiento- armonizar todas las disposiciones y contenidos normativos, para darle coherencia al sistema. Esa coherencia se logra, a través de un entendimiento de los valores, principios y derechos constitucionales, como normas con fuerza vinculante.

La Fiscalía no tiene un monopolio absoluto del ejercicio de la acción penal. Está limitada por el marco axiológico de la Constitución. Todos sus excesos o defectos tienen un control: el juez. El parámetro de control lo constituyen, los valores y principios que la Carta Política irradia sobre todo el ordenamiento legal. Por ende, si la Fiscalía no actúa -omisión absoluta- o actúa defectuosamente -omisión relativa-, el juez puede ordenar que cesen las vulneraciones a los derechos fundamentales. De esta forma, la víctima puede complementar

-con sus posturas orales o escritas- la teoría del caso de la Fiscalía, e incluso, introducir una diferente. La naturaleza amplia de la congruencia, propia del sistema adversativo, permite delimitar el objeto de la sentencia, con toda la carga argumentativa que presenten las víctimas -así como la defensa-.

Se violaría el principio constitucional de proporcionalidad, si no se permite a las víctimas «complementar» las deficiencias de argumentación de la Fiscalía. Esto cobra mayor sentido en un sistema adversativo, en el que las cargas y la satisfacción de los estándares de prueba, están a cargo del ente que ejerce la acción penal. Por consiguiente, atribuirle las consecuencias de una omisión de la Fiscalía, a las víctimas, no sólo configura un daño antijurídico que no tienen por qué soportar, sino también, una afectación desproporcionada de sus derechos a verdad, justicia y reparación. Si su representación está mediada por la Fiscalía y, ésta omite, la protección de sus derechos, las víctimas se encuentran legitimadas para cumplir con sus deberes constitucionales de «autoprotección»; pueden subsanar el error.

En los sistemas adversativos, la Fiscalía no tiene el monopolio de la verdad, porque no existe una verdad oficial (Cfr. Bernal & Montealegre). Esta verdad se construye en el juicio, a través de la argumentación y confrontación de hipótesis. Una de ellas -central en la reconstrucción de la verdad- es la que formule la víctima. Sin una intervención efectiva de ella, se rompe el concepto filosófico de verdad, como construcción intersubjetiva; construcción basada, en un diálogo racional, dado en condiciones reales de igualdad.

El complemento que puede hacer la víctima al núcleo central de la acusación, presentada por la Fiscalía, tiene un límite: no puede desbordar el hecho histórico debatido y controvertido en la etapa de investigación. La acusación de la Fiscalía debe reflejar ese hecho. Si no lo hace, la víctima lo puede complementar. El objeto del proceso, en el sistema adversativo, es dinámico: se construye durante la investigación y el juicio, a través de la contraposición de hechos y argumentos de las partes e intervinientes.

B

Los jueces de control de garantías pueden controlar la omisión de la fiscalía, consistente en no formular acusación.

El ejercicio de la acción penal -en el sistema colombiano- se rige por el principio de legalidad y no de discrecionalidad -oportunidad-. En consecuencia, el margen de discrecionalidad es limitado. Si se dan los presupuestos para acusar -salvo el principio de oportunidad, negociaciones y justicia restaurativa-, debe producirse el juicio oral. Por ende, los jueces pueden, también, controlar estas omisiones. El modelo de sistema adversativo no se rompe cuando el juez ordena que se acuse. Si la omisión impacta, en forma media o intensa, el ejercicio de los derechos a verdad, justicia y reparación, la afectación a estos derechos de carácter fundamental, debe ser controlada.

El derecho a un proceso justo, sin dilaciones injustificadas, no es un derecho fundamental exclusivo del imputado. En este escenario debe decidirse dentro de un plazo razonable. Como ya se mencionó,

la verificación de la legitimidad del plazo transcurrido, se orienta por tres criterios, conforme a los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: (i) el grado de complejidad del asunto tratado en el proceso; (ii) las actuaciones desplegadas por el interesado en que se active el asunto; y, (iii) las actuaciones u omisiones de las autoridades. Recordemos que, a estos elementos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos agregó, (iv) el análisis de la relevancia que tiene el proceso, para el interesado. (Corte Constitucional 1154/05).

C

Los jueces del conocimiento pueden ordenar a la fiscalía, que se dé inicio al juicio oral.

Hay casos en los cuales, el juez del conocimiento puede ordenar a la Fiscalía que, dé inicio al juicio oral, presentando la acusación respectiva. Esta situación se estructura, por ejemplo, cuando la Fiscalía presenta solicitud de preclusión y, es negada por el juez, sobre la base de que existen evidencias acerca de la probable responsabilidad del imputado. En esta hipótesis, si los términos de investigación se encuentran vencidos, sólo le queda a la Fiscalía una opción: acusar. Las razones para sostener esta tesis, son las siguientes:

Los jueces de conocimiento tienen potestades para controlar la acusación y el debido proceso. Por esta razón, pueden ordenar la nulidad por violación a derechos fundamentales, ordenar que se complemente la acusación o declarar la invalidez de la misma, entre otras. La protección de los derechos fundamentales,

no está en cabeza exclusiva de los jueces de garantías. También le corresponde a los jueces de conocimiento. En consecuencia, pueden dar la orden de cesar la vulneración, si la omisión de la Fiscalía – al no acusar- restringe en forma media o intensa los derechos de las víctimas, a verdad, justicia y reparación.

Si no hay evidencia para concluir el proceso y, se dan los presupuestos para acusar -además, están vencidos los términos de investigación-, el proceso no puede permanecer en estado de indefinición. Una interpretación de esta naturaleza- la incertidumbre- violaría el derecho a un proceso justo, sin dilaciones injustificadas. Cuando existe un conflicto entre la justicia material y las formas, prevalece el derecho a la justicia. La forma no puede sacrificar el derecho a verdad, justicia y reparación. Sostener que, ante la negativa del juez para terminar el proceso, la Fiscalía puede

mantenerlo en estado de indeterminación -no acusar- equivale a darle prevalencia a la ritualidad, sobre la justicia material.

La anterior, no es la única hipótesis en la que un juez -de garantías o de conocimiento- puede ordenarle a la Fiscalía que acuse. Lo pueden hacer también, cuando exista prueba clara, del cumplimiento de los presupuestos para iniciar el juicio oral y la Fiscalía incumple, por omisión, su deber de buscar verdad, justicia y reparación. Ante una manifiesta violación al principio de prohibición de protección deficiente, que implica vulneración a derechos fundamentales, los jueces deben ordenar el cese de la violación. Si no lo hacen, la víctima puede acudir a la tutela en busca de protección. En el Estado Social de Derecho, ningún acto está por fuera del control judicial; menos, cuando se trata de la violación -por acción u omisión- de los derechos fundamentales de una víctima.

QUINTO

ATRIBUCIONES DE POLICÍA JUDICIAL DE LA CONTRALORÍA

I. INTRODUCCIÓN

Hay que distinguir dos funciones de policía judicial: (i) una- para efectos penales- que se rige por el Código de Procedimiento Penal y, (ii) otra, dispuesta por el Acto Legislativo 04 de 2019, que se refiere propiamente al control fiscal; ésta, «no tiene ninguna relación con la investigación de delitos». La función de policía judicial, para efectos penales, denota gran capacidad probatoria. En consecuencia, la afectación de derechos fundamentales se encuentra medida por una reserva judicial y legal. Esto implica que, el juez de control de garantías, debe constatar que la injerencia (afectación media o grave de los derechos fundamentales) es proporcional.

Hoy en día, en virtud del Acto Legislativo 4 de 2019, la Contraloría General también tiene funciones de policía judicial para efectos fiscales. Es decir: para el cumplimiento de su función institucional. El Decreto Ley 403 de 2020, que la desarrolla, asignó claramente dichas responsabilidades, en cabeza -únicamente- del Contralor General. Ello no implica un vaciamiento normativo de las funciones de policía judicial que, por disposición constitucional, corresponden a las Contralorías territoriales. Estas Contralorías tienen un amplio poder probatorio. Incluso, pueden restringir de manera leve derechos fundamentales. No obstante, no podrán realizar investigaciones en contexto, ni adelantar procesos que tengan una injerencia media o intensa en los derechos fundamentales.

Ahora bien: para complementar el análisis de la Contraloría como víctima, esta sección hace referencia a sus atribuciones de policía judicial. Esto, con el propósito de incentivar la discusión sobre la capacidad de investigación autónoma de las víctimas en el proceso penal. Como se ha indicado, existe una distinción entre las funciones específicas de policía judicial dentro del proceso penal y aquellas que le fueron otorgadas en virtud de su función preventiva y de control fiscal. En todo caso, este tipo de atribuciones permiten ampliar la discusión sobre el fundamento del derecho de las víctimas a probar. Concretamente, esta reflexión nos lleva a cuestionar si, las peticiones que la víctima plantee en el proceso penal, pueden sustentarse en el ejercicio de estas atribuciones.

II. DISTINCIÓN ENTRE LAS ATRIBUCIONES DE POLICÍA JUDICIAL PARA LA ACCIÓN PENAL Y PARA EL EJERCICIO DE FUNCIONES DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL

A partir de la distribución antes descrita, se observa que, la función de policía judicial, dispuesta para el apoyo de la investigación penal, se distingue de la ejercida por la Contraloría en el marco de sus funciones. Las principales diferencias, son las siguientes:

- A.** La policía judicial, para efectos penales, sólo se ejerce ante la comisión de un delito. Sus potestades están delimitadas en el Código de

Procedimiento Penal. Las contralorías actúan, bajo la dirección de la Fiscalía General de la Nación. Por su parte, las funciones de policía judicial, para efectos del control fiscal, no dependen de la realización de un hecho punible. Dependen de la comisión de un eventual daño fiscal o de la prevención del mismo. Se desarrollan, bajo la dirección del Contralor General de la República.

Así lo ha entendido la Corte Constitucional, al examinar que, el ejercicio de las atribuciones de policía judicial, relacionadas con las funciones de estos organismos de control-Contraloría-Procuraduría-, «será desplegado dentro de los márgenes de la autonomía funcional y técnica que la Constitución y la ley le reconocen a cada una de estas entidades»⁴⁵. De manera que, como también lo ha admitido la jurisprudencia constitucional, la coordinación de la función de policía judicial que despliega la Fiscalía General de la Nación, se restringe al ámbito de la acción penal⁴⁶.

- B.** En ejercicio de la policía judicial, para efectos penales, toda decisión sobre afectación media o intensa de derechos fundamentales, requiere autorización previa de un juez de control de garantías o del Fiscal. Cuando la Contraloría General ejerce funciones de policía judicial, para efectos

fiscales, puede afectar directamente derechos fundamentales, en los casos expresamente fijados por la Constitución y el Decreto Ley 403 del 2020.

- C.** Las actuaciones que realicen las Contralorías, en ejercicio de las funciones penales de policía judicial, en muchos casos, requieren control posterior de un juez de control de garantías. Las que realicen las Contralorías, con fundamento en la «nueva» función de policía judicial, dispuesta en la Constitución -para efectos fiscales-, no requieren intervención de los jueces de control de garantías, ni de la Fiscalía.

III. POLICÍA JUDICIAL PARA LA VIGILANCIA Y CONTROL FISCAL

El Acto Legislativo 4 de 2019, modificó el artículo 268 de la Constitución Política, referente a las atribuciones del Contralor General de la República. Por medio de un artículo transitorio, en este acto legislativo se otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República, para expedir decretos con fuerza de ley orientados al fortalecimiento del control fiscal. En ejercicio de tales facultades, el Presidente expidió el Decreto Ley 403 de 2020, cuyo capítulo XI se refiere a las funciones especiales de policía judicial de la Contraloría. Específicamente, en relación con el despliegue de estas funciones de policía

45. Corte Constitucional. Sentencia C-440 de 2016, M.P. Alberto Rojas Ríos; 17 de agosto de 2016.

46. Corte Constitucional. Sentencia C-440 de 2016, M.P. Alberto Rojas Ríos; 17 de agosto de 2016.

judicial para la vigilancia y control fiscal, el artículo 102 dispuso que, la coordinación y desempeño de estas atribuciones, estará a cargo del Contralor General, de manera autónoma e independiente.

El artículo 104 -de este Decreto Ley- contempló que las actividades investigativas para la vigilancia y control fiscal, se despliegan en dos escenarios: primero, se encuentra el recaudo y práctica de pruebas que, se realiza, por fuera del marco del procedimiento ordinario de control fiscal, indagación preliminar o proceso de responsabilidad fiscal; segundo, se encuentra la recolección de pruebas necesarias para el análisis e investigación técnica y especializada de conductas en contexto. Al respecto, se dispuso que el Contralor establecerá, los lineamientos de policía judicial al interior de la Contraloría.

El artículo 105 del Decreto Ley 403 de 2020, otorgó atribuciones jurisdiccionales al Contralor General de la República y al Director de Información, Análisis y Reacción Inmediata (DIARI). De conformidad con esta facultad, estos funcionarios pueden autorizar la práctica y aseguramiento de ciertas pruebas que, tengan injerencia en derechos fundamentales. Allí se dispuso que, esta atribución, debe limitarse al ejercicio de las funciones de vigilancia y control fiscal, responsabilidad fiscal y reacción inmediata. Además, tal autorización debe motivarse por la constatación de, al menos, tres supuestos: (i) la necesidad estricta; (ii) el riesgo inminente de pérdida, alteración o deterioro del material probatorio; y (iii) la importancia pública asociada a la protección del patrimonio.

De manera que, quien coordina el ejercicio de la función de policía judicial, para efectos de la vigilancia y control fiscal, es el Contralor General de la República. Esta aclaración es importante, porque refuerza la postura de la Corte Constitucional, respecto a la restricción de la coordinación que ejerce la Fiscalía General, al ámbito de las funciones de policía judicial, para efectos penales. De igual modo, con las atribuciones jurisdiccionales otorgadas para autorizar la práctica y aseguramiento de pruebas, con injerencia en derechos fundamentales, se establece que, el control de legalidad de estas actividades investigativas, será ejercido por el Contralor General o por la DIARI. Esto corresponde a un desarrollo de los principios de independencia y autonomía que, constitucionalmente, tiene la entidad como autoridad jurisdiccional.

IV. CONFLICTO DE INTERESES. CUMPLIMIENTO SIMULTÁNEO DE FUNCIONES: POLICÍA JUDICIAL Y PARTE, COMO VÍCTIMA EN EL PROCESO.

La pregunta planteada al inicio- simultaneidad entre las funciones de policía judicial y constitución como víctima en el proceso penal- se resuelve de la siguiente manera:

- i.** Como estamos frente a un sistema adversativo -de partes- en el que los intervinientes pueden recoger autónomamente las evidencias y medios probatorios, para que sean valorados por un juez imparcial, la Contraloría puede allegar las

evidencias que encuentre en calidad de policía judicial (penal o fiscal). Además, puede sustentar, con base en ellas, el daño ocasionado al Estado.

ii. No olvidemos que, el Acto Legislativo 04 de 2019, introdujo un cambio frente al valor probatorio de las actividades de investigación penal y fiscal que adelantan las Contralorías. Este acto legislativo, modificó el artículo 271 de la Constitución Política y estableció que, no sólo las indagaciones preliminares tienen valor probatorio ante la Fiscalía General de la Nación y el juez competente; sino, también, todos los resultados, de los ejercicios de vigilancia y control fiscal adelantados por las Contralorías.

iii. Para evitar conflictos de intereses y cumplir con principios constitucionales como el de transparencia, al interior de las entidades tiene que existir una separación clara entre los servidores que cumplen las funciones de policía judicial-para efectos fiscales o penales- y los encargados de constituirse en víctimas dentro del proceso penal. Estos servidores deben actuar con absoluto respeto a la búsqueda de la verdad y, por ende, debe existir una clara delimitación de ámbitos de competencia. El funcionario que actúa como policía judicial, no puede actuar en representación de la entidad, cuando ésta se constituya en víctima.

SEXTO

CONCLUSIONES

I. LA CONTRALORÍA COMO VÍCTIMA

A través de los delitos contra la administración pública -y conexos- se afecta no sólo a las instituciones cuyo presupuesto resulta menoscabado. Con la conducta delictiva, también resulta perjudicada, la entidad encargada de prevenir, controlar y sancionar el daño patrimonial al Estado. En consecuencia, se produce un efecto dominó, al poner en peligro la confianza en los organismos encargados de prevenir el daño fiscal: las Contralorías. Para que puedan actuar en el proceso penal, deben acreditar, básicamente, dos elementos: la existencia de un daño fiscal y, que éste, fue producido por una entidad que se encuentra bajo su control y vigilancia. El ámbito de actuación está relacionado, con la reparación integral: verdad, justicia y reparación. Ese es su “interés”.

II. VERDAD INTERSUBJETIVA

La verdad no es un objeto que pueda ser aprehendido, pues se construye a través de acuerdos intersubjetivos. Este punto de partida resulta conveniente, para ampliar la comprensión sobre la necesidad de la participación de la víctima del delito, en el escenario dialógico que se configura en el proceso penal.

III. INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

Los contenidos normativos, referentes a las potestades de la víctima del delito, deben ser compatibles con la Constitución; por tanto, es indispensable interpretarlas, conforme al derecho a la igualdad y a la esencial reparación integral de las víctimas. Por esta razón, toda interpretación acerca de la potestad probatoria de la víctima del delito que, vaya en contravía de su derecho fundamental a la igualdad, debe ser excluida. Además, también deben instaurarse las garantías institucionales, que garanticen un mínimo de protección a sus derechos fundamentales.

IV. IGUALDAD DE ARMAS

La concepción de la igualdad de armas, como identidad de capacidades probatorias, fue replanteada. Actualmente se reconoce que, lo importante y viable, es el diseño armónico de un contexto probatorio, en el que las partes encuentren un equilibrio. Esta correspondencia permitirá: a la Fiscalía, cumplir su función institucional de persecución penal; a la defensa, el respeto y la garantía de los derechos derivados de su dignidad humana; y, a la víctima, verdad, justicia y reparación. Los derechos fundamentales

irradian, sin excepción, a todas las partes e intervinientes. Cualquier restricción a esos derechos, debe estar sujeta a criterios de razonabilidad, a partir del análisis de los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios integran la prohibición de exceso y, la prohibición de protección deficiente.

V. ACREDITACIÓN COMO VÍCTIMA

No existe un listado taxativo de requisitos para esta acreditación. Las víctimas deben mostrar la existencia de un daño real y concreto, directo o indirecto, causado por la comisión de un punible. La prueba, para ingresar al proceso, es sumaria. Es decir, elementos mínimos que no necesitan, en ese instante, contradicción alguna. Para ello, es el juicio oral y el incidente de reparación. Basta con dar elementos razonables de convicción, para ser admitido desde el inicio de la actuación. La Fiscalía no está facultada para negar la intervención, si se dan razones plausibles y evidencias sumarias que acrediten la calidad de víctima: un daño directo o indirecto, que ingresa en el ámbito de protección de un bien o derecho constitucional. Toda negativa de la Fiscalía puede ser controlada por el juez de control de garantías. Si bien, formalmente la acreditación se produce al inicio del juicio oral, la víctima puede actuar desde el inicio de la investigación-con todas las potestades que le otorga el ordenamiento jurídico- acreditando, «sumariamente», un daño de cualquier naturaleza.

VI. AUTONOMÍA DE LAS VÍCTIMAS

La víctima tiene capacidad probatoria y de «acusación» autónoma. No necesita la mediación de la Fiscalía General. Puede complementar con sus tesis y argumentos, las acusaciones deficientes o incompletas de la entidad. Además, tiene potestad independiente para recoger y solicitar evidencias que respalden su hipótesis de investigación y juicio. Sus escritos pueden entenderse como parte del objeto del juicio oral; así, como del marco fáctico y teórico que delimita la sentencia del juez. Esto es así, dado que, la congruencia es dinámica y se construye con todos los que intervienen -en condiciones de igualdad- en la construcción de la verdad. Por ende, ni el reconocimiento de la calidad de víctima, ni la participación autónoma de la misma en el proceso penal, afectan la tendencia acusatoria que, innegablemente, hace parte de la estructura del proceso penal colombiano.

VII. POTESTADES DE LAS VÍCTIMAS

El contexto del debate adversativo, no puede impedir la participación probatoria de las víctimas; no se puede afectar, en forma desproporcionada, sus potestades. Tampoco, los de la defensa. En esa medida: (i) el monopolio de la carga de la prueba está en la Fiscalía, como titular de la acción penal; (ii) la participación de la víctima no adquiere un sentido «acusatorio»; por ende, no tiene, por definición, una dirección en «contra» o «a favor» de alguna de las partes; y, finalmente, (iii) el alcance de las facultades de la víctima está determinado por su vinculación constitucional, a la satisfacción de su reparación integral. El principio constitucional de proporcionalidad, es el

gran límite a la capacidad de intervención de las víctimas en el proceso penal y, al ejercicio de sus derechos fundamentales, a verdad, justicia y reparación.

VIII. DERECHO A PROBAR

Las víctimas pueden recolectar directamente evidencias. Ello representa un aporte legítimo -en términos constitucionales- para la consecución de la verdad intersubjetiva, justicia y reparación integral. Según la sentencia C-209 del 2007, la víctima puede solicitar, recolectar y allegar directamente evidencia, para oponerse a la petición de preclusión por parte de la Fiscalía. Impedir a la víctima del delito, la exposición propia de la teoría del caso, así como la recolección de evidencias para soportarla, ocasiona una restricción intensa y desproporcionada a su derecho fundamental a la verdad. De este modo, las víctimas pueden señalar, eventualmente, vínculos con el conjunto de elementos probatorios, el estándar de prueba y, el contexto fáctico del sufrimiento o lesión que les afectó.

IX. MEDIDAS CAUTELARES

En procura de sus intereses, las víctimas podrán solicitar la imposición de medidas cautelares, por intermedio de la Fiscalía. También, podrán hacerlo directamente, ante un juez de control de garantías. Tratándose de medidas sobre bienes -antes de la imputación-, es posible solicitar una medida de comiso ante la Fiscalía. Las víctimas podrán solicitar, también, la imposición de medidas cautelares, antes de la formulación de imputación de cargos.

X. CONTROL DE OMISIONES, POR PARTE DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

En el proceso penal, los derechos de las víctimas a verdad y justicia, pueden verse vulnerados o amenazados, por acciones u omisiones de las autoridades. Por ejemplo, cuando se realiza un archivo, sin la debida investigación previa por parte del Fiscal a cargo; o, cuando existe una renuencia de la policía judicial, para desplegar las actividades de investigación requeridas, entre otros. Tales situaciones pueden ser verificadas y controladas por los jueces, en el marco del proceso penal. Los jueces de garantías y de conocimiento, pueden ordenar que, la fiscalía, formule en un plazo razonable, la imputación o acusación.

Se violaría el principio constitucional de proporcionalidad, si no se permite a las víctimas, «complementar» las deficiencias de argumentación de la Fiscalía. Esto cobra mayor sentido en un sistema adversativo, en el que las cargas y la satisfacción de los estándares de prueba, están a cargo de quien ejerce la acción penal. Por consiguiente, atribuirle las consecuencias de una omisión de la Fiscalía, a las víctimas, no sólo configura un daño antijurídico que no tienen por qué soportar, sino también, una afectación desproporcionada a sus derechos a la verdad, justicia y reparación. Si su representación está mediada por la Fiscalía y, ésta omite la protección de sus derechos, las víctimas se encuentran legitimadas para cumplir con sus deberes constitucionales de «autoprotección»; pueden subsanar el error.

XI. FINALIDADES DE LOS PROCESOS PENALES Y RESPONSABILIDAD FISCAL

El carácter eminentemente resarcitorio del control fiscal -no sancionatorio- puede armonizarse con los fines propios de un proceso penal. El derecho penal es una ultima ratio. Sin embargo, el ámbito de cobertura de su acción, también contempla la protección de la víctima; lo cual implica, necesariamente, la búsqueda de su reparación integral. Entonces, el carácter eminentemente resarcitorio en la responsabilidad fiscal, es uno de los elementos que, integran una eventual responsabilidad penal. En el proceso penal, pese a que exista una reparación económica, la conducta puede ser objeto de reproche jurídico.

XII. DIFERENCIAS, ENTRE LAS DOS FUNCIONES DE POLICÍA JUDICIAL DE LAS CONTRALORÍAS.

Las contralorías tienen dos funciones diferentes de policía judicial: una penal, ligada a la comisión de un hecho punible, y ,otra, de carácter fiscal, que está relacionada con la existencia de un probable daño fiscal; en ésta, no es presupuesto la comisión de un hecho punible. Esta potestad -a diferencia de la primera- se ejerce bajo la dirección del Contralor General y de manera autónoma, sin la coordinación o injerencia de la Fiscalía General. Las pruebas que practique la Contraloría, como policía judicial (penal o fiscal) pueden ser aportadas ante el juez, cuando se constituyen como víctimas en el proceso penal. Esta posición se fundamenta, en la capacidad que tienen las partes -conforme al sistema adversativo- para recoger autónomamente, evidencias y medios de prueba. En todo caso, debe respetarse la norma sobre conflicto de intereses y transparencia.

Referencias bibliográficas

- Agamben, G. (2008). El Reino y la Gloria: una genealogía de la economía y del gobierno. Adriana Hidalgo Editora.
- Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2008). Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
 - (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. Revista Española de Derecho Constitucional, N. 91 pp. 11-29. Recuperado de: <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/40010/22639>
 - (2016). La doble naturaleza del derecho. Editorial Trotta.
- Amaya, Uriel. (2016) Fundamentos Constitucionales del Control Fiscal. Ediciones Umbral.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2005). Res. 60/147. Principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/remedyandrepairation.aspx>
- Auto 39449 de 2013 Sala Penal, Corte Suprema de Justicia
Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Auto 39449.
- Avella Franco, P.O. (2007) Estructura del Proceso Penal Acusatorio. Escuela de estudios e investigaciones criminalísticas y ciencias forenses. Fiscalía General de la Nación
- Benjamin, W. (2019). La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica. Ediciones Godot
- Bernal, C. (2003). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2004). Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a "¿Existen derechos sociales?" de Fernando Atria. Discusiones: Derechos Sociales, núm. 4, pp. 99-144
 - (2005). El derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia
 - (2008). El derecho de los derechos: Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, J. y Montealegre, E. (2013). El proceso penal. Fundamentos Constitucionales y Teoría General (tomo I, 6 ed.) Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, J. Montealegre, E. (2013). El Proceso Penal. Estructura y garantías procesales. (Tomo II.) Universidad Externado de Colombia
- Caso Neumeister vs. Austria (1968, junio 27). Application No. 1936/63. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (27 de junio de 1968). Recuperado de <http://freecases.eu/Doc/CourtAct/4551732>
- Caso Ofner and Hopfinger vs. Austria. (1963, abril 5). Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (5 de abril de 1963)

Cortina, A. (1991). Karl-Otto Apel. Verdad y responsabilidad. En: Apel, K. (1991). Teoría de la verdad y ética del discurso. Pensamiento Contemporáneo

Pataki and Dunshirn vs. Austria. (1963, marzo 28). Report. No. 31/63. Comisión Europea de Derechos Humanos. (28 de marzo de 1963).

Castro, E. A. (2017). Principio de igualdad de armas en Ley 906 de 2004: percepción de los defensores públicos de Cundinamarca. Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política; Vol. 11, no. 2 [jul.-dic. 2017], 97-134.

Cerón, L. E. (2008). La víctima en el proceso penal colombiano. Un análisis constitucional de la Ley 906 de 2004 desde una perspectiva victimológica. Ediciones Doctrina y Ley.

Código de Procedimiento Penal, Ley 906 del 2004.

Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 del 2004. 31 de agosto de 2004 (Colombia).

Correa Orozco, M. V., Trujillo Giraldo, J. A., & Zárate Yepes, C. A. (2011). Línea jurisprudencial. Intervención de la víctima en el Proceso Penal-Ley 906 de 2004 (Bachelor's thesis, Universidad de Medellín).

Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia. Corte IDH (29 de julio de 1988)

González y Otras vs. México. Sentencia. Corte IDH (16 de noviembre 2009)

Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Sentencia. Corte IDH (24 de octubre de 2012)

Mohamed vs. Argentina. Sentencia. Corte IDH (23 de noviembre de 2012) Corte IDH. (1988). Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.

- [2009]. Caso González y Otras vs. México
- [2012]. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana.
- [2012]. Caso Mohamed vs. Argentina

Daza, A. (2009). El principio de igualdad de armas en el sistema penal colombiano a partir del Acto Legislativo 03 de 2002. Revista de Derecho Principia Iuris (12), 121-145

Díaz, I. (2012). Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias. Revista Ius et Praxis, año 28, N. 2.

Díaz Revorio, F. J. (2016). Interpretación de la Constitución un juez constitucional. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México

Exposición de Motivos del proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002 (Gaceta del Congreso No. 134, 2002)

Fajardo-Peña, S. (2017). La responsabilidad fiscal de los contratistas del Estado. Revista digital de Derecho Administrativo, N.º 18, segundo semestre, Universidad Externado de Colombia, pp. 327-351.

Ferrajoli, L. (2009). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal (9 ed.) Trotta.

Ferrer Beltrán, J. (2007). La valoración racional de la prueba. Marcial Pons.

Fernández, W. (1999). Procedimiento Penal Constitucional: Constitución política y proceso. Derechos fundamentales. Derecho comparado. Doctrina - jurisprudencia. Ediciones Librería del Profesional.

Fitzpatrick, P. (1998). La mitología del derecho moderno. Siglo XXI Editores

- Galán, F. (2014). Verdad Pragmática y Verdad Consensual en Habermas: Una Lectura Lonerganeana. *Universitas PhilosoPhica* 62, año 31: 113-145
- Gaviria, V. E. (2015). *Víctimas, Acción Civil y Sistema Acusatorio*. (5 ed.) Universidad Externado de Colombia.
- Guerrero, O. (2006). El control de garantías como construcción de una función jurisdiccional. Consejo Superior de la Judicatura.
- Habermas, J. (1989). *El discurso filosófico de la modernidad*. Taurus
- Laudan, L. (2006). *Truth, error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge University Press.
- Ley Estatutaria de Justicia, Ley 270 de 1996
- Ley 270 de 1996. Ley estatutaria de la administración de justicia. 15 de marzo de 1996 en el Diario Oficial No. 42.745.
- López, G. (2011). El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces? *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 24,169-193.
- López, N. (2016). El derecho a la defensa como sustento del principio de igualdad de armas en el proceso penal adversarial en Colombia. [Tesis de Maestría, Universidad Militar Nueva Granada]. <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/15580/Lopez%20VergaraNancy2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Martínez-Caballero, A. (2010). Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: La experiencia colombiana. *Estudios Socio-Jurídicos*, 2(1), 9-32. Recuperado a partir de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/177>
- Martínez, R. (2017). *Garantías Constitucionales*. IURE Editores
- Montealegre, E., Bautista, N. & Vergara, L. (2014). La ponderación en el derecho: Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán. Universidad Externado de Colombia.
- Ramírez Bastidas, Yesid (2010). *Sistema acusatorio colombiano*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Reyes, Y. (2007). La acción civil derivada de la comisión de un delito y el sistema procesal penal adversarial. *Memorias del XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (pp. 65-94). Universidad Libre.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. (25 ed.). Editores del Puerto.
- Sampedro, J. A. (2012). Apuntes para una rehumanización de la justicia penal: en busca de un modelo re-creativo del sistema penal desde las víctimas. *Revista Derecho Penal Contemporáneo* (41), 133-152.
- Sánchez, E. M. (2004). La teoría del delito en un sistema de enjuiciamiento criminal acusatorio. *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional* (7), 107-128
- Santos Ramos, M. I. (2017). La participación de las víctimas y el principio de igualdad de armas. *Cuadernos de derecho penal*, (17).
- Sierra, D. (2016). El precedente: un concepto. *Revista Derecho del Estado*. 36 (jun), 249-269.

Troper, M. (1995). Kelsen y el control de constitucionalidad. Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, 4, 307- 331 <https://core.ac.uk/download/pdf/29398466.pdf>

Corte Constitucional. Sentencia T-536 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell

- Sentencia C-318 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero
- Sentencia C-022 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz
- Sentencia T-334 de 1998, M. P. Antonio Barrera Carbonell
- Sentencia T-694 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- Sentencia C-1410 de 2000, M.P. Fabio Moron Díaz
- Sentencia C-093 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero
- Sentencia C-1026 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett
- Sentencia C-1046 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett
- Sentencia C-228 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.
- Sentencia T-556 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño
- Sentencia C-939 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett
- Sentencia C-109 de 2002, M. P. Jaime Araujo Rentería
- Sentencia, C-805 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda y Eduardo Montealegre Lynett
- Sentencia C-004 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett
- Sentencia T-249 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett
- Sentencia C-451 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett
- Sentencia C-1092 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis
- Sentencia T-114 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño
- Sentencia T-453 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa
- Sentencia C-456 de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra
- Sentencia C-591 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis
- Sentencia C-979 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño
- Sentencia C-1154 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa
- Sentencia C-1177 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil
- Sentencia C-1194 de 2005, M. P. Jaime Araujo Rentería
- Sentencia C-1197 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto
- Sentencia C-454 de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño
- Sentencia C-456 de 2006, M.P. Alfredo Beltrán Sierra
- Sentencia C-545 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra
- Sentencia C-516 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño
- Sentencia C-209 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa
- Sentencia C-343 de 2007 M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia C-396 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra
- Sentencia C-516 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño
- Sentencia C-060 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla
- Sentencia C-118 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra
- Sentencia T-138 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño
- Sentencia C-536 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil
- Sentencia C-857 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto
- Sentencia C-325 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
- Sentencia C-748 de 2009, M. P. Rodrigo Escobar Gil
- Sentencia T-081 de 2009, M.P. Jaime Araujo Rentería
- Sentencia C-936 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva
- Sentencia C-250 de 2011, M. P. Mauricio González Cuervo
- Sentencia C-878 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

- Sentencia SU-539 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva
- Sentencia T-283 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- Sentencia C-839 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- Sentencia SU-254 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva
- Sentencia C-033 de 2014, Nilson Pinilla Pinilla
- Sentencia C-015 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo
- Sentencia C-509 de 2014, M. P. Mauricio González Cuervo
- Sentencia C-616 de 2014, M. P. Jaime Córdoba Triviño
- Sentencia C-694 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos
- Sentencia C-233 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva
- Sentencia C-440 de 2016, M.P. Alberto Rojas Ríos
- Sentencia C-473 de 2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva
- Sentencia C-603 de 2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva
- Sentencia C-176 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos
- Sentencia C-535 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado
- Sentencia C-031 de 2018, M. P. Diana Fajardo Rivera
- Sentencia C-290 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia, Sala Penal., Corte Suprema De Justicia, Rad. 29118 de 2008.
Rad. 41704 del 27 de abril de 2009
Rad. 22881. 10 de junio de 2009
Rad. 40246. 28 de noviembre de 2012

Corte Suprema de Justicia de EEUU. Sentencia *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (1957)

Pardo, M. S. & Allen, R. J. (2008). Juridical proof and the best explanation. *Law and Philosophy* 27: 223-268. <https://doi.org/10.1007/s10982-007-9016-4>.

Picó i Junoy, J. (1996). *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Marcial Pons

Rancière, J. (2008). *El espectador emancipado*. La Fabrique Éditions.

Uprimny, R. y Guzmán, D. (2010). En búsqueda de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales. *International Law Revista Colombiana de Derecho Internacional* 17: 231-286

Vanegas, M. (2008). Panorama de la problemática a propósito del papel de la víctima en los procedimientos penales de la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004: logros, retrocesos y desafíos. *Temas Vigentes en Materia de Derecho Procesal y Probatorio. Homenaje al Dr. Hernando Morales Molina* (pp. 360-384). Universidad del Rosario.

Von Wright, G. (1979). *Explicación y comprensión*. Alianza Editorial

GRUPO DE INVESTIGACIÓN

Eduardo Montealegre Lynett (Director de la investigación)

Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especializado en Derecho Penal de la misma Universidad. Investigador Invitado de la Fundación Alexander von Humboldt (Alemania) en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn y en el Instituto de Teoría del Estado de la Universidad de Erlangen. Diploma de estudios avanzados en la Universidad de León (España). Profesor de la Universidad Externado de Colombia, durante más de treinta años. Conferencista invitado, en varias universidades nacionales y extranjeras. Autor de varios textos y artículos en derecho. Ex Juez de la República. Ex Viceprocurador General de la Nación. Ex Magistrado de la Corte Constitucional. Ex Fiscal General de la Nación. Abogado consultor.

Diana Carolina Chica

Abogada y Especialista en Derecho Penal, de la Universidad Sergio Arboleda. Con estudios complementarios en el ámbito de litigio estratégico, teoría del delito y finanzas. carolina.chica26@gmail.com

Adriana Martínez

Abogada y Politóloga de la Universidad de los Andes. Maestría en Derecho- con énfasis en Derecho Constitucional- de la misma universidad (en proceso de grado). a.martinez227@uniandes.edu.co

Camilo Montoya

Abogado y Filósofo. Magíster de la Universidad de los Andes. Su campo de investigación se ha enfocado en la epistemología jurídica. c.montoya2023@uniandes.edu.co

María José Ramírez

Estudiante de Jurisprudencia- en proceso de grado- de la Universidad del Rosario. Fellow en Innovación para la Equidad. Universidad de Berkeley, California. mariaj.ramirez@urosario.edu.co

AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA ÓRGANOS DE DIRECCIÓN

Alma Carmenza Erazo Montenegro

Auditora General de la República

Luz Jimena Duque Botero

Auditora Auxiliar

Diego Fernando Uribe Velásquez

Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión Fiscal

Diana Marcela Jaramillo Montoya

Directora de la Oficina de Planeación

Andrés Castro Franco

Director de Control Interno

Vlasov David Vega Rocha

Director de la Oficina de Estudios Especiales y Apoyo Técnico

Jaime Escobar Vélez

Secretario General

Carlos Óscar Vergara Rodríguez

Director de la Oficina Jurídica

Tatiana Ordóñez Vásquez

Directora de Control Fiscal

Omar Hugo Rivas Jiménez

Director de Responsabilidad Fiscal

Nancy González Sarmiento

Directora de Recursos Financieros

Elizabeth Monsalve Camacho

Directora de Talento Humano

María Paula Rueda Mantilla

Directora de la Oficina de Recursos Físicos

LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL

EL PAPEL DE LA CONTRALORÍA