



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Los derechos de las víctimas y el principio de oportunidad en Colombia

Yomaira Valles Romero

**Universidad Nacional De Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá D.C., Colombia
2014**

Los derechos de las víctimas y el principio de oportunidad en Colombia

Yomaira Valles Romero

**Trabajo final presentado como requisito para optar al título de:
Magíster en Derecho con profundización en derecho penal**

**Directora:
Doctora Flor Alba Torres Rodríguez**

**Universidad Nacional De Colombia
Facultad De Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá D.C., Colombia
2014**

A mis padres, esposo e hija
Motor, soporte y motivación

Resumen

Análisis del principio de oportunidad y los derechos de las víctimas en el sistema jurídico colombiano, su relación y posible tensión al momento de renunciar, interrumpir o suspender el ejercicio de la acción penal por el titular de la acción penal y su control judicial, para lo cual se propone como herramienta de modulación el empleo del principio de proporcionalidad.

Palabras clave: 1) principio de oportunidad, 2) derechos de las víctimas y 3) sistema penal acusatorio colombiano.

Abstract

Analysis of the principle of opportunity and victims's rights in the Colombian legal system, their relationship and possible tension when resign, terminate or suspend the exercise of penal action by the holder of prosecution and the respective judicial control, for which is proposed as tool for modulation to use the principle of proportionality.

Keywords: 1) principle of opportunity, 2) victim's rights y 3) Colombian criminal prosecution system

Contenido

Resumen	4
Introducción	6
1. El principio de oportunidad	11
1.1 El principio de oportunidad	11
1.2 El principio de oportunidad en modelos procesales	15
1.3 El Principio de Oportunidad en Colombia	27
2. Los derechos de las víctimas en el proceso penal	38
2.1. Normatividad	38
2.2. Conceptualización	41
2.3. Los derechos de las víctimas en el proceso penal con tendencia acusatoria colombiano	45
3. Participación de las víctimas en el proceso penal acusatorio con relación con la aplicación del principio de oportunidad	67
3.1. Formas de participación	67
3.2. Hipótesis	75
4. Validación de hipótesis	79
5. Conclusiones	91
Bibliografía	95

Introducción

Nuevos retos surgieron con el Acto Legislativo 03 de 2002 que modificó, entre otros, el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia¹ y con ello, reformó las funciones de la Fiscalía General de la Nación para darle mayor dinámica como parte al interior del proceso penal y restarle funciones como autoridad jurisdiccional pese a pertenecer a su estructura gal tenor del artículo 116 de la Carta Superior.

En tal reforma el ejercicio de la acción penal a más de mantenerse en cabeza del Estado a través de la Fiscalía General de la Nación sufre una variación importante², esto es la obligación de investigar y acusar a los presuntos infractores de la ley penal ante las instancias competentes fundada en los principios de oficialidad y legalidad es relativizada con la consagración del principio de oportunidad, le es ahora permitido que bajo ciertas causales previstas en la ley y dentro del marco de la política criminal la misma institución suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal.

Situación novedosa para el sistema penal Colombiano, pues por primera vez, de manera expresa, se da la facultad a la Fiscalía para acudir a este principio y seleccionar de alguna forma los eventos en los cuales participará y dispondrá de sus esfuerzos aunque no de manera amplia, pues de un lado, su aplicación estará sujeta a causales definidas por el legislador y a su aprobación por el Juez con función de Control de Garantías.

De igual forma, en el mismo articulado, la Fiscalía General de la Nación asume otras cargas, entre ellas, la protección de las víctimas (numeral 1º y 7) no sólo a través de la solicitud de medidas necesarias ante el Juez de control de garantías sino también ante el Juez de conocimiento para que reciban asistencia, vean restablecido sus derechos y obtengan su reparación (numeral 6), de manera que como representante del Estado no sólo tiene la titularidad de la acción penal sino además la defensa de los derechos de las víctimas, quienes igualmente, son señaladas como sujetos de especial protección.

Desde esta perspectiva y a simple vista se vislumbran dos puntos³ que debían verse reflejados en la legislación que como consecuencia de tal acto legislativo habría de producirse, uno, el principio de oportunidad como facultad regalada de la Fiscalía para abstenerse de iniciar o continuar con la persecución penal y, dos, la protección de los derechos de las víctimas.

¹ Artículo 2

² Sobre este punto véase Corte Constitucional, sentencias C-591 de 2005 y C-873 de 2003

³ Entre otros que puedan haber

Ahora bien, con el artículo 4 transitorio del Acto Legislativo 03 se dispuso la creación de una comisión para que se elaboraran los proyectos de ley pertinentes para adoptar el nuevo sistema acusatorio⁴ conforme con las pautas fijadas, lo cual dio lugar, básicamente, a la expedición de la Ley 906 de 2004 que de manera gradual implementó en el país un nuevo modelo de enjuiciamiento que conllevo un giro en la dinámica procesal penal, especialmente, al prever un sistema de partes que actúan ante un tercero imparcial.

Así, la Fiscalía General de la Nación asume el rol de parte y actúa en condiciones de igualdad con la defensa (integrada por el procesado y su defensor) ante los jueces de control de Garantías y de Conocimiento, según sea el caso. En este puntual asunto, se destacan dos de las características que definen un sistema adversarial- acusatorio, esto es, la conformación de equipos que se enfrentan ante una autoridad judicial en procura de defender su postura y que la etapa de juzgamiento, sólo se inicia con la presentación de una acusación.

Sin embargo, tales derroteros no fueron mantenidos de forma estricta, por ello, nuestro modelo no ha sido considerado como puro sino, simplemente, marcado por una tendencia acusatoria⁵ al haberse introducido algunos elementos que relativizaron dicha estructura, entre ellos, la presencia de dos intervinientes, el Ministerio Público y la víctima con algunas facultades que en principio eran concebidas sólo a las partes.

Cambio que puede aparecer intrascendente, empero, significó todo un esfuerzo para articular a estos actores y garantizar el principio de igualdad de armas que impide que una de las partes se imponga sobre otra, no sólo a cargo del legislador sino de la justicia constitucional.

Así las cosas, la Fiscalía General de la Nación a través de sus delegados tiene la titularidad de la acción penal en contra de quien infringe la ley penal y por ende la obligación de adelantarla, salvo encuentre y quiera dar paso a alguna de las causales previstas para aplicar el principio de oportunidad, a su turno, la defensa será su contraparte, quien en condiciones de igualdad debe adelantar su gestión, todo ello a través de un proceso que tendrá el control judicial, de un lado y básicamente, de las medidas restrictivas de derechos fundamentales y algunos actos de impulso por el Juez de Control de Garantías y frente al juicio de responsabilidad, por el Juez de Conocimiento, a quien se llevara, en últimas, a un grado de convencimiento sobre las teorías del caso presentadas; con participación del Ministerio Público⁶ quien intervendrá facultativamente en defensa del orden jurídico, patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales y, la víctima, quien además de ostentar la posibilidad de participar en las diligencias en defensa

⁴ Aceptación empleada en el inciso tercero del artículo 4 del Acto Legislativo 03 de 2002.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-591 de 2005

⁶ Artículo 109 de la Ley 906 de 2004

de sus derechos deberá ser considerado su interés como objeto propio del proceso penal.

Lo último, al aparecer como principios rectores claras directivas en cuanto a la preservación de sus derechos al interior del proceso, de manera particular, los fundamentales de quienes intervienen en la actuación procesal y los de las víctimas así como la obligación de procurar el restablecimiento del derecho (artículos 10, 11 y 22), normas que prevalecen y que en su conjunto, erigen como un objeto de protección los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación.

Esto como parte del reconocimiento que a nivel mundial y de tiempo atrás ostenta la víctima como primer afectado, si es dable decir, de las conductas que contravienen las normas penales y entender, que la administración de justicia debe velar por la efectividad de sus prerrogativas; lo cual inicialmente supuso, una participación pasiva e intermediada por la Fiscalía para ir poco a poco ganando espacio de la mano de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que comenzó a abrirle paso, para así asumir la defensa de sus intereses de manera autónoma bajo la denominación de interviniente especial y con ello, ser uno de los actores protagonista del proceso.

Razón por la cual, sus intereses en el empleo de las herramientas de la Fiscalía para llevar a los posibles autores o partícipes de conductas penales ante las autoridades judiciales debían ser considerados y garantizados, el proceso, ya no sólo se erigía como garantía de los derechos del procesado conforme a la versión liberal del proceso sino de igualmente de las víctimas como parte del conflicto subyacente.

Entonces si en el apartado de disposiciones generales del Código de Procedimiento Penal se establece la titularidad y obligatoriedad de la Fiscalía General de la Nación de ejercer la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o mediando denuncia o querrela (artículo 66) y que sólo podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal en los casos establecidos legalmente para aplicar el principio de oportunidad regulado en el marco de la política criminal del estado, sometido a control de legalidad por un Juez de Control de Garantías; tal prerrogativa podría generar tensión con los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, al ver en tal salida alternativa defraudada su expectativa de obtener una sentencia que defina lo acaecido, emitida por una autoridad judicial y que de lugar a la reparación, por ejemplo, a través de la promoción del incidente de reparación integral.

De allí surgió el problema de investigación objeto del presente trabajo, de la constitucionalización del principio de oportunidad y su relación con los derechos de las víctimas, cómo pueden efectivizarse y a qué control puede someterse de acuerdo con la legislación procesal penal que al respecto ha sido expedida.

Y en la cual se advierte, de la enumeración de causales por las cuales puede darse aplicación al referido principio, sólo en 5⁷ se prevé la necesidad de reparar a la víctima o dar una solución alternativa a sus intereses como una condición para su viabilidad, restando 12 que por remisión a las principios rectores simplemente debe ser considerada.

Y, sólo en el artículo 325, modificado por la Ley 1312, que establece la suspensión del procedimiento a prueba se requiere la manifestación de un plan de reparación del daño y las condiciones para su cumplimiento y su consulta con las víctimas, antes de su aprobación y sólo una vez superado el plazo y satisfechos sus presupuestos o condicionamientos, se podría dar la renuncia al ejercicio de la acción penal.

Además, sí procesalmente, se admite su convocatoria a la audiencia ante el Juez de Control de Garantías que apruebe la aplicación del principio de oportunidad, la controversia probatoria y la interposición de recursos, qué análisis de ello debe hacerse o valor debe darle la anotada autoridad judicial, por ejemplo, frente a los supuestos mínimos de responsabilidad o sobre el plan de reparación integral, pues revisada la legislación no aparece una regla que imponga un sentido específico al respecto.

Máxime cuando de manera genérica en el artículo 11 de la Ley 906 de 2004 se había contemplado la reconsideración de los intereses de la víctima al adoptar una decisión discrecional –palabra que emplea el Código- y a su turno fijar su representación por la Fiscalía General de la Nación, por manera que cuál podría ser la razón de fijar su participación en los términos de artículo 328 ejusdem.

La solución planteada en el presente trabajo está dada por empleo del principio de proporcionalidad como herramienta para desatar la tensión que pueden darse entre principios en el ordenamiento jurídico Colombiano y entender que la garantía de los derechos de la víctima también recae en la judicatura.

Para llegar a ello, se hará una reconstrucción del principio de oportunidad y su comprensión en nuestro país, al igual que de la víctima como interviniente en proceso, sus derechos y garantías de protección, para luego establecer una relación entre estos ejes temáticos y arribar al empleo del principio de proporcionalidad como herramienta para la judicatura para desatar la posible tensión que podría darse entre el principio de oportunidad y los derechos de las víctimas.

Entonces, en el capítulo primero, se hará un bosquejo frente a su conceptualización con relación a los principios de oficialidad y legalidad, para luego analizarlo en la legislación extranjera, de manera particular, en modelos de enjuiciamiento de Puerto Rico, Chile y Alemania, así como en la justicia trasnacional.

⁷ Causales: 1, 7, 13, 14, 16

Posteriormente, se descenderá en nuestro país, para lo cual se revisaran sus antecedentes legislativos, previsión normativa y el tipo de instituto implantado, es decir, como fue establecido en la estructura del proceso penal de la Ley 906; todo ello, para tener comprender cómo se da su aplicación y su relación con los derechos de las víctimas dentro del proceso penal con tendencia acusatoria.

El segundo capítulo girará en torno a la víctima y su reconocimiento en instrumentos normativos internacionales y nacionales, la jurisprudencia de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal, su participación en el proceso penal y como se pueden ver consolidados sus derechos.

En el tercer apartado, se procurará establecer la conexión entre el principio de oportunidad y los derechos de las víctimas ya desde un plano más procesal y entendiendo que el primero es una institución procesal y el segundo, a veces asume el rol de un sujeto de derechos y otras, se evidencia como un objeto de protección, de manera que se analizara tales supuestos, esto desde la visión de algunos autores nacionales, para luego ver la fórmula de la Corte Constitucional y a partir de esta exponer a tesis objeto de este trabajo.

Finalmente en el cuarto, se convalidará la tesis, para lo cual se hará uso de un estudio de caso que de cuenta de las virtudes del empleo del juicio de proporcionalidad como instrumento para que los Jueces de Control de Garantías adopten una decisión que considere los intereses en juego al momento de avalar la aplicación del principio de oportunidad.

Trabajo que siguió una metodología deductiva, cualitativa y propositiva, al haberse partido del estudio de normas y jurisprudencia, básicamente, tanto del principio de oportunidad como de las víctimas y sus derechos.

1. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

En este primer acápite se encuentra un bosquejo del principio de oportunidad y su conceptualización con relación a los principios de oficialidad y legalidad, su manejo en la legislación extranjera en diferentes modelos de enjuiciamiento, entre ellos, Puerto Rico, Chile y Alemania y en la justicia transnacional, para luego descender en Colombia, no sin antes revisar sus antecedentes legislativos, su previsión normativa y el tipo de instituto implantado; todo ello, para comprender la figura en comento en lo atinente a su aplicación y su relación con los derechos de las víctimas dentro del proceso penal con tendencia acusatoria diseñado en la Ley 906 de 2004 y modificaciones subsiguientes.

1.1. El principio de oportunidad

El derecho procesal penal tiene una gran importancia pues a más de constituirse en instrumento de aplicación del derecho sustancial penal, efectiviza el poder del Estado sobre sus asociados, lo cual, conforme con el desarrollo histórico ha desembocado en la manera como se garantizan derechos fundamentales y se evita el exceso en el poder punitivo.

De manera que se constituye como “*un conjunto de normas encaminadas a lograr la certeza de la comisión de un delito mediante el descubrimiento de la prueba y la garantía de los derechos constitucionales conducentes a la consecuente ejecución de la pena provista por la Ley*”⁸ y se presenta como su “*característica fundamental: la instrumentalidad.*”⁹

Ahora bien, dentro del derecho procesal penal se identifican principios propios como el de oficialidad que tiene un claro anclaje en la noción del monopolio estatal en la administración de justicia y el cual cobra mayor trascendencia en aquellos países en que tal concepción se encuentra arraigada a su modelo y por consiguiente la persecución del delito se evidencia como un interés estatal, al ser su deber castigar las conductas que resulten más intolerables para la sociedad y se hayan calificado como delictuales independientemente del interés privado de la víctima o perjudicado.

⁸ RESUMIL DE SANFILIPPO, Olga Elena. “*Derecho Procesal Penal. Práctica Jurídica de Puerto Rico*”. Tomo 1. Equito Publishg Company. 1990. Pag. 8 y 9

⁹ “*Por su propia naturaleza, el Derecho Procesal Penal surge como el instrumento para resolver la pugna constitucional entre el Estado y el individuo en aras de la protección, por un lado, de la sociedad. De otra parte, cumple su función protectora de los derechos individuales contra el ejercicio arbitrario e injustificado por el Estado de su derecho a castigar.*” *Ibíd.*

El principio de oficialidad se define como aquella atribución por medio de la cual el Estado ostenta la acción penal y por ello puede adelantarla de manera oficiosa, en otras palabras es el monopolio estatal de la acción penal que le permite garantizar el orden social de la comunidad.

En tal línea se desarrolló el principio de legalidad¹⁰ procesal u obligatoriedad¹¹ como compromiso del Estado en la persecución penal de todas aquellas conductas que revistan características de delito, en contraposición al de discrecionalidad, según el cual, el Estado a través de su representante puede renunciar a su ejercicio, ya sea absteniéndose de iniciar la actuación o ya iniciada, interrumpirla para finiquitarla, surgiendo dentro de esta última modalidad, la figura del principio de oportunidad como aquella excepción o yuxtaposición al primero.

Julio Maier define el principio de legalidad como el *“deber de promover la persecución penal (promoción necesaria), ante la noticia de un hecho punible, en procura de la decisión judicial que, previo esclarecer la verdad acerca de esa hipótesis, solucione el caso por intermedio de alguna de las resoluciones previstas en la ley procesal. De allí que una vez promovida la persecución penal, ella no se puede suspender, interrumpir o hacer cesar, sino por el modo y la forma previstos en la ley procesal.”*¹²

Principio que ha entrado en crisis dada la gran demanda para satisfacer la obligación de perseguir todas las conductas punibles y los infractores de la ley penal y la necesidad de replantearlo conforme con nuevas teorías de la pena, en donde su tinte netamente retributivo sufre una modificación de cara a la utilidad que estas puedan reportar a la sociedad¹³ o para la integración del delincuente. Se erige así, el principio de oportunidad como una figura que responde a tal situación y se muestra como un cambio propio de las teorías relativas o utilitaristas de la pena, en tanto ya no se reconoce en sí misma a la pena como una consecuencia propia del delito sino que debe estar en coordinación con la finalidad que en la sociedad resulte (reacción social).

¹⁰ Principio conectado con el principio de igualdad ante la ley: Persecución penal no puede quedar sujeta al arbitrio del persecutor pues con ello puede generarse una discriminación. Se persiguen todos los delitos.

¹¹ *“como la automática e inevitable reacción del Estado frente a la posible comisión de un delito, concentrada a través de una acción penal que lleva la hipótesis delictiva ante los jueces, requiriendo su investigación, juzgamiento y castigo lícito que resultara hacerse cometido”*. GARITA VÍLCHEZ, ANA ISABEL, *“Ministerio Público en América Latina, desde la Perspectiva del Derecho Procesal Moderno, (Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Panamá)”*, ILANUD- Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y tratamiento del delincuente. San José de Costa Rica. 1991. Pág. 75

¹² MAIER. Julio B.J. *“Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos”* Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. Segunda edición. 2002. Pág. 828

¹³ *Ibidem* .Pág. 830

Se desliga, entonces, de las teorías absolutas de la pena y la justicia absoluta, según las cuales se debe castigar todo aquello que vulnere la ley, en virtud de los pilares de la democracia, el Estado de Derecho, el principio de certeza y el principio de igualdad.

A lo que puede sumarse el fenómeno particularmente estudiado por la Criminología según el cual, el Estado no ha sido capaz de contener toda la criminalidad conllevando la selección de los casos que se judicializan sin criterios que permitan controlar finalmente el ejercicio de la acción penal y conformar lo que se ha venido en denominar cifra negra de criminalidad o impunidad.

En otras palabras, la situación de congestión de la administración de justicia impuso la necesidad de plantear excepciones al principio de legalidad a través de la búsqueda de criterios de selectividad que justifiquen la intervención estatal para que sea más eficiente; se trata de encausar el esfuerzo del Estado en la persecución de manera reglada o normatizada y no como opera de facto donde se escapan conductas importantes sin criterios definidos.

Así lo describe Julio Maier:

“expresado de modo más directo: los juristas sostienen, especulativamente, el principio de legalidad, como criterio de justicia rector de la persecución penal, y la práctica concreta selecciona de diversas maneras los casos a tratar y el tratamiento que reciben ya dentro del sistema, aplicando criterios de oportunidad. La razón de esta discordancia –prescindiendo del ingrediente ideológico y haciendo hincapié sólo en la necesidad- es siempre el aparato estatal, pues en la sociedad de masas que experimentamos, no tiene capacidad, por los recursos humanos y materiales del que dispone, para procesar todos los casos penales que se producen en su seno.”¹⁴

De manera que la persecución penal a cargo del Estado se puede vislumbrar desde dos principios: el de legalidad y el de oportunidad, los cuales son asumidos por los modelos estatales como principio general o excepción y con ello se identifica en gran medida el papel que asume el ente encargado de tal misión, fiscalía o ministerio público.

El principio de oportunidad, por lo tanto, no es más que una herramienta para la racionalización del sistema concibiendo reglas para la selección de casos bajo pautas descritas en la ley y que se mostró como una fórmula para solucionar la desigualdad que frente a la aplicación de la ley penal se daba a través del procedimiento en la realidad.

¹⁴ *Ibíd.* Pág. 832

Y se habla de la vigencia práctica del principio de oportunidad como la fórmula para el fortalecimiento del aspecto cualitativo de la administración de justicia y selectividad en la operatividad del mismo.

De manera que, en primer lugar, el llamado criterio o principio de oportunidad se ubica en el horizonte institucional del control penal y concretamente, en el del procedimiento penal; es decir, se asocia dentro del control jurídico penal propiamente dicho, excluyendo otras expresiones como, por ejemplo, el control jurídico civil. Esto implica que no se encuentra dispuesto en la teoría general del proceso, sino muy específicamente en el procedimiento penal.¹⁵

En segundo lugar, se sabe que éste no surgió recientemente sino registra expresiones bastantes antiguas como las que se derivan del antiguo procedimiento penal romano¹⁶, sin embargo, la forma como ha sido concebido durante el Siglo XX tiene unas particularidades que permiten considerarlo desde el uso que de él permite una visión del proceso penal con criterio económico bastante afín a la teoría de los juegos

¹⁵ Al respecto es preciso distinguir los modelos teóricos de quienes abordan el procedimiento penal desde la óptica de la teoría general del proceso, de quienes han forjado manuales de procedimiento penal, frecuentemente asociados a un sistema normativo en particular. Entre los primeros cuentan obras como la de Julio Maier en “Derecho Procesal Penal, Tomo I Fundamentos”. Ediciones del Puerto s.r.l., 2002. y Juan Montero Aroca en “Principios del Proceso Penal, Una explicación basada en la razón”. Tirant lo blanch. 1997. Mientras que en los segundos, mucho más abundantes por cierto, al menos en nuestro medio, se inscriben trabajos como los de Jaime Bernal Cuellar Jaime y Eduardo Montealegre Lynett en “El Proceso Penal, Fundamentos penales de nuevo sistema penal acusatorio”. Universidad Externado de Colombia. Tomo I. 2007), y también los de Fabio Espitia Garzón en “Código de Procedimiento Penal Comentado”. Cuarta Edición. Editorial Gustavo Ibáñez. 1997; e “Instituciones de Derecho Procesal Penal. Sistema Acusatorio”. Quinta edición. Editorial Gustavo Ibáñez. 2010. David Vanegas González en “El Sistema Acusatorio, Estructura del Proceso Penal”. Dike. 2003 y Claus Roxin en “Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto” 2000

¹⁶ “(...) *Los correspondientes funcionarios podían, en todo caso, abandonar el procedimiento de la época de la República en que intervenía solo el magistrado (acusador), y aquel en que intervenía el magistrado y los Comicios, así como también podían suspender el procedimiento por cognición de la época del Imperio, a no ser que hubiese disposiciones especiales que lo impidieran... Pero esto fue modificado por el senado-consulta turpilio del año 61 después de Jesucristo... Según dicho senado-consulta, cuando el acusador quisiera desistir de la acusación, tenía que justificar semejante decisión ante el tribunal, siendo de advertir que también al acusado se le oía en estos casos, y en ciertas circunstancias era permitido extinguir la acción, lo cual se llamaba abolitio privata; o bien el propio actor no justificaba su desistimiento, incurriendo por ello en pena, y en tal caso, claro está que siempre quedaba la acción extinguida (...)*” Mommsen Theodoro, “Derecho Penal Romano”. Segunda Edición. Temis 1999. Pág. 288-289. Y agregó, “(...) *El eximir de pena a aquellos delincuentes que, previo acuerdo entre ellos y sus jueces penales, confesaran su delito, y con su confesión allanaran el camino para condenar a sus cómplices y compañeros de delincuencia, era un mal desde luego, pero un mal que no pocas veces se puso en práctica, cuando la colectividad atravesaba situaciones apuradas. En estos casos, igual que en todo caso de amnistía, se violaba el orden jurídico y, por consiguiente, el magistrado no podía en rigor conceder semejantes recompensas, sino que estas solo (SIC) podían ser otorgadas por vía legislativa. En un principio se hacía esto siempre a modo de concesiones singulares; pero en los tiempos posteriores se dio una medida general para eximir de pena a los que en las causas de lesa majestad favoreciesen con sus confesiones el castigo de sus cómplices (...)*” Pág. 317.

considerada en función de la justicia penal y que indica el camino menos oneroso en busca de resultados igualmente satisfactorios.¹⁷

En tercer lugar, la incursión del llamado sistema acusatorio en la historia penal colombiana ha generado análisis que cuestionan seriamente su idoneidad desde varios puntos de vista, por ejemplo, desde su integridad funcional y constitucional¹⁸ al igual que el punto de vista de los ejercicios que desafían la cultura republicana del país en materia penal.¹⁹

Mostrándose la actualidad del debate y las fórmulas cómo puede expresarse en el proceso penal que se edifique en cada país o modelo procesal.

1.2. El principio de oportunidad en modelos procesales

La evolución de modelos penales ha ido al lado de la historia al punto que algunos doctrinantes reivindican la superación de la dicotomía entre sistema inquisitivo y acusatorio, con la consecuente mixtura que de ellos pueda originarse y abogan, por ejemplo por la identificación de los principios que finalmente se han desarrollado de manera favorable.

Así por ejemplo Juan Montero Aroca acota las diferencias que tradicionalmente se han expuesto para identificar cada uno de los modelos de enjuiciamiento para concluir que en sí mismos no son reconocibles características de uno u otro sino las propias del proceso, concepción en la cual sólo el denominado acusatorio ostentaría tal categoría por cuanto un proceso se identifica como “*actus trium personarum*”, es decir, “*que ante un tercero imparcial comparecen dos partes parciales, situadas en pie de igualdad y con plena contradicción, y plantean un conflicto para que aquél lo solucione actuando el derecho objetivo*”²⁰

Pese a tal reclamo, no pasa desapercibido cómo en Latinoamérica se sigue situando con gran importancia la caracterización del modelo y con ello, la edificación de ciertas figuras como propias del mismo, por ejemplo, identificando de manera

¹⁷ Al respecto, autores varios. “*Proceso Penal Acusatorio Colombiano*”. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2005. Cfr. Chiesa Aponte Ernesto. “*Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*”. Editorial Forum. 1995.

¹⁸ Véase, Guerrero Peralta Óscar Julián. “*Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Procedimiento Penal*”. Editorial Gustavo Ibáñez. 2007.

¹⁹ Al respecto, Arias Duque Juan Carlos, “*El Sistema Acusatorio Colombiano. Análisis desde su implementación*”. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2006.

²⁰ MONTERO AROCA, Juan. “*Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón*”. Tirant to blanch. Valencia. 1997. Pág. 29

insistente el principio de oportunidad con el sistema acusatorio²¹ y su desarrollo en uno y otro.

“En cuanto a la decisión del Fiscal de investigar o no, los informes nacionales muestran –al menos de hecho- una tendencia hacia la discreción de los fiscales. Esto está expresamente previsto en las jurisdicciones del Common Law²², pero también en las del Civil Law, donde a pesar del principio de mandatory prosecution (procedural legality), se pueden observar varias excepciones al mismo (experiency, opportunity). En ese contexto se discute que las recientes reformas en todo el mundo hayan introducido ciertos mecanismos de negociación (bargain) que permitan concluir el caso con prontitud en base al acuerdo (aggreement) entre el Fiscal y el acusado con o sin participación judicial. Aunque se invoque el cumplimiento estricto del principio de investigación oficial (mandatory prosecution), hay mecanismos de discreción fáctica al existir en la actuación en el sistema de justicia no criminal la posibilidad de acusar toda ofensa sin que importe su gravedad.

Como regla general puede afirmarse que el control fiscal sobre el caso termina con la jurisdicción del tribunal. Muchos modelos prevén un examen judicial del escrito de acusación. Durante el juicio, el Fiscal puede tener la facultad de retirar la acusación sin aprobación judicial, pero no puede para el procedimiento. Esto solo es posible en un estricto sistema contradictorio (adversarial) (proceso de partes) donde la continuación del proceso es de la única responsabilidad de las partes.”²³

Sin embargo, no es posible afirmar que por el manejo que en determinado ordenamiento se de al principio de oportunidad o legalidad se pueda identificar de entrada el modelo de enjuiciamiento penal como acusatorio-adversarial o inquisitivo pues sería tanto como atarlo a uno de aquéllos, cuando, precisamente y de acuerdo con lo expuesto no se permite tal caracterización. Por el contrario, es una figura del Estado que dentro del poder de configuración emplea para ejercer su titularidad de la acción penal y que puede presentarse de diversas formas y con distintas consecuencias.

Con el fin de evidenciar lo anterior, resulta interesante el manejo de la figura analizada en varios ordenamientos que dan cuenta de la manera como se ha

²¹ Frente al sistema acusatorio, véase que autores como Teresa Armenta Deu, aboga más por el concepto de sistema adversarial.

²² Dentro del artículo la distribución corresponde así: i) Common Law: Canadá, Inglaterra y Gales, Israel, Japón/ Corea del Sur, Mauricio, Nigeria, Pakistán, Singapur, Sudáfrica y Estados Unidos de América. ii) Civil Law: a) países con juez de instrucción: Bélgica, Egipto, España, Francia, Holanda, Mali, Ruanda y Senegal; b) países con modelo acusatorio: Alemania, Argentina, Austria, Brasil, Colombia, Costa Rica, la República Checa, Chile, Finlandia, Georgia, Hungría, Italia y Rusia. AMBOS, Kai. “Estatus, función y responsabilidad del Fiscal desde el punto de vista del derecho comparado” en “Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal. Aspectos del derecho Alemán y comparado.” Editorial Jurídica de Chile. Chile. 2007. Véase Págs. 302 y 303

²³ Ibídem Pág. 334 y 335.

incorporado el principio de oportunidad ya sea como principio general (sistema anglosajón) o como excepción (tradición continental europea).

Máxime cuando algunos de esos ordenamientos sirvieron de marco referencial de la Ley 906 de 2004 como los Códigos de Puerto Rico y Chile²⁴, el Estatuto de Roma y, el caso de Alemania como el primer país europeo que implemento el sistema penal acusatorio- adversarial.

1.2.1 Norteamérica- Puerto Rico

Es innegable la conexión²⁵ entre el modelo procesal penal de Estados Unidos de América y Puerto Rico, en tanto, para éste último, una de las fuentes del derecho procesal es la Constitución de los Estados Unidos, especialmente frente a la protección del ciudadano, así como la jurisprudencia e, igualmente, en estos países, las partes procesales se circunscriben al Ministerio Público o Fiscal, juez, acusador y jurado, mientras las demás personas que pueden, eventualmente, comparecer al proceso son calificadas como intervinientes.

En estos modelos nacionales, por ejemplo, el de Puerto Rico, el Ministerio Público no tiene la obligación inexorable de *“procesar a todos los delincuentes por crímenes y delitos que pueda conocer”* (...) *“por el contrario, la justa administración de un sistema constitucional de Derecho le impone deberes con la consecución de la justicia que sobrepasan su obligación primordial”*²⁶ y, en tal línea, *“La obligación de procesar a delincuentes le permite ejercer su discreción en aras de obtener dicho fin. Un ejemplo se nos brinda en la concesión de inmunidad a personas implicadas en la*

²⁴ Así se advierte de la visita de la Comisión de observación a estos países, véase acta 006 de la Comisión redactora en OSORIO ISAZA, Luis Camilo y MORALES MARÍN, Gustavo. *“Proceso Penal Acusatorio. Ensayos y Actas”*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá- Colombia. 2005. Pág. 139

²⁵ *“Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Preámbulo. Nosotros, el pueblo de Puerto Rico, a fin de organizarnos políticamente sobre una base plenamente democrática, promover el bienestar general y asegurar para nosotros y nuestra posteridad el goce cabal de los derechos humanos, puesta nuestra confianza en Dios Todopoderoso, ordenamos y establecemos esta Constitución para el Estado Libre Asociado que en el ejercicio de nuestro derecho natural ahora creamos dentro de nuestra unión con los Estados Unidos de América (...)*

ARTICULO VII DE LAS ENMIENDAS A LA CONSTITUCION Sección 3. Limitación a las enmiendas. Ninguna enmienda a esta Constitución podrá alterar la forma republicana de gobierno que por ella se establece o abolir su Carta de Derechos. Cualquier enmienda o revisión de esta Constitución deberá ser compatible con la resolución decretada por el Congreso de los Estados Unidos aprobando esta Constitución con las disposiciones aplicables de la Constitución de los Estados Unidos, con la Ley de Relaciones Federales con Puerto Rico y con la Ley Pública 600 del Congreso Octogésimo primero, adoptada con el carácter de un convenio.” Véase en <http://www2.pr.gov/SobrePuertoRico/Documents/elaConstitucion.pdf>

²⁶ RESUMIL DE SANFILIPPO, Olga Elena. *“Derecho Procesal Penal. Práctica Jurídica de Puerto Rico”*. Tomo 1. Equito Publishg Company. 1990. Pag. 91

*comisión de delitos a cambio de información que puede llevar a la convicción de otras personas con mayor responsabilidad”*²⁷

Allí, el principio de oportunidad se identifica como instrumento para hacer efectiva la administración de justicia y, de esa manera, mostrar operante el deber de impartir justicia en el referido país.

Punto que se asemeja con el sistema de los Estados Unidos de América, en el que si bien no se habla de principio de oportunidad, sino de *discrecionalidad del acusador (prosecutorial discretion)*²⁸ la idea se mantiene en tanto “*el Estado tiene recursos ‘limitados’, y esa insuficiencia tiene efectos en la forma concreta en que la ley es aplicada*”²⁹; es decir, la idea de imposibilidad de perseguir todas las conductas delictuales y a todos los posibles responsables es dable ante la incapacidad estatal de contar con los recursos humanos, técnicos y financieros para tal propósito de manera que la discrecionalidad se torna en una herramienta del Fiscal quien elegirá qué casos serán objeto de persecución penal.

Para tal fin, básicamente, el Fiscal tiene dos caminos: uno, el de no acusar y otro, el de acusar de manera selectiva. El primero de ellos consiste en que simplemente el ente persecutor decide no acusar pese a la existencia del hecho ilícito sin distinguir de los motivos que lo condujeron a tal omisión y si control jurisdiccional, bajo la idea de división de poderes, en tanto, el acusador pertenece a la rama ejecutiva y no hay un criterio que le indique a la jurisdiccional cómo puede obligarlo a acusar pues de darse se entraría a revisar la actuación mediando una revelación anticipada de las evidencias propias de la investigación.

Tal modalidad es calificada como una causal de exclusión de responsabilidad de facto³⁰ frente a la cual, para algunos, su control es de tipo social porque será la comunidad la que valorará y podrá o no continuar con el respaldo en urnas al representante del ente acusador.

La segunda vía se encamina por la selectividad de los posibles responsables que serían llevados ante los estrados y la cual no tiene objeción alguna salvo la demostración de una discriminación³¹ de quienes son finalmente acusados. En este

²⁷ *Ibíd*em 91

²⁸ Véase MUÑOZ NEIRA, Orlando. “*Sistema penal acusatorio de Estados Unidos.*” Legis Editores S.A. Colombia. 2006. Pág. 195

²⁹ *Ibíd*em

³⁰ Véase *ibíd*em

³¹ Con fundamento las enmiendas V y XIV de la Constitución de los Estados Unidos de América. Enmienda V. “*Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso*”

evento, vuelve a reconocerse la discrecionalidad del ente persecutor en dirigir sus esfuerzos y ejercer su función.

“Si el fiscal tiene causa probable para creer que el sindicado ha cometido un delito definido por la ley, la decisión de acusar o no, y de qué cargos incriminar reposa, enteramente, en su discreción. Claro está, admite la Corte, la discrecionalidad del fiscal está sometida a unos límites constitucionales, uno de los cuales consiste en la igualdad en la aplicación de la ley, que es un elemento del principio del debido proceso de que trata la quinta enmienda. Con base en ese principio, la decisión de acusar no puede soportarse en un estándar injustificado tal como sería la raza, la religión o cualquier otra clasificación arbitraria, pero sobre el acusado pesa la carga de demostrar, con evidencia clara y convincente, que la administración de la justicia criminal se ha dirigido exclusivamente contra una clase particular de personas con un propósito tan inicuo y opresivo que en el fondo implica una denegación del principio de igualdad ante la ley”³²

En la literatura, se asemeja así el modelo referido como de aquéllos en los cuales el principio de oportunidad es la regla general y se sustenta en la idea de justicia bajo criterios de utilidad. Siendo necesario precisar que en este modelo que tradicionalmente se califica como lo más cercano al de enjuiciamiento acusatorio, no es ajeno a críticas, principalmente, la sustracción del enjuiciamiento de la rama judicial a la ejecutiva.

1.2.2. Latinoamérica-Chile

En países latinoamericanos de manera paulatina y a través de la implementación de nuevos Códigos de Procedimiento se ha incorporado el principio y/o criterio de oportunidad como mecanismo reglado que permite la renuncia o interrupción del proceso penal ante la existencia de ciertas circunstancias previstas en la ley.

No sin antes darse la discusión sobre su confrontación con el principio de legalidad procesal³³ y su superación ante nuevas teorías de la pena que llaman la atención en su

legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización”. Enmienda XIV (julio 9, 1868) “1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos. (...)” véase en <http://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>

³² Muñoz. Pág. 207, 208. El autor notó tal conclusión luego de la evaluación del caso *United States v. Armstrong*, fallo 1996.

³³ “como la automática e inevitable reacción del Estado frente a la posible comisión de un delito, concentrada a través de una acción penal que lleva la hipótesis delictiva ante los jueces, requiriendo su investigación, juzgamiento y castigo lícito que resultara hacerse cometido”. GARITA VÍLCHEZ, Ana Isabel. “Ministerio Público en América Latina, desde la Perspectiva del Derecho Procesal

correspondencia con teorías relativas o utilitaristas y, como se mencionó párrafos atrás, ya no reconoce en sí misma a la pena como una consecuencia propia del delito sino su conformidad con la finalidad que asuma en la sociedad que resulte, con justificaciones adicionales, tales como, situaciones de congestión de la administración de justicia y búsqueda de criterios de selectividad que justifiquen la intervención estatal para que lo torne más eficiente³⁴.

En la estructura del procedimiento penal chileno ordinario³⁵ consagrado en su Código Procesal Penal, Ley 19696 (promulgada el 29 de septiembre de 2000, última modificación 2012), se rescata como una de sus características la intervención de la víctima como uno más de los intervinientes³⁶ del proceso o lo que denominaríamos en nuestro país, sujetos o partes procesales, ello por cuanto la acción penal, a diferencia nuestra, se clasifica en pública y privada de acuerdo con el catálogo de conductas punibles que así lo establece³⁷. Para la primera, la acción penal está en cabeza del Ministerio Público (Fiscalía)³⁸, la cual en determinados casos la inicia de oficio o a instancia privada y en cuyo evento vela por la defensa de los derechos de las víctimas; y, la segunda, por la víctima, en los términos concebidos en la legislación³⁹.

Ahora, tratándose de las facultades discrecionales, la doctrina Chilena con apoyo a la legislación vigente identifica no sólo al principio de oportunidad sino igualmente la no iniciación de la investigación (artículo 168), el archivo provisional (artículo 167 inc. 1º) y las salidas alternas, entre ellas, la suspensión provisional del proceso y los acuerdos reparatorios; sin embargo, haciendo precisión frente a los matices que caracterizan cada una de ellas y rescatando sus efectos frente al principio de legalidad procesal, la selección de casos, descongestión judicial o finalización del procesos por vías diferentes.

Y de manera particular, el principio de oportunidad (denominación que se acoge en esta legislación) es procedente tratándose de la acción pública por cuanto, en la privada, la renuncia a la acción aparece prevista como un acto de disposición de la víctima que la intenta; y se erige como asunto reglado al proceder sólo en las circunstancias contempladas en la Ley, es decir, acoge el modelo de discrecionalidad reglada o restringida⁴⁰ desarrollado básicamente en los países de tradición europeo-continental recogido en las reformas emprendidas en Latinoamérica.

Moderno, (Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Panamá)”, ILANUD- Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y tratamiento del delincuente. San José de Costa Rica. 1991. Pág. 75

³⁴ *Ibidem*

³⁵ Debe tenerse presente que se contempla el procedimiento abreviado.

³⁶ Artículo 12 Código Procesal Penal de Chile

³⁷ Artículo 53 y ss. *ibidem*

³⁸ Artículo 77.- Facultades. Los fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley. (...) en concordancia con el 172 *ejusdem*.

³⁹ Artículo 108

⁴⁰ Véase DUCE J. Mauricio, RIEGO R. Cristian. *“Proceso Penal”*. Editorial Jurídica de Chile. Chile. 2007. Págs. 194 y ss.

Dicha figura está prevista en los artículos 166⁴¹ y 170⁴² del Código Procesal Penal y se establece bien para la iniciación de la persecución penal o para su abandono cuando ya se inició y, a diferencia de la legislación Colombiana, la suspensión del procedimiento corresponde a otra figura expresamente regulada.

Que se da como una medida susceptible en casos de mínima entidad penal, en otras palabras, se establece para aquéllos que son de una gravedad muy reducida y no comprometen el interés público, cláusula que impide su operatividad respecto de “delitos que tenga una pena mínima superior asignada por la ley a la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo”⁴³ y “delitos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, no importando la penal asignada al delito por la ley”⁴⁵

Frente a esta situación Mauricio Duce y Cristian Riego sostienen que detrás de tal selección están “razones de conveniencia social que permiten al sistema excluir casos en los que no resulta político- criminalmente adecuado continuar con la persecución penal”⁴⁶

De igual forma, se reconoce la necesidad de un control dadas las implicaciones que frente a la víctima y la opinión pública pueden sobrevenir con la extinción de la acción penal, lo cual se hace mediante el procedimiento judicial ante el Juez de Garantías en punto a su legalidad.

⁴¹ “Artículo 166.- Ejercicio de la acción penal. Los delitos de acción pública serán investigados con arreglo a las disposiciones de este Título. Cuando el ministerio público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley.

Tratándose de delitos de acción pública previa instancia particular, no podrá procederse sin que, a lo menos, se hubiere denunciado el hecho con arreglo al artículo 54, salvo para realizar los actos urgentes de investigación o los absolutamente necesarios para impedir o interrumpir la comisión del delito.

(...)

⁴² Artículo 170.- Principio de oportunidad. Los fiscales del ministerio público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiere gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

(...)

⁴³ Es decir 541 días a 3 años, delitos bagatelares. HORVITZ LENNON, María Inés. LÓPEZ MASLE, Julián. “Derecho Procesal Penal Chileno”. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Chile. 2007. Pág. 51

⁴⁴ DUCE J. Mauricio, RIEGO R. Cristian. “Proceso Penal”. Editorial Jurídica de Chile. Chile. 2007. Págs. 212

⁴⁵ Ibídem. Pág. 213

⁴⁶ Ibídem

Siendo preciso rescatar para el tema objeto de investigación, que la normativa analizada permite la intervención de la víctima a través de dos vías, la primera, manifestándose ante el Juez dentro del término para que evalúe la legalidad de la decisión del Ministerio y que obliga al funcionario a dejar sin efecto la decisión adoptada y a continuar con la investigación, denotándose en este evento prelación del interés de la víctima.

La segunda opción es acudir ante el superior del Fiscal del caso luego de vencido el término de 10 días y el cual supone el estudio del cumplimiento de las directrices que el Ministerio Público establece para el empleo del principio, al buscarse coherencia con la política de la institución.

Frente a este punto, se precisa que en Chile está condicionado el empleo del instituto a las instrucciones que el Fiscal Nacional con arreglo a la Ley 19.640 y Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, sin que se pueda perder de vista que el principio de legalidad procesal que se contempló en la Constitución Política de la República de Chile en su artículo 83⁴⁷

1.2.3. Europeo- Alemania

El proceso Alemán establece el principio de oficialidad como complemento del principio de legalidad, según el cual, la persecución penal es exclusiva del Estado y debe intervenir ante *“sospecha de acciones punible, de hacer las averiguaciones correspondientes y en caso de existir suficientes indicios objetivos de criminalidad, presentar la correspondiente acusación”*⁴⁸

Para delitos menores rige el principio de oportunidad, según el cual es facultativo el inicio de las averiguaciones o presentar la acusación o informar a los involucrados la posibilidad de adelantar una acción penal privada. Igualmente, se prevé la figura de la suspensión el proceso con autorización del Tribunal en casos de culpa leve.

En efecto, en Alemania como hito del sistema procesal continental europeo⁴⁹ se consagra el principio de oportunidad reglado, pese a la importancia del principio de

⁴⁷ “Artículo 83. Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales (...)” http://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica_2009.pdf Consultado 28 de septiembre de 2012.

⁴⁸ SCHÖNBOHM, Horst – LÖSING, Norbert. “El Proceso Penal, principio acusatorio y oralidad en Alemania” en “Sistema Acusatorio, Proceso Penal, Juicio Oral en América Latina y Alemania” Textos Ágora. Caracas. 1995. Pág. 50

⁴⁹ Así lo admite Claus Roxin

obligatoriedad, y el deber de obtener la verdad y la justicia pues la fiscalía no es parte sino un actor imparcial que debe procurar tales fines.

De acuerdo con la Ordenanza procesal penal, el proceso penal Alemán es calificado como un “*procedimiento acusatorio con principio de investigación*”⁵⁰ que combina rasgos del procedimiento acusatorio, particularmente, estatuye la división entre las actividades de investigación y juzgamiento en dos autoridades, pero al tiempo del inquisitivo, dado que se está en imposibilidad de disponer de la investigación y la fiscalía no es parte pues le obliga investigar lo favorable al presunto infractor; se caracteriza entonces como un proceso mixto en el que el proceso ordinario se compone de dos fases, un procedimiento instructivo (§151- §177) y un procedimiento judicial (principio acusatorio).

Básicamente:

“La Fiscalía decide entonces en base a los resultados de las investigaciones policiales, si éstas proporcionan ‘motivos suficientes para la promoción de la acción pública’ (§170I). Ello presupone que no exista un pronunciamiento procesal, que no quepa –como excepción al principio (§152II) –un sobreseimiento por razones de oportunidad (§153 y ss) o –como excepción al principio oficial- la acción privada (§376), y exista una sospecha fáctica suficiente.

*Si están dados estos presupuestos, la Fiscalía promoverá la acción pública (un mandato penal o el enjuiciamiento en procedimiento acelerado). De lo contrario suspenderá el procedimiento conforme al §170II (por razones fácticas o jurídicas) o §153 y s. (por razones de oportunidad). Con la primera declaración basada en una sospecha concreta el inculpado obtiene los derechos de defensa y de negarse a declarar.”*⁵¹

El ente acusador es un órgano independiente de la administración de justicia que se encuentra en el intermedio entre la rama judicial y ejecutiva del poder y al cual no se le puede calificar como autoridad jurisdiccional o administrativa; además, no se cualifica como parte, sino como sujeto dentro del proceso penal al tener la una obligación con *la verdad y la justicia*⁵², pero, a su vez, dispone de derechos autónomos en el procedimiento⁵³ que se pueden ver reflejados en el principio de objetividad o de investigación integral que dirige su accionar.

⁵⁰ ROXIN, Claus. “*Derecho Procesal Penal*”. Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. 2000. Pág. 53

⁵⁰ Al igual que el imputado, defensa, el tribunal y el ofendido. Véase ibídem pág. 123

⁵¹ AMBOS, KAI. “*Proceso Penal Alemán, Procedimientos Abreviados y la reforma en América Latina*” en “*Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal. Aspectos del Derecho Alemán y comparado.*” Editorial Jurídica de Chile. Chile. 2007. Pág. 244 y 245

⁵² Véase ROXIN, Claus. “*Derecho Procesal Penal*”. Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. 2000. Pág. 53

⁵³ Al igual que el imputado, defensa, el tribunal y el ofendido. Véase ibídem pág. 121

Ahora, dentro de los principios del derecho procesal penal, Claus Roxin, identifica el principio de oficialidad como uno de los que domina la iniciación del procedimiento, previsto en el § 15, I de la Ordenanza Procesal Penal y según el cual *“El Estado no tiene únicamente la pretensión penal material, sino también el derecho y la obligación de perseguir penalmente. El realiza su pretensión penal por sí mismo, es decir, sin consideración a la voluntad del ofendido; interviene de oficio en todos los hechos punibles”*⁵⁴ y donde la *“razón de esta regulación es el interés público en que los hechos punibles no queden sin persecución”*⁵⁵.

Lo anterior, no sin olvidar que en Alemania existen delitos dependientes de instancia privada en los cuales la Fiscalía no puede ejercer la acción penal sin que se haya impetrado por el afectado, pero no le impide al investigador adelantar averiguaciones preliminares, y que aparecen otras que, por especial interés público pueden ser adelantadas pese a que se consideran de instancia privada.

Así mismo, están los delitos sometidos a antejuicio o autorización especial, que particularmente tienen que ver con delitos de contenido político, así como los delitos de acción privada donde es el ofendido quien ejerce y actúa en el proceso penal. Categorías todas que están restringidas a las conductas establecidas de manera taxativa en su normatividad.

En tal camino, el principio de legalidad para el autor Alemán es la obligación de perseguir y acusar por parte de la Fiscalía pues *“debe realizar investigaciones cuando existe la sospecha de que se ha cometido un hecho punible y, por otra parte, que está obligada a formular la acusación cuando después de las investigaciones sigue existiendo esa sospecha vehemente”*⁵⁶ y frente al cual, cataloga como su antítesis el principio de oportunidad.

Tal principio se encuentra en los § 152 II, §170, I y §13 de la Ordenanza Procesal y tiene medio para su promoción, este es, el *“procedimiento para compeler la promoción de la acción pública”*⁵⁷

Sin embargo, como se dijo atrás, el modelo procesal penal de Alemania admite el principio de oportunidad y lo maneja bajo la figura del sobreseimiento⁵⁸ en cuatro casos⁵⁹:

⁵⁴ ROXIN, Claus. *“Derecho Procesal Penal”*. Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. 2000. Pág. 83

⁵⁵ *Ibidem*

⁵⁶ *Ibidem*. Pág. 89

⁵⁷ Tal procedimiento le da *“la posibilidad al ofendido de que un tribunal independiente examine el cumplimiento del principio de legalidad por parte de la fiscalía. (...) se la puede obligar, de este modo, a promover una acusación que se opone a su propia convicción”* *Ibidem*. Pág. 341

⁵⁸ Forma de concluir con la investigación. Véase, Claus. *“Derecho Procesal Penal”*. Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. 2000. Pág. 335

⁵⁹ ROXIN, Claus. *“Derecho Procesal Penal”*. Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. 2000. Pág. 90

- a) cuando el reproche por el delito es insignificante y no existe ningún interés en la persecución penal;
- b) cuando el interés en la persecución penal puede ser satisfecho de otro modo;
- c) cuando a él le son opuestos los intereses estatales prioritarios; o
- d) cuando el ofendido puede llevar adelante por sí mismo la persecución penal.

Decisión que si bien puede pensarse está en cabeza del sujeto procesal no es así, ya que, por ejemplo, presentada la acusación, será el Tribunal quien tendrá que avalarla - tratándose de delitos contra la seguridad del Estado-, incluso, en algunos casos se requiere de la autorización del procesado.

Por lo que los efectos de tal determinación son variados ya que algunas veces adquiere la fuerza de cosa juzgada material o limitada y se puede retomar la actuación; es más, como se anotó párrafos atrás, existe un procedimiento para provocar la promoción de la acción.

1.2.4 Transnacional- Corte Penal Internacional

En el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Naciones Unidas de 1998 no se encuentra como en los códigos nacionales la denominación de principio de oportunidad como facultad discrecional, sin embargo, dentro de sus normas se identifica la posibilidad del fiscal⁶⁰ de no proceder a la investigación o reconsiderar el inicio o enjuiciamiento de las conductas ante la presencia de nuevos hechos o informaciones como se observa del artículo 53⁶¹ de tal normatividad.

⁶⁰ Artículo 42 Estatuto de Roma. "1. La Fiscalía actuará en forma independiente como órgano separado de la Corte. Estará encargada de recibir remisiones e información corroborada sobre crímenes de la competencia de la Corte para examinarlas y realizar investigaciones o ejercitar la acción penal ante la Corte. Los miembros de la Fiscalía no solicitarán ni cumplirán instrucciones de fuentes ajenas a la Corte. (...)"

⁶¹ "Artículo 53. Inicio de una investigación

1. El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si:

- a) La información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte;
- b) La causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17;
- c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia.

El Fiscal, si determinar que no hay fundamento razonable para proceder a la investigación y la determinación se basare únicamente en el apartado c), lo comunicará a la Sala de Cuestiones Preliminares.

2. Si, tras la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, ya que:

- a) No existe una base suficiente de hecho o de derecho para pedir una orden de detención o de comparecencia de conformidad con el artículo 58;
- b) La causa es inadmisibile de conformidad con el artículo 17; o

Lo que en principio permite afirmar que hay una manifestación de la figura analizada, empero, hay que ser claro que tal opción no es de disponer de la acción en sentido estricto sino se muestra como consecuencia de no encontrar satisfechos los supuestos que la misma normativa consigna⁶², ello, dada la naturaleza del tribunal transnacional en tanto busca precisamente sancionar las conductas que atentan en contra de la humanidad en casos donde el Estado no ha actuado⁶³, sin que con ello se admita, claro está, la aplicación del principio de oportunidad como sinónimo de impunidad.

c) El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen; notificará su conclusión motivada a la Sala de Cuestiones Preliminares y al Estado que haya remitido el asunto de conformidad con el artículo 14 o al Consejo de Seguridad si se trata de un caso previsto en el párrafo b) del artículo 13.

3. a) A petición del Estado que haya remitido el asunto con arreglo al artículo 14 o del Consejo de Seguridad de conformidad con el párrafo b) del artículo 13, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá examinar la decisión del Fiscal de no proceder a la investigación de conformidad con el párrafo 1 o el párrafo 2 y pedir al Fiscal que reconsidere esa decisión;

b) Además, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá, de oficio, revisar una decisión del Fiscal de no proceder a la investigación si dicha decisión se basare únicamente en el párrafo 1 c) o el párrafo 2 c). En ese caso, la decisión del Fiscal únicamente surtirá efecto si es confirmada por la Sala de Cuestiones Preliminares.

4. El Fiscal podrá reconsiderar en cualquier momento su decisión de iniciar una investigación o enjuiciamiento sobre la base de nuevos hechos o nuevas informaciones."

⁶² José Fernando Mestre Ordóñez, lo identifica como discrecionalidad técnica. Véase "La discrecionalidad para acusar" Edición 2011 Pág. 177

⁶³ Estatuto de Roma. Preámbulo "...Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad,

Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia,

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes,

Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales,

Reafirmando los Propósitos y Principios de la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, que los Estados se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas,

Destacando, en este contexto, que nada de lo dispuesto en el presente Estatuto deberá entenderse en el sentido de que autorice a un Estado Parte a intervenir en una situación de conflicto armado o en los asuntos internos de otro Estado,

Decididos, a los efectos de la consecución de esos fines y en interés de las generaciones presentes y futuras, a establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto,

Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales,

Decididos a garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera."

Verse

en

Y sin desconocer la trascendencia de la política criminal porque, el último de los casos si hace referencia al fin de la investigación, esto es, *el interés de la justicia*⁶⁴ teniendo en cuenta la gravedad de la conducta y los intereses de las víctimas.

Lo anterior, susceptible de revocatoria por petición del Estado solicitante o, incluso, de oficio por la Sala de Cuestiones Preliminares, cuerpo que adelanta un control automático sobre tal determinación.

1.3. El Principio de Oportunidad en Colombia

1.3.1 Antecedentes del Principio de Oportunidad en el Sistema Penal Colombiano

La figura de la oportunidad fue introducida bajo la fórmula de principio en la Constitución Política de Colombia con el Acto Legislativo No. 03 de 2002 en el momento de anunciar las funciones de la Fiscalía General de la Nación, entre ellas, la obligación de ejercer la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de delito de los cuales tiene conocimiento, para, a renglón seguido, caracterizarlo, a grandes rasgos, como la posibilidad de que en casos establecidos en la ley, dentro del marco de política criminal del Estado, se suspenda, interrumpa o renuncia a la persecución penal.

Es decir, el Legislador al momento de pensar en la reforma para modificar el modelo de enjuiciamiento de nuestro país, advirtió la necesidad de replantear la titularidad de la acción penal en cabeza del Estado y de manera particular, en la Fiscalía General de la Nación para darle herramientas de trabajo dentro de un sistema con tendencia acusatoria en donde adquiere un rol diferente al que venía desempeñando.

Sin embargo, si bien aparece novedosa la mención al principio de oportunidad en la Constitución de 1991, no lo es menos que la doctrina a partir del estudio de las normatividades anteriores o antecedentes a reformas que se intentaron precisamente con el interés de implementar el modelo de enjuiciamiento acusatorio previo a la Ley 906 de 2004, ha encontrado figuras procesales que se asemejan a aquél y lo asimilan a institutos de terminación anticipada del proceso con intervención del representante del Estado.

En tal sentido, el doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau⁶⁵ señaló que es posible encontrar en nuestra normatividad indicios del mismo, entre ellos:

http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/estatuto_roma_corte_penal_internacional.html

⁶⁴ Literal c, numeral 1, artículo 53 Estatuto de Roma

⁶⁵ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. “*La oportunidad como principio complementario del proceso penal*”. Ediciones Nueva Jurídica. Segunda Edición. Bogotá- Colombia. 2007.

- El artículo 143 de la Constitución Política de 1886
- La reforma Constitucional de 1978, con la cual se intentó la introducción de un sistema con tendencia acusatoria.
- Los juicios contra personalidades con altos cargos políticos (impeachment)
- La Terminación abreviada del proceso penal

En esta última línea encuentra figuras tales como la sentencia anticipada y la audiencia especial.

Alfonso Daza González⁶⁶, por su parte, reconoce la iniciativa de Asamblea Nacional Constituyente de 1977 impulsada por Alfonso López Michelsen y el Acto Legislativo 1 de 1979 del Gobierno de Julio César Turbay Ayala que fueron declaradas inexequibles por Corte Suprema de Justicia, quien entonces, ejercía el control constitucional; así como, la propuesta fracasada del Gobierno Nacional en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 que buscó la aplicación del sistema a ciertos delitos sin que tuviera un eco exitoso al finalmente acogerse un procedimiento con clara tendencia inquisitiva.

Igualmente, se pueden encontrar antecedentes del principio de oportunidad en los acuerdos que se podían llegar con la víctima en caso de que fuera querellable, condición que se ha repite en nuestras codificaciones penales y que dan cuenta de la entidad o gravedad con la cual se ha legislado determinadas conductas, por ejemplo, se advierte en el decreto 2700 de 1991 artículo 38 que con la reforma realizada con la Ley 81 de 1993 se mantuvo e incluso fueron desarrollados puntos a los cuales en su momento no se les vinculó o relacionó con principio objeto de análisis, sino como se ha indicado, básicamente, con la terminación anticipada del proceso o con beneficios por colaboración con la justicia que se han reproducido con algunas variaciones en la legislación del año 2000.

Es más, en el Código de 1936 se establecía el perdón judicial como facultad de renunciar a la imposición de prisión o arresto, en su artículo 364 o, las figuras de amnistía o indulto regulados actualmente en los artículos 150 numeral 7 y 201 numeral 2 de la Constitución Política y finalmente consignados en del Código Penal, artículo 82 y 88 como formas para extinguir la acción penal o la pena (respectivamente) y que, fundamentalmente tienen su soporte en graves motivos de conveniencia pública y delitos de carácter político⁶⁷

Igualmente, en la Ley 599 de 2000, inciso segundo, se puede ver un antecedente al menos en lo atinente a la pena, en casos donde exclusivamente los efectos del delito culposo o con pena no privativa de la libertad han alcanzado al autor o sus

⁶⁶ DAZA GONZALEZ, Alfonso. *“La Discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal”*. Universidad Libre de Colombia. Primera Edición. Bogotá- Colombia. 2011. Pág. 67

⁶⁷ un recuento sobre amnistías e indultos en nuestro país lo podemos encontrar en AFANADOR ULLOA, Miguel Ángel. *“Amnistías e indulto: la historia reciente (1948-1992)”*. Escuela Superior de Administración Pública- ESAP. Colombia. 1993

ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptantes o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se puede prescindir de su sanción por el sistema penal.

De manera que sólo fue hasta la modificación de origen legislativo a la Carta Constitucional que apareció de manera concreta el referido principio de oportunidad, el que a su turno, ha servido para que se califique la introducción del modelo de enjuiciamiento acusatorio, pues de la lectura del mismo articulado no aparece mención a ello sino se varió y precisó el nuevo rol de la Fiscalía General de la Nación y sus atribuciones como titular de la acción penal.

1.3.2 El principio de oportunidad en el sistema penal con tendencia acusatorio colombiano

El Acto Legislativo 03 de 2002, que modificó 250 de la Constitución Política, estableció el principio de oportunidad de la siguiente forma:

“Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. (...)” Subrayas fuera del texto.

A su turno, en la Ley 906 de 2004 -proferida con ocasión del anterior Acto- no se instauró el concepto de principio de oportunidad, se optó por dar simplemente pautas para su uso dentro de una concepción reglada y excepcional del principio de legalidad u obligatoriedad⁶⁸ al aparecer sujeta la renuncia, suspensión o interrupción a “...los términos y condiciones previstos en este código.”⁶⁹

Empero, fue con la reforma realizada con la Ley 1312 de 2009⁷⁰ que el legislador lo definió como facultad constitucional de la Fiscalía, en la cual, pese a aparecer posible la persecución delictual se puede renunciar, suspender o interrumpirla, siempre y cuando apareciera una causal legal y por razones de política criminal.

⁶⁸ Así lo advierte ARIAS DUQUE, Juan Carlos. “El Sistema Acusatorio Colombiano: análisis desde su Implementación”. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá. 2006.

⁶⁹ Artículo 324, Ley 906 de 2004

⁷⁰ Artículo 1º, Ley 1312 de 2009

Cuerpo legal que aclaró la fase procesal hasta la cual es posible la aplicación del instituto en comento y expuso nuevas causales⁷¹, entre ellas, la referida a desmovilizados de grupos al margen de la ley declarada inexecutable⁷² al reconocerse precisamente la importancia de los derechos de las víctimas dentro del conflicto armado interno.

Además, de la nueva enumeración de causales –motivos por los cuales únicamente se puede suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal- llaman no sólo la atención aquellas donde la reparación⁷³ a la víctima (dentro la trilogía: verdad, justicia y reparación) o la custodia de su interés son tenidos en cuenta, sino las que no dice nada, resaltándose las últimas, un vacío en el análisis de intervención de aquella en el procedimiento.

Y un poco más interesante aparece el contenido del artículo 325, modificado por la referida ley 1312, pues en éste se eleva la importancia de la víctima como interesado en el ejercicio de la acción penal y el acuerdo al que se puede llegar con el victimario para la suspensión de la acción penal. Se muestra en esta norma cómo es importante la planeación de la reparación al sujeto victimizado (por cualquiera de las vías posibles, material o simbólicamente) y su consulta, como supuesto previo para la aplicación del principio en casos de suspensión de la acción y, eventualmente, superado el plazo y satisfechos sus presupuestos o condicionamientos, su renuncia.

Así aparecen dos de los puntos trascendentales para el presente estudio: i) la política criminal⁷⁴ y, ii) los derechos de las víctimas. Frente al primero, con los matices que esta pueda tener dentro de la configuración legislativa e intervenciones de diferentes actores institucionales o sociales de acuerdo con las facultades que así lo permitan y dentro de los cuales se destacada desde ya, la Fiscalía General de la Nación; y, el segundo, dada su participación en la actuación. En efecto, la aludida reforma habló de la intervención de la víctima en la audiencia de control judicial por el Juez de Control de Garantías, particularmente, lo relativo a la contradicción de la prueba, empero, parece que nuevamente se incurre en la omisión que da lugar al problema de investigación y son los efectos de tal prerrogativa.

En el artículo 327 de la Ley 906 de 2004 –modificado-, el asunto es llevado ante el Juez de Control de Garantías, audiencia de control obligatorio y automático, y establece la presencia de la víctima y del Representante del Ministerio Público así como la posibilidad de controvertir la prueba, pero sin fijar un peso diferente a la que pueda tener sobre la valoración general de la prueba en el procedimiento o, referir en que puntual asunto puede tener incidencia, por ejemplo, en los supuestos mínimos de responsabilidad o sobre el plan de reparación integral.

⁷¹ Véase Ley 1312 de 2009.

⁷² Corte Constitucional, Sentencia C-936-10

⁷³ Causales: 1, 7, 13, 14, 16

⁷⁴ Artículo 321, Ley 906 de 2004

Entonces, si de manera genérica en el artículo 11 de la Ley 906 de 2004 se había contemplado la reconsideración de los intereses de la víctima al adoptar una decisión discrecional –palabra que emplea el Código- y a su turno fijar su representación por la Fiscalía General de la Nación, cuál podría ser la razón de fijar su participación – artículo 328 ejusdem-.

A grandes rasgos esos fueron las directrices que el legislador previó para la aplicación del principio de oportunidad, sin embargo, asumió que correspondía al ente investigador expedir la reglamentación que al interior de la entidad hiciera posible su aplicabilidad, punto que no fue pacífico, ya que se sometió a consideración de la Corte Constitucional, tal delegación.

Ello, no solo desde un punto de vista de la actuación administrativa, dirigida a la estructura interna, sino, igualmente, conforme a los fines propios de la figura, así se mencionó:

"Tanto el reglamento que deberá expedir el Fiscal General para asegurar la aplicación del principio de oportunidad, como el manual que fije las directrices para el funcionamiento interno de la mediación y en general de los programas de justicia restaurativa, están limitados en su alcance por las finalidades que a estos instrumentos les asigna la Constitución y la Ley . Así lo establece explícitamente el artículo 330 al señalar que el objetivo del reglamento es “asegurar que la aplicación del principio de oportunidad cumpla con sus finalidades y se ajuste a la Constitución y a la ley”.

Y aunque el artículo 527 no trae una explícita referencia al respecto, es claro que la reglamentación interna de la actuación de la Fiscalía en materia de justicia restaurativa debe tener como referente obligado las finalidades y el marco que la Constitución y la ley le dan a estos instrumentos de política criminal.”⁷⁵

Y maneja su vinculación a la política criminal, parte integral de la estructuración del Estado y en donde se le reconoce como un actor que participa de la misma en su creación y ejecución.

En efecto, la ley penal es parte integral de la política criminal estatal y el Fiscal General, como representante de la Fiscalía General de la Nación, está sujeto a los lineamientos que en ella se impongan, por manera que la reglamentación que expida debe acompasarse con sus fines, sin ello, suponga un desconocimiento de sus facultades directivas, administrativas y de control.

Es así como sus directrices deben aparecer de manera armónica y velar por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el ordenamiento penal, es especial,

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-979 de 2005

la Constitución, que el impone, por ejemplo, la protección de las víctimas de manera directa o a través de medidas solicitadas ante autoridad judicial.

“En consecuencia, encuentra la Corte que los deberes de reglamentación, general e interna, que las normas acusadas imponen al Fiscal General de la Nación en materia de aplicación del principio de oportunidad y funcionamiento de la justicia restaurativa, encuentran pleno respaldo en la Carta como medios de promover valores en ella establecidos como el principio de competencia preferente, el principio de unidad de gestión y jerarquía (Art. 251.3 CP), el principio de igualdad en su expresión de igualdad de trato ante la ley (Art.13 CP), y el deber de promoción y protección de los derechos de las víctimas que el orden jurídico radica en el Fiscal y sus agentes.”⁷⁶

Es así como, se insiste, aparece la protección de la víctima y sus derechos vinculada a la Fiscalía General de la Nación y a la política criminal del Estado que se refleja, de alguna manera, en sus directrices.

Se podría afirmar que al ser la Fiscalía General de la Nación uno de los partícipes de la elaboración de políticas públicas en materia criminal o de la política criminal del Estado⁷⁷, es razonable que lo precisara a través de reglamentos.

Posición presentada por el profesor Alejandro David Aponte, al indicar:

“Son relaciones y tensiones que exigen, además, indagar siempre sobre aquellos hechos que inciden en las propuestas político-criminales que impulsa la misma Fiscalía. Aquí surge un asunto interesante: la Fiscalía no es en sí misma un órgano legislativo, pero ella presenta propuestas de reforma y muy comprehensivas, se trata de verdaderos códigos. Así, no sólo ejecuta decisiones político-criminales una vez que el legislador ha establecido criterios macro de actuación de la ley, sino que interviene directa y decididamente en los procesos de elaboración de la misma ley. Esto le otorga un inmenso poder y, se trata, también y desde luego, de un tema fundamental desde la perspectiva constitucional, desde la perspectiva misma de la separación de las ramas o instituciones del poder público.”⁷⁸

Sin embargo, consideró que en ello no se puede entender agotada tal temática.

Ahora, dentro de la normatividad interna se resaltan las Resoluciones 0-6657 del 30 de diciembre de 2004 (suscrita por Luis Camilo Osorio Isaza), 0-6618 de 2008, por medio de las cuales se destaca un Fiscal para conocer del principio de oportunidad,

⁷⁶ Corte Constitucional, Sentencia C- 979 de 2005

⁷⁷ Igualmente la Corte Suprema en sentencia 29183, del 18 de noviembre de 2008, instó al ejercicio de herramientas de terminación anticipada de acuerdo a la política estatal.

⁷⁸ APONTE, Alejandro David. “Principio de oportunidad y política criminal de la discrecionalidad técnica a la discrecionalidad política reglada”. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial ‘Rodrigo Lara Bonilla’ 2010. Págs. 45 y 46

tratándose de desmovilizados (suscrita por Mario Germán Iguarán Arana), Resolución 0-3884 De 2009 (suscrita por Mario Germán Iguarán Arana), donde se reglamentó algunos puntos administrativos. En este último sentido podemos encontrar otras resoluciones, pero que, en lo sustancial, no aportan nada a la comprensión del instituto.

Precisamente esta entidad elaboró un manual⁷⁹ tendiente a la fijación de pautas claras para sus funcionarios en la aplicación del principio, reconociendo, no sólo su fin como instrumento de política criminal sino el deber de procurar la verdad a través de la comprobación de la conducta ilícita, así como la protección de los derechos de las víctimas que pueden verse involucrados y que deben ser garantizados.

Y, tratándose de la política criminal, menciona el doctor Carlos Arturo Gómez, que en el modelo estatal liberal, el principio de legalidad no permitía un manejo flexible del mismo⁸⁰.

A lo que agrega, que en el modelo social de derecho con intervención del Estado, las políticas públicas son modulables y deben centrarse en la protección de derechos fundamentales, en particular, de la dignidad humana.

El hecho de que dentro este nuevo modelo entren tendencias eficientistas y de descongestión judicial, en nuestro medio, no se pudo pasar por alto el principio de legalidad, por lo que su mirada no debería ser incomprensible.

1.3.4 Tipo de principio de oportunidad establecido en nuestro modelo penal

Previo a ello hay que hacer una breve referencia a las concepciones que dentro del principio de oportunidad se han elaborado, abordando desde el mayor o menor grado de discrecionalidad del encargado de la persecución penal, es decir, del principio de oportunidad no se puede hablar de una manera uniforme, toda vez que depende del sistema procesal así como la manera como se desarrolla y se adquiere su definición.

Así, el doctor Gómez Pavajeau, refiriendo a Ruíz Badillo⁸¹ señaló que con la introducción de expresiones como "*oportunidad libre y reglada*" los sistemas de enjuiciamiento de tipo continental ante una mirada de desconfianza, adoptaron la última y la construyeron como una excepción con lo cual devino la imposición de reglas para su funcionamiento.

⁷⁹ BEDOYA SIERRA, Luis Fernando, GUZMÁN DÍAZ, Carlos Andrés y VANEGAS PEÑA, Claudia Patricia. "*Principio de Oportunidad. Bases conceptuales para su aplicación*". Fiscalía General de la Nación. www.fiscalia.gov.co - 2010

⁸⁰ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. "*La oportunidad como principio complementario del proceso penal*". Ediciones Nueva Jurídica. Segunda Edición. 2007. Bogotá- Colombia. Pág. 102

⁸¹ *Ibidem*. Pág. 63

Tema complejo, pues en el se encierra el debate relativo a la comprensión de la oportunidad como principio autónomo que se contrapone al principio de legalidad o sí es una extensión de éste, como lo entiende el autor, sin que sea aquél el tema de la presente investigación, lo cual no supone su falta de relevancia.

Retomando el tema, se pueden enunciar dos sistemas⁸²: abierto y cerrado, cuya caracterización se puede señalar así.

- Abierto

Según el doctrinante, el principio de oportunidad responde a "*criterios extensivos e intensivos que desde la óptica de la legalidad limitan la discrecionalidad*"⁸³ y en ella adquiere una "*connotación fundante*", de esta manera, la actuación procesal estaba atravesada por facultades discrecionales.

Sin que del todo lo desligue a los sistemas procesales de determinado país, pues advierte que el delegado del ente instructor debe ser parte de una rama del poder público, acogiendo lo expresado en la obra por los profesores Forero Ramírez y Bazzani Montoya.

Importante para este estudio, entonces, es llamar la atención sobre cómo en un modelo como el procesal angloamericano no existe en sentido estricto un concepto del principio de oportunidad sino como se indicó en el acápite pertinente, la discrecionalidad del Fiscal en la promoción o no de la acción penal⁸⁴ por tanto se dice por la doctrina que "*ni la víctima, ni el tribunal, ni siquiera el gran jurado pueden limitar realmente la actividad discrecional del Fiscal*"⁸⁵

- Cerrado

Se hace su caracterización así "*se rigen por criterios de extensividad e intensidad que limitan la legalidad estricta y cerrada en el ejercicio de la acción penal, esto es, si bien no impera una general- generalizada aplicación de la discrecionalidad como en los abiertos, si podemos entender que los grados de aplicación pueden oscilar entre un mínimo y una amplia aplicación, que supere la idea de instituto de operatividad excepcional como ha venido haciendo carrera en nuestro medio*"⁸⁶

⁸² Ibídem. Pág. 64

⁸³ Ibídem

⁸⁴ GUERRERRO PERALTA, Oscar Julián. "*Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*". Editorial Ediciones Nueva Jurídica. 2007. Pág. 128 y ss. Pero es de anotar que en esta obra se reconoce que la discrecionalidad a la cual se refiere no necesariamente es ilimitada en tanto, reconoce un autocontrol bajo el supuesto del éxito de la acusación.

⁸⁵ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. "*La oportunidad como principio complementario del proceso penal*". Ediciones Nueva Jurídica. Segunda Edición. 2007. Bogotá- Colombia. Pág. 67

⁸⁶ Ibídem

En nuestro medio -y como ya se advirtió- el doctor Carlos Pavajeau considera que el principio de oportunidad hace parte del principio de legalidad y en ello llama la atención para su interpretación y comprensión.

Por otra parte, aparece en la literatura otra clasificación del principio de acuerdo con el grado de discrecional en el ejercicio de la acción penal: libre o amplio, facultativo y reglado.

- Principio de oportunidad libre o amplio.

El poder discrecional está en el Ministerio Público o el Fiscal que le permite decidir si inicia o no la persecución penal o desiste de la misma sin parámetro alguno –Ley o Tribunal- y generalmente se relaciona con directivas de política criminal estatal que se expiden. Se menciona como propio del sistema acusatorio anglosajón así como su contraposición al principio de legalidad.

- Principio de oportunidad facultativo

La legislación consagra algunos condicionamientos de tipo general sin causales o precisión sobre en qué casos procede, dejando un amplio margen de discrecional para resolver si se aplica o no.

- Principio de oportunidad reglado

En estos casos, la ley de manera expresa regula los casos en los cuales puede aplicarse el principio de oportunidad, no hay mayor contraposición entre él -como facultad discrecional- y el principio de legalidad como quiera que finalmente este se sobrepone y resalta, lo cual se verifica a través de un control de legalidad.

Este último es el acogido por nuestro sistema penal acusatorio, en donde el legislador se ha preocupado por dejar claro las reglas bajo las cuales la Fiscalía General de la Nación, a través de sus delegados, puede suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal, incluso atendiendo las precisiones anotadas al respecto por la Corte Constitucional.

En tal sentido, aparece la aclaración realizada en la parte introductoria de la obra de profesor Alejandro Aponte⁸⁷, quien, igualmente, trae la posición del ex Magistrado Augusto Ibáñez Guzmán, al decir:

“Ésta es la concepción que aquí se asume, posición que ya había sido entrevista, aunque con acentos diferentes, por autores que se aproximaron al estudio de este

⁸⁷ APONTE, Alejandro David. *“Principio de oportunidad y política criminal de la discrecionalidad técnica a la discrecionalidad política reglada”*. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial ‘Rodrigo Lara Bonilla’ 2010.

*principio: “La hipótesis es evidente y clara, es decir, se levanta el velo de la arrogante legalidad y del tradicional ius puniendi, para dar paso a una justicia histórica, a una justicia y a un aparato de justicia que se aviene a las necesidades del momento y que se regula por medio de la política criminal y que una vez regulada, ya no puede tildarse al principio de oportunidad como contrario o antónimo del principio de legalidad, sino que debe entenderse como un instrumento del principio de legalidad que da respuesta a las necesidades de la sociedad a la cual se aplica.”*⁸⁸

En este autor, el punto de partida es el hecho de que el principio de oportunidad, al ser reglado, se encuentra concebido en el contexto de la misma legalidad. Y es lógico: no se trata de que la oportunidad o no, de investigar o de interrumpir la investigación, dependa de causas por fuera de la ley, es ésta la que establece precisamente las pautas de aplicación del principio. (Otra cosa es, como lo hace el autor citado, en el contexto de la Corte Penal Internacional, concebir de manera semejante las nociones de oportunidad y discrecionalidad. En seguida se estudiará este punto).”

En esta obra se llama la atención frente a un entendimiento del principio de oportunidad diferente a la discrecionalidad al rescatarse *las tradiciones jurídico-políticas* en las que se desarrollan presentando un bosquejo acerca de su surgimiento en el derecho comparado⁸⁹.

Conclusiones

Hasta lo aquí abordado, podemos advertir las siguientes conclusiones:

1. El principio de oportunidad aparece en su concepción de la mano de los principios de oficialidad y legalidad, en algunos casos, como tensión o contraposición, pero siempre conectado pues depende del mayor o menor peso que en determinados esquemas procesales se les imprima de acuerdo con el poder punitivo del Estado.
2. El principio de oportunidad no necesariamente pertenece a un modelo de enjuiciamiento penal (inquisitivo- acusatorio), pese a que se le ha dado mayor tratamiento en los sistemas acusatorios adversariales empero, no bajo una fórmula única de entendimiento o consagración como se puede advertir de las legislaciones de Puerto Rico, Chile, Alemania y el Estatuto de Roma.

⁸⁸ IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto J. “*El Principio de Oportunidad*”, en: Revista Universitas No. 109, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, Pág. 77.

⁸⁹ APONTE, Alejandro David. “*Principio de oportunidad y política criminal de la discrecionalidad técnica a la discrecionalidad política reglada*”. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial ‘Rodrigo Lara Bonilla’ 2010. Véase Pág. 28

3. En Colombia encontramos algunos antecedentes legislativos del principio de oportunidad pero de manera concreta sólo se estableció con el Acto Legislativo 03 de 2002 como principio y, su definición no apareció con la Ley 906 de 2004 como se pretendía, se hizo necesaria la reforma introducida con la Ley 1312 de 2009 donde se aclararon algunos de sus puntos, causales y reglas de aplicación.

4. La concepción del principio fue la de brindar un instrumento al dueño de la acción de penal (como representante del Estado) para que en ciertos casos ésta sea suspendida, interrumpida o renunciada en procura de descongestionar el sistema penal, es decir, racionalizar el sistema y concebir ciertas reglas para la selección de casos bajo pautas descritas en la ley.

2. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL

Avanzado en la comprensión del principio de oportunidad, se hace necesario abordar la temática relativa a los derechos de las víctimas, en tanto, la tendencia frente al reconocimiento de sus derechos ha crecido tanto por vía normativa nacional e internacional como en la jurisprudencia, convirtiéndose en una tendencia en el proceso penal y obteniendo un espacio en el estudio de las ciencias penales; en efecto, ya no es fácil omitir a la víctima y su importancia en las discusiones habituales sobre el objeto del proceso penal, las fórmulas para su reconocimiento y participación así como la trascendencia de sus derechos, especialmente, a la verdad, justicia y reparación.

Es tal el grado de la discusión que sobre ello se ha generado y avanzado que agotar tal temática aparece una labor titánica, de allí que con el presente capítulo no se pretende llegar a tal punto, sino simplemente, dar un vistazo a la materia para comprender más fácilmente el objeto de investigación propuesto inicialmente y resaltar cómo la nueva de visión de las víctimas en el proceso trae interrogantes frente a su participación y consolidación de sus derechos cuando se trata de aplicar el principio de oportunidad.

De allí que se hará un bosquejo de los instrumentos legales más relevantes, luego un acercamiento a la concepto de víctima y de ahí asumir su participación en el proceso penal y su tratamiento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia.

2.1. Normatividad

Con el avance de la protección a la víctima se han identificado múltiples normas que reflejan su trascendencia y por consiguiente, exigen su especial tratamiento en el ordenamiento interno, siendo talvez, los más relevantes, al prever en su contenido el deber especialmente en cabeza del Estado de garantizar la tutela efectiva de sus derechos a través de recursos judiciales eficientes.

Así en la Declaración de derechos humanos, artículo 8 y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2⁹⁰ aparece el derecho al recurso efectivo ante

⁹⁰ “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

las autoridades judiciales en caso de violación de derechos fundamentales reconocidos por la ley o Constitución, como obligación de los Estados frente a los individuos y sin distinción alguna.

A su turno en la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, artículo 6⁹¹, igualmente debe asegurar dentro de su jurisdicción, la efectiva respuesta a las contravenciones relacionadas con la discriminación racial con violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales, con posibilidad de obtener de los tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por el daño percibido como víctima, similar al supuesto previsto en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, artículo 14⁹², independientemente de cualquier derecho de la víctima o de otra persona a la indemnización que pueda existir de acuerdo con el ordenamiento interno de cada país.

En la Convención de los derechos del niño, artículo 39⁹³, el Estado deberá adoptar las medidas para la recuperación física y psicológica así como la reintegración de los niños víctimas de las conductas delictivas tales como abandono, explotación o abuso, tortura o conflictos armados.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

⁹¹ “Los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación.”

⁹² “1. Todo Estado Parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización.”

⁹³ “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.”

Por su parte, el Estatuto, artículos 68⁹⁴ y 75⁹⁵ consagra la protección a las víctimas y su participación, así como el derecho a la reparación y, la Convención Americana sobre derechos humanos, artículo 25⁹⁶ nos habla sobre la protección judicial.

⁹⁴ *Protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones*

1. La Corte adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos. Con este fin, la Corte tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, y la salud, así como la índole del crimen, en particular cuando éste entrañe violencia sexual o por razones de género, o violencia contra niños. En especial, el Fiscal adoptará estas medidas en el curso de la investigación y el enjuiciamiento de tales crímenes. Estas medidas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con éstos.

2. Como excepción al principio del carácter público de las audiencias establecido en el artículo 67, las Salas de la Corte podrán, a fin de proteger a las víctimas y los testigos o a un acusado, decretar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada o permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales. En particular, se aplicarán estas medidas en el caso de una víctima de violencia sexual o de un menor de edad que sea víctima o testigo, salvo decisión en contrario adoptada por la Corte atendiendo a todas las circunstancias, especialmente la opinión de la víctima o el testigo.

3. La Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieran afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos. Los representantes legales de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

4. La Dependencia de Víctimas y Testigos podrá asesorar al Fiscal y a la Corte acerca de las medidas adecuadas de protección, los dispositivos de seguridad, el asesoramiento y la asistencia a que se hace referencia en el párrafo 6 del artículo 43.

5. Cuando la divulgación de pruebas o información de conformidad con el presente Estatuto entrañare un peligro grave para la seguridad de un testigo o de su familia, el Fiscal podrá, a los efectos de cualquier diligencia anterior al juicio, no presentar dichas pruebas o información y presentar en cambio un resumen de éstas. Las medidas de esta índole no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con éstos.

6. Todo Estado podrá solicitar que se adopten las medidas necesarias respecto de la protección de sus funcionarios o agentes, así como de la protección de información de carácter confidencial o restringido

⁹⁵ **Artículo 75 Reparación a las víctimas**

1. La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda.

2. La Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario previsto en el artículo 79.

3. La Corte, antes de tomar una decisión con arreglo a este artículo, podrá solicitar y tendrá en cuenta las observaciones formuladas por el condenado, las víctimas, otras personas o Estados que tengan un interés, o las que se formulen en su nombre.

4. Al ejercer sus atribuciones de conformidad con el presente artículo, la Corte, una vez que una persona sea declarada culpable de un crimen de su competencia, podrá determinar si, a fin de dar

Finalmente en los principios internacionales sobre la lucha contra la impunidad y el derecho de las víctimas a obtener reparaciones aprobados en el año 2005 por la ONU (compilaciones tendientes a establecer las obligaciones estatales en la materia), se establece, especialmente, el respeto y garantía de los derechos humanos, la prevención de sus violaciones y la obligación de investigarlas, sancionarlas y proporcionar recursos efectivos de protección y reparación a las víctimas.

En todos estos instrumentos se observa como se habla de los derechos a un recurso efectivo, a ser tratado con respeto y dignidad, a recibir asistencia y protección, al igual que a obtener una reparación, estos como antecedentes fundamentales de la trilogía que se ha venido a definir de los derechos a la verdad, justicia y reparación.

Ahora, en nuestro ordenamiento jurídico se resaltan principalmente los artículos 1, 2, 229, 250 de la Constitución Política de Colombia y en la Ley 906 de 2004, los artículos 1, 10, 11, 22, 132, 133, 134, 135, 136 y 137.

Entre ellos destaca el contenido del artículo 11, toda vez que consagra fundamentalmente los principios de justicia para las Víctimas previstos en la Resolución 40/34 de 1985 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, al establecer la obligación del estado de brindar trato justo y permitir su acceso a la administración de justicia, recibir protección, asistencia y reparación.

2. 2. Conceptualización

El concepto de víctima ha sido desarrollado por la legislación internacional y nacional y la jurisprudencia, ello en procura de facilitar su protección. Entre los precedentes más relevantes encontramos la definición consagrada en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso

efecto a una decisión que dicte de conformidad con este artículo, es necesario solicitar medidas de conformidad con el párrafo 1 del artículo 93.

5. Los Estados Partes darán efecto a la decisión dictada con arreglo a este artículo como si las disposiciones del artículo 109 se aplicaran al presente artículo.

6. Nada de lo dispuesto en el presente artículo podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al derecho interno o el derecho internacional.”

⁹⁶ **“Artículo 25. Protección Judicial.** 1. *Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

de poder adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985, la cual se hace necesaria transcribir dada su importancia:

“A.-Las víctimas de delitos

1. Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

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

3. Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico”

Igualmente, en la Resolución 35 de 2005 de la Comisión de Derechos Humanos, por la cual se acogen los “*principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*”, se entiende como víctima “*...a toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término "víctima" también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.*”

Por su parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, regla 85, sostiene que “*Para los fines del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Pruebas: a) Por “víctimas” se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte; b) Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan*

sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios.”

Tres instrumentos internacionales de los cuales se pueden obtener ciertos elementos que identifican a la víctima como concepto, entre los que se destacan el daño proveniente de la conducta delictiva que dependerá del contexto del instrumento por el cual se procede, el ente sobre el cual recae, entendiendo persona natural o jurídica, individual o colectiva, el tipo de daño que puede recibir físico, mental, emocional, patrimonial y su posible extensión a familiares, personas a cargo o quienes intervienen en procura de prestar ayuda o impedir el hecho y que son puntos que se observan en la legislación penal colombiana como pasa a verse.

Es así como en la Ley 906 de 2004⁹⁷ artículo 132 se establece:

“ARTÍCULO 132. VÍCTIMAS. Se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño [directo]”⁹⁸ como consecuencia del injusto.

La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con este.”

Concepto que señala Marisol Palacio debe ser ampliado en la concepción de los derechos, más allá de los la vida e integridad personal, al efectivo acceso a la administración de justicia.⁹⁹

A su turno, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en vigencia de la Ley 600 de 2000 así como con la 906, entiende que el concepto de víctima depende del daño “*real, concreto y específico*”¹⁰⁰ consecuencia del hecho delictivo y conjuga las figuras de víctima directa y perjudicado que permite una visión amplia del mismo.

“(…) La víctima es la persona respecto de la cual se materializa la conducta típica mientras que la categoría “perjudicado” tiene un alcance mayor en la medida en que comprende a todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial, como consecuencia directa de la comisión del delito. Obviamente, la víctima sufre también un daño, en ese sentido, es igualmente un perjudicado”¹⁰¹.

⁹⁷ En los artículos 133 y ss. se enuncian, básicamente, los derechos de la víctima.

⁹⁸ Inexequible, Corte Constitucional, Sentencia C-516 de 2007

⁹⁹ Véase, PALACIO CEPEDA, Marisol. “*Víctimas y reparación*”. Leyer. Bogotá- Colombia. 2008

¹⁰⁰ Corte Constitucional C-228 de 2002

¹⁰¹ *Ibíd*em

*Fundamentó la legitimación para intervenir en los procesos penales en procura de la garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en la existencia de un daño real, concreto y específico, no necesariamente de contenido patrimonial, el cual puede ser padecido tanto por la víctima directa, como por los perjudicados con el delito...*¹⁰²

De manera que se puede definir en nuestro contexto nacional como aquella persona (individual o colectivo, natural o jurídica) que sufre un daño físico, mental, emocional o patrimonial como consecuencia de una acción u omisión que viole la ley penal.

Ahora, su rol dentro del proceso no como parte ni como simple interviniente, sino le concede la categoría de *interviniente especial* con lo cual tienes capacidades especiales para defender sus intereses de manera independiente a la Fiscalía.

*“En esencia, el Fiscal es el titular de la acción penal. Al ejercer dicha acción no sólo representa los intereses del Estado sino también promueve los intereses de las víctimas. Sin embargo, ello no implica en el sistema colombiano que las víctimas carezcan de derechos de participación (artículos 1 y 2 C.P.) en el proceso penal. Estas pueden actuar sin sustituir ni desplazar al Fiscal. Según el propio artículo 250, numeral 7, de la Carta, la víctima actúa como interviniente especial.”*¹⁰³ y por consiguiente *“...la víctima del delito no es un sujeto pasivo de protección por parte de la Fiscalía, sino un interviniente activo, constitucionalmente legitimado para hacer valer sus derechos dentro del proceso penal instaurado por el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004.”*¹⁰⁴

A lo cual se puede sumar la conceptualización de la Ley 975 de 2005¹⁰⁵ (ley de justicia y paz) y de la Ley 1448 de 2011¹⁰⁶ (Ley de Víctimas), que si bien no es alejada de las ya presentadas en tanto siguen el hilo del daño como filtro para su identificación, simplemente agrega que resulta fundamental su interés y aparece como un elemento vital al reconocerse como parte de la tensión¹⁰⁷ entre sus derechos y el propósito de lograr la paz.

Conceptos que finalmente no distan mucho entre sí, salvo en algunos puntos particulares que dependerán del enfoque propio de cada cuerpo normativo.

¹⁰² Corte Constitucional, Sentencia C-516 de 2007

¹⁰³ Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007

¹⁰⁴ *Ibídem*

¹⁰⁵ Artículo 5, modificado por el artículo 2 de la Ley 1592 de 2012

¹⁰⁶ Artículo 3.

¹⁰⁷ *“pues, la justicia transicional admite la existencia de una tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación”* Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006

2.3. Los derechos de las víctimas en el proceso penal con tendencia acusatoria colombiano

En esta línea se encuentra la investigación publicada con el título “*la intervención procesal de la víctima*”¹⁰⁸, en ella, el rol que se resalta no sólo es de *interviniente especial*, denominación que se ha venido acuñando de acuerdo con la capacidad que ha adquirido dentro del marco internacional, sino a los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

En este estudio se destaca la manera como se analiza las cualidades que tienen la víctima y la defensa de sus derechos y su conceptualización por los investigadores, como parte.

*“Por nuestra parte, consideramos que, la víctima procesa de la Ley 906/04 ostenta la naturaleza procesal, como quiera que participa en el proceso penal buscando una protección jurídica a sus intereses, lo que ocurre, es que tiene una capacidad procesal para actuar restringida, como quiera que no encuentra facultada para intervenir en la audiencia pública del juicio oral, en donde debe actuar por medio del fiscal delegado del caso...”*¹⁰⁹

Así mismo, aunque no con la misma caracterización procesal, sino del lado de las diferentes visiones o formas en que aparece en modelos normativos, Marisol Palacio Cepeda¹¹⁰ expone su evolución y los derechos que le asisten, exponiendo frente a la Ley 906 (legislación donde se desarrolla el principio de oportunidad) y garantías frente al acceso a la administración de justicia y al proceso.

Sin que se haya ahondado hasta ahora en la fuerza que adquiere con la reforma constitucional realizada mediante el Acto Legislativo 06 de 2011,¹¹¹ donde aparece protagónico como sujeto y su derecho a retomar la acción que le había sido hurtada por el Estado al reclamar para sí el ejercicio del poder punitivo.

¹⁰⁸ Véase PATIÑO GONZÁLEZ, María Cristina. “*La intervención procesal de la víctima*”. Universidad Nacional de Colombia. Primero Edición. Bogotá- Colombia. 2009

¹⁰⁹ *Ibidem*. Pág. 40

¹¹⁰ Véase PALACIO CEPEDA, Marisol. “*Víctimas y reparación*”. Leyer. Bogotá- Colombia. 2008

¹¹¹ Congreso de la República, Acto Legislativo 06 de 2011. Por el cual se reforma el numeral 4 del artículo 235, el artículo 250 y el numeral 1 del artículo 251 de la Constitución Política. Diario Oficial No. 48.263 de 24 de noviembre de 2011. ARTÍCULO 2o. El artículo 250 de la Constitución Política tendrá un parágrafo 2o del siguiente tenor:

PARÁGRAFO 2o. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente (...)

Finalmente, frente a este punto, pero desde el costado de la victimología, la presentación que hace en su texto Julio Andrés Sampredo Arrubla¹¹² es más que interesante y representativa sobre la evolución de su papel en el proceso penal y los autores que han valorado el tema, reconoce avances en la materia pero advierte que la discusión no ha sido agotada de manera definitiva.

En la doctrina, podemos encontrar que algunos autores que abogan por el reconocimiento de las víctimas y critican el garantismo penal al enfocarse su “*atención más en la persona del victimario*”¹¹³ y por ello, pretenden a través de sus reflexiones rescatar su papel en la resolución efectiva del problema subyacente en el proceso penal y la consolidación de los derechos a la verdad, justicia y reparación.

En particular el referido autor concibe al modelo penal como un “*encuentro comunicativo, resolutorio y re-creador, entre las víctimas, la sociedad y los victimarios. Por ello el proceso penal debe constituirse como un espacio que ofrezca mecanismos para la superación del conflicto desde el conflicto mismo, para transformar las vivencias y subjetividades de sus protagonistas, especialmente el odio y el rencor, no para ignorarlas u olvidarlas, sino para superarlas mediante la verdad, la justicia y la reparación, dando visibilidad al dolor y una oportunidad para la reconciliación*”¹¹⁴

Por ende, acepta que la resolución al conflicto llevado a la justicia penal tenga salidas alternas siempre y cuando consulten a los verdaderos protagonistas del mismo, esto es, víctimas y victimarios y con ello cuestiona el papel del Estado como actor a cuyo cargo está de manera exclusiva la imposición de la pena.

Así, el principio de oportunidad no es descartado sino tiene una concepción más cercana a mecanismos alternativos de solución de conflictos al reclamarse la participación del afectado por el hecho delictivo.

De manera que el salto que en tal sentido se dé comulgue realmente con la fórmula estatal de social y democrático de derecho, con la consecuente superación de la tendencia liberal del proceso penal concentrada en el individuo y la defensa de sus prerrogativas, para ahora alcanzar un proceso en el cual se de un tutela efectiva de los derechos de las personas comprometidas en él, entre ellas, la víctima.

Aparece entonces, desde la óptica de los autores reseñados¹¹⁵, la víctima como un sujeto procesal relevante con algunas limitaciones, razón por la cual resulta

¹¹² Véase SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. “*Las víctimas y el sistema penal: aproximación al proceso penal desde la victimología*”. Universidad Javeriana. Grupo Ibáñez. Bogotá- Colombia. 2010

¹¹³ *Ibíd*em Pág. 33

¹¹⁴ *Ibíd*em, pág. 53 y 54

¹¹⁵ Seleccionados por la integralidad de sus análisis, dada la existencia de múltiples trabajos al respecto en la actualidad.

importante ver como ello se concreta en la realidad jurídica procesal a través del análisis que la jurisprudencia ha venido en desarrollar sobre el punto.

2.3.1. Víctima en la Jurisprudencia

Este apartado se manejará desde dos de las Altas Corporaciones: Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia dada la relevancia de sus pronunciamiento en materia penal, sin embargo, se anota que otras, igualmente han trabajado el concepto y prerrogativas de la víctima desde otro enfoque, como es el caso del Consejo de Estado en donde su percepción esta más ligada al concepto de perjudicado.

- **Constitucional.**

Sin lugar a dudas el desarrollo de la víctima en nuestro país ha ido de la mano de la jurisprudencia especialmente constitucional, la cual desde antes de la Ley 906 de 2004 reformuló su importancia al interior del proceso penal y con ello superó la visión liberal tendiente a la protección de los derechos del procesado y la sanción de la conducta delictiva a cargo del Estado como representante de la sociedad.¹¹⁶

En efecto, advirtió que el proceso es de doble vía, puesto que el sujeto protagonista no es el presunto infractor de la ley penal sino igualmente la víctima y por ello las garantías fundamentales procesales se amplían a éste último, incluso más allá del resarcimiento pecuniario por la conducta (reparación) pues se reconoce en el ámbito nacional la tendencia internacional relativa a la existencia de otros tantos derechos, entre ellos, sobresalen a la verdad y la justicia.

Dentro de tal desarrollo se puede decir que uno de los pasos importantes se dio con la sentencia C-228 de 2002, en la cual, tratándose en ese entonces de la parte civil como sujeto del proceso penal, se advirtió la complejidad de su tratamiento como algo más que un sujeto accesorio que traslada pretensiones propias del derecho civil al penal pues sus intereses van más allá.

En dicha decisión la Corte Constitucional se ocupó de conceptualizar a la víctima y diferenciarlo del perjudicado y la relación de estos conceptos con el instituto de la parte civil para afirmar que *“La parte civil es una institución jurídica que permite a las víctimas o perjudicados, dentro de los cuales se encuentran los sucesores de la víctima, participar como sujetos en el proceso penal. El carácter civil de la parte ha sido entendido en sentido meramente patrimonial, pero en realidad puede tener una connotación distinta puesto que refiere a la participación de miembros de la*

¹¹⁶ Así lo indicó la Corte Constitucional *“...en un Estado de tradición liberal, el lugar de las víctimas y los perjudicados por un delito es accesorio, pasivo y reducido a un interés económico puesto que es el Estado el único legitimado para perseguir el delito dentro del marco de limitaciones y salvaguardas establecidas por la Constitución y la ley...”* Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2002

sociedad civil en un proceso conducido por el Estado. Así, la parte civil, en razón a criterios que serán mencionados con posterioridad, es la directa y legítimamente interesada en el curso y en los resultados del proceso penal, como pasa a mostrarse a continuación.”¹¹⁷

Conclusión a la cual arribó no de forma aislada o descontextualizada, sino a través del análisis de la tendencia internacional en materia de víctimas, su desarrollo histórico y los principios y derechos consagrados en la Carta Constitucional de 1991 para resaltar entre estos últimos, la consagración de los derechos de aquellas en el artículo 250, numeral 4 y su coherencia con un estado social de derecho en el cual se garantiza la dignidad humana y sus fines.

De forma especial, hizo énfasis en las obligaciones a cargo de las autoridades nacionales y particularmente la Fiscalía, dentro de un concepto amplio de su función y en desarrollo del ya mencionado artículo 250:

“En la Carta se refleja también una concepción amplia de la protección de los derechos de las víctimas, que no está prima facie limitada a lo económico. En efecto, el numeral 1 del artículo 250 superior, establece como deberes de la Fiscalía General de la Nación el “tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito”. De ello resulta que la indemnización es sólo uno de los posibles elementos de la reparación a la víctima y que el restablecimiento de sus derechos supone más que la mera indemnización. La Constitución ha trazado como meta para la Fiscalía General el “restablecimiento del derecho”, lo cual representa una protección plena e integral de los derechos de las víctimas y perjudicados. El restablecimiento de sus derechos exige saber la verdad de lo ocurrido, para determinar si es posible volver al estado anterior a la vulneración, así como también que se haga justicia.”

A lo cual agregó como fundamentos normativos el derecho al acceso a la administración de justicia¹¹⁸ (artículo 229), el principio de la participación (artículo 2) y los derechos al buen nombre y a la honra (artículos 1º, 15 y 21), para indicar que sus intereses bajo tutela van más allá del componente económico.

Así lo mencionó:

“De lo anterior surge que la concepción constitucional de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por un delito no está circunscrita a la reparación material. Esta es más amplia. Comprende exigir de las autoridades y de los

¹¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2002

¹¹⁸ Bajo el entendido que “... el derecho a acceder a la administración de justicia, puede comprender diversos remedios judiciales diseñados por el legislador, que resulten adecuados para obtener la verdad sobre lo ocurrido, la sanción de los responsables y la reparación material de los daños sufridos.” Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2002

instrumentos judiciales desarrollados por el legislador para lograr el goce efectivo de los derechos, que éstos sean orientados a su restablecimiento integral y ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos, a lo menos.^{119,120}

Tal vez, por eso resulta paradigmático este proveído, pues abre el espacio de participación a la parte civil en el proceso bajo el entendido de los derechos que le asisten a las víctimas incluso en sistemas derecho comparado e instrumentos internacionales, en especial de la ONU, y se torna en una sentencia hito en el tema.

Así fueron presentadas sus conclusiones:

“De lo anterior surge que tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia—no restringida exclusivamente a una reparación económica— fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos.

De tal manera que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso:

*1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos.*¹²¹

¹¹⁹ No aborda la Corte en la presente sentencia otros derechos de las víctimas, como el derecho a la protección de su vida e integridad física, así como el derecho a ser tratados dignamente y a que su intimidad sea protegida. Tan sólo se alude tangencialmente a ellos.

¹²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2002

¹²¹ Ver, entre otros, los casos Velásquez Rodríguez (fundamento 166), Sentencia del 29 de julio de 1988 y Barrios Altos (fundamento 43), Sentencia de 14 de Marzo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde la Corte resalta como contrarios a la Convención Americana aquellos instrumentos legales desarrollados por los Estados partes que le nieguen a las víctimas su derecho a la verdad y a la justicia.

2. *El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.*

3. *El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito.*¹²²

Aun cuando tradicionalmente la garantía de estos tres derechos le interesan a la parte civil, es posible que en ciertos casos, ésta sólo esté interesada en el establecimiento de la verdad o el logro de la justicia, y deje de lado la obtención de una indemnización. Ello puede ocurrir, por citar tan sólo un ejemplo, cuando se trata de delitos que atentan contra la moralidad pública, el patrimonio público, o los derechos colectivos o donde el daño material causado sea ínfimo –porque, por ejemplo, el daño es difuso o ya se ha restituido el patrimonio público– pero no se ha establecido la verdad de los hechos ni se ha determinado quién es responsable, caso en el cual las víctimas tienen un interés real, concreto y directo en que se garanticen sus derechos a la verdad y a la justicia a través del proceso penal.

(...)

*Las razones señaladas permiten afirmar que la visión de la parte civil sólo interesada en la reparación económica, debe ser abandonada. La víctima de un delito o los perjudicados por éste tienen derecho a participar en el proceso penal no sólo para obtener el resarcimiento pecuniario, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. Incluso, pueden intervenir con la única finalidad de buscar la verdad y la justicia, sin que se les pueda exigir demostrar un daño patrimonial o una pretensión de esta naturaleza. Así, la parte civil es un sujeto procesal en sentido pleno.*¹²³

Así, la participación de la víctima en el procedimiento regido por la Ley 600 de 2000, como parte civil, se hizo trascendental y comportó algo más que la búsqueda de una indemnización al permitírsele su intervención activa en las etapas procesales para obtener sus derechos a la verdad y la justicia.

Situación que puede calificarse como un avance procesal en tanto reconoce mayor incidencia como sujeto procesal, pero igualmente la víctima tuvo otros desarrollos como objeto de protección en el proceso penal, especialmente de la mano de casos de derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos, ejemplo de ello están las sentencias C-004 de 2003, C-871 de 2003 o la C-104 de

¹²² Casi todos los sistemas jurídicos reconocen el derecho de las víctimas de un delito a algún tipo de reparación económica, en particular cuando se trata de delitos violentos. Esa reparación puede ser solicitada bien dentro del mismo proceso penal (principalmente en los sistemas romano germánicos) o bien a través de la jurisdicción civil (generalmente en los sistemas del common law). Ver Pradel, Jean. *Droit Pénal Comparé*. Editorial Dalloz, 1995, páginas 532 y ss.

¹²³ Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2002

2004 que la admitió en procesos disciplinarios y qué decir de la C-578 de 2002 por medio de la cual se ratificó el Estatuto Penal Internacional.

En efecto, en estas providencias no se habla tanto de su participación sino del deber de los funcionarios de atender sus derechos, no solo de las judiciales, sino del Estado, entre ellos, el legislador, quien juega un papel al momento de definir leyes con relevancia en la política criminal estatal¹²⁴, así, por ejemplo, resulta admisible la consagración de la acción de revisión contra sentencias absolutorias.

En este puntual evento los derechos a la verdad y a la justicia salen adelante frente al principio del non bis in ídem¹²⁵ pues el fin de realización de justicia y el logro de un orden justo son pautas de las cuales se desprende los ya aludidos derechos luego de su examen de proporcionalidad; si nos detenemos en el análisis de la sentencia C-004 se puede observar que la conclusión a la cual se arriba se logra a través de recuento de decisiones fundamentalmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹²⁶ y la especial protección de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario, en palabras de la Alta Corte, dada la gravedad del hecho punible y el compromiso del Estado en castigarlos¹²⁷ y punto, al cual no debe restársele importancia pues como se anunció párrafos atrás ha sido en tales casos donde mayor evolución ha tenido las prerrogativas de la verdad, justicia y reparación.

De manera que la Corte califica de inadmisibles la impunidad en estos eventos, en tanto no sólo contraviene la vigencia el orden justo como fin del Estado sino constituye una falta de éste frente a las obligaciones internacionales que ha asumido

¹²⁴ Así lo indicó la Corte Constitucional en Sentencia C-004 de 2003: “18- El deber investigativo del Estado de los hechos punibles y los derechos constitucionales de las víctimas, que se encuentra íntimamente ligado al deber de las autoridades de asegurar la vigencia de un orden justo (CP Preámbulo y art.2°), no son tampoco absolutos, y por ello no pueden ser invocados para arrasar con la seguridad jurídica y los derechos del procesado, que son también principios de rango constitucional (CP art. 29). Corresponde entonces primariamente al Legislador, en desarrollo de su libertad de configuración en materia penal (CP arts 29 y 150), ponderar esos derechos y valores en conflicto, y tomar decisiones políticas que intenten armonizarlos, tanto como sea posible...”

¹²⁵ El problema que se planteó la Corporación fue “...examinar si esa limitación de la acción de revisión en beneficio del condenado sacrifica o no valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con esta medida a favor del non bis in ídem. Y en concreto, esto significa que esta Corporación debe analizar si la restricción que las normas acusadas imponen a los derechos de las víctimas y al deber del Estado de investigar los delitos a fin de lograr la materialización de un orden justo se justifica por la manera y el grado en que ella asegura el respeto a la seguridad jurídica y al non bis ídem.”

¹²⁶ En sentencia C-871 de 2003, se hace alusión a decisiones de esta Corporación que precisamente desarrollan los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas y la obligación del Estado de protegerlas, cita así los casos Velásquez Rodríguez. Sentencia del 21 de julio de 1989 y Caso Barrios Altos. Sentencia del 14 de marzo de 2001.

¹²⁷ Así lo manifestó: “los derechos de las víctimas y perjudicados por esos abusos ameritan la más intensa protección, y el deber del Estado de investigar y sancionar estos comportamientos adquiere mayor entidad” Sentencia C-004 de 2003

en tratados internacionales y erige como un desconocimiento a los derechos de las víctimas. Así lo refirió:

“...la impunidad de las violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario es más grave, cuando el Estado ha incumplido en forma protuberante con sus deberes de investigar y sancionar seriamente esos delitos. En esos eventos, la preponderancia de los derechos de las víctimas y de la búsqueda de un orden justo sobre la seguridad jurídica y el non bis in ídem es aún más evidente, por las siguientes dos razones: De un lado, para las víctimas y los perjudicados por una violación a los derechos humanos, la situación resulta aún más intolerable, pues su dignidad humana es vulnerada en cierta medida doblemente, ya que esas personas no sólo fueron lesionadas por un comportamiento atroz, sino que, además, deben soportar la indiferencia del Estado, quien incumple en forma protuberante con su obligación de esclarecer esos actos, sancionar a los responsables y reparar a los afectados.”¹²⁸

Así dio paso a la acción de revisión frente a estos sucesos que, en principio, afectaban los intereses de toda la comunidad, empero, su ánimo de garantizar estos derechos fue más allá y en el mismo año abordó la procedencia de tal mecanismo contra sentencias absolutorias, preclusiones o cesaciones de procedimiento emitidas en delitos generales, fundamentalmente por las mismas razones.

“pues ya se ha visto como la procedencia de la acción de revisión en los casos de preclusión de investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria por las causales reguladas en los numerales 4 y 5 de la misma disposición legal, por tratarse se situaciones diferentes a la regulada en el numeral 3º, no pueden restringirse solo a la garantía de los derechos constitucionales de las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario, sino que, según se ha explicado a lo largo de este pronunciamiento, la connotación que tienen las providencia judicial en estos casos como meramente aparentes hacen viable la revisión en todos los casos.”¹²⁹

Con este tipo de determinaciones se puede ver de manera sencilla cómo desde dos extremos, se comienza a dar trascendencia a la víctima y sus derechos, uno, como participante del proceso penal y, otro, como objeto de protección en el proceso penal, incluso con anterioridad al procedimiento implementado con la Ley 906 de 2004.

Ahora bien, con la entrada del modelo de enjuiciamiento con tendencia acusatoria, no cabe la menor duda del interés del legislador en brindar atención a la víctima, para lo cual dejó plasmado en el cuerpo normativo sus derechos, facultades y deberes en la actuación, pese a los inconvenientes que frente a la estructura del proceso acusatorio

¹²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 2003. Posición que fue reiterada en Sentencia C-871 del mismo año.

¹²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-871 de 2003.

puro pudo generar críticas, especialmente en la consideración de un desequilibrio frente al procesado y el rompimiento de la triángulo procesal tradicionalmente manejado y propio de los procedimientos adversarial.

El primer interrogante que en tal línea apareció fue qué condición tenía la víctima al interior de la actuación: parte o es interviniente y qué consecuencias acarrea cada una de esas denominaciones. Acá, nuevamente, la jurisprudencia constitucional toma la bandera de sus derechos y comienza a contestar éste y otros tantos interrogantes no menos trascendentales. Así, en una primera oportunidad, al verse avocada a analizar el sistema implantado con la Ley 906 de 2004, en la sentencia C-591 de 2005, la Corte Constitucional comenzó a delinear la concepción del sistema y precisamente, ante características propias del nuestro sin encasillarlo en uno u otro modelo, indicó, simplemente, que se trataba de un sistema de partes, entre ellas la *“Fiscalía y el investigado, imputado o procesado”*¹³⁰ sin incluir a la víctima, pese a que párrafos atrás la había mencionado como una de las particularidades.

Por ello, en sentencia C-454 de 2006 se vio avocada a estudiar su naturaleza y si sus posibilidades de participación en la actuación penal consultaban con el interés plasmado en el artículo 250 de la Constitución Política atendiendo el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo que guarda estrecha relación con de la justicia.

Ello, con fundamento en los instrumentos internacionales, especialmente, la Declaración Americana de Derechos del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, la Convención Americana sobre derechos humanos, el Estatuto de Roma que de manera conjunta procuran porque todas las personas tenga acceso a la tutela efectiva de sus derechos y como consecuencia, la prestación de tal servicio por el Estado, lo cual se ve reforzado en nuestra Constitución en los artículos 29 y 229.

“Esta consagración constitucional de la víctima como elemento constitutivo del sistema penal, es así mismo coherente con los paradigmas de procuración de justicia provenientes del derecho internacional¹³¹, que han sido acogidos por la jurisprudencia de esta Corte tal como se dejó establecido en aparte anterior. La determinación de una posición procesal de la víctima en el proceso penal conforme a esos paradigmas, debe establecerse tomando como punto de partida un sistema de garantías fundado en el principio de la tutela judicial efectiva¹³², de amplio

¹³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005

¹³¹ Fundamentalmente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero también del Derecho Internacional Humanitario y del emergente Derecho Penal Internacional.

¹³² El principio de la tutela judicial efectiva, encuentra ubicación constitucional en los artículos 229 y 29 de la Carta, sin perjuicio de su ampliación por la vía del artículo 93, que ha permitido el ingreso de las fuentes internacionales que consagran esta garantía.

reconocimiento internacional¹³³, y con evidente acogida constitucional a través de los artículos 229, 29 y 93 de la Carta. Este principio que se caracteriza por establecer un sistema de garantías de naturaleza bilateral. Ello implica que garantías como el acceso a la justicia (Art.229); la igualdad ante los tribunales (Art.13); la defensa en el proceso (Art.29); la imparcialidad e independencia de los tribunales¹³⁴; la efectividad de los derechos (Arts. 2º y 228); sean predicables tanto del acusado como de la víctima. Esta bilateralidad, ha sido admitido por esta Corporación al señalar que el complejo del debido proceso, que involucra principio de legalidad, debido proceso en sentido estricto, derecho de defensa y sus garantías, y el juez natural, se predicán de igual manera respecto de las víctimas y perjudicados.^{135 „136}

Es así como en tal sentencia, la Corte marco un hito en las prerrogativas procesales de la víctima en el proceso y a su calificación como interviniente especial, figura que sería parte de la caracterización del modelo procesal particular y diferenciado del acusatorio puro.

“...los fundamentos constitucionales de los derechos de las víctimas, así como los pronunciamientos que sobre la ley 906 de 2004 ha realizado la Corte, permiten afirmar que la víctima ocupa un papel protagónico en el proceso, que no depende del calificativo que se le atribuya (como parte o interviniente), en tanto que se trata de un proceso con sus propias especificidades, en el que los derechos de los sujetos que intervienen están predeterminados por los preceptos constitucionales, las fuentes internacionales acogidas por el orden interno y la jurisprudencia constitucional. El alcance de los derechos de las víctimas deben interpretarse dentro de este marco.”¹³⁷

Conforme con ello, las obligaciones estatales a través del aparato jurisdiccional y legislativo deberán tener presente su protagonismo en el proceso penal y la garantía efectiva de sus derechos, esto no sólo a su cargo sino a través de la defensa de manera personal.

“51. Se trunca el derecho de acceso a la justicia, a través de una concepción recortada de la garantía de comunicación a la víctima, limitada al momento en que ésta “intervenga” en la actuación penal. No se precisa de una “intervención” en sentido procesal¹³⁸ para que las autoridades de investigación asuman los deberes que impone la garantía de comunicación que se proyecta en dos ámbitos: (i) información

¹³³ Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹³⁴ Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹³⁵ Sentencia T-1184 de 2001.

¹³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 2006

¹³⁷ Ibídem

¹³⁸ El artículo 340 de la ley 906 de 2004 establece que en la audiencia de formulación de acusación “se determinará la calidad de víctima, de conformidad con el artículo 132 de este código. Se reconocerá su representación legal en caso de que se constituya”.

acerca de los derechos que el orden jurídico establece para garantizar sus intereses en el proceso penal, y (ii) acceso a la información acerca de las circunstancias en que se cometió el delito, que forma parte del derecho “a saber”, el cual se materializa con la posibilidad de acceso al expediente o a las diligencias, desde sus primeros desarrollos. La interconexión e interdependencia que existe entre los derechos a la verdad, a la justicia, y a la reparación exige que la garantía de comunicación se satisfaga desde el primer momento en que las víctimas entran en contacto con los órganos de investigación. Los derechos a la justicia y a la reparación pueden verse menguados si se obstruye a la víctima las posibilidades de acceso a la información desde el comienzo de la investigación a efecto de que puedan contribuir activamente con el aporte de pruebas e información relevante sobre los hechos.”¹³⁹

En esta oportunidad se da, tal vez, uno de los saltos más relevantes en la configuración del proceso penal pues a más de reafirmarse e insistirse en su constitucionalización se hace notar su tendencia bilateral, esto es que ya no está previsto para la protección de los derechos del procesado sino igualmente para la víctima, pues más que la sanción al primero se busca la solución al conflicto con la participación de la última como aparece evidente en las siguientes afirmaciones “...para marcar su tendencia bilateral: d. El sistema procesal penal configurado por la Ley 906 de 2004 pone el acento en la garantía de los derechos fundamentales de quienes intervienen en el proceso (inculgado o víctima), con prescindencia de su designación de parte o sujeto procesal” y “A propósito del afirmado carácter bilateral del derecho a la tutela judicial efectiva, conviene recordar que la Corte se pronunció sobre el derecho de la defensa a intervenir aún antes de la formulación de imputación¹⁴⁰, lo que marca un umbral para la protección de los derechos de las víctimas a acceder a las diligencias, desde sus inicios, es decir, desde el momento en que entren en contacto con las autoridades, y aún antes de que se hubiese formalizado una “intervención” en sentido jurídico – procesal. La garantía de comunicación de los derechos de las víctimas no se satisface a plenitud, si se produce sólo al momento en que se produce “su intervención”, la misma, para que sea plena, debe producirse desde el momento en que las víctimas entran en contacto con los órganos de investigación.”¹⁴¹

Para concluir:

“67. La naturaleza bilateral del derecho a la tutela judicial efectiva, impone que se reconozcan a la víctima garantías de acceso a la justicia similares a las que se reconocen al imputado o acusado. No pretende desconocer la Corte las

¹³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 2006

¹⁴⁰ En la sentencia C-799 de 2005, la Corte declaró la constitucionalidad del artículo 8° que consagra el derecho de defensa del imputado a partir de que adquiriera tal condición, sin perjuicio del ejercicio de su derecho de defensa en la indagación e investigación anterior a la imputación.

¹⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 2006

*especificidades del nuevo sistema en el que se asignan a la Fiscalía unas competencias que propugnan por el restablecimiento del derecho y la reparación integral de la víctima (Art. 250.6 CP), sin embargo ellas no tienen la virtualidad de desplazar a la víctima, cuando en un ejercicio soberano de su derecho de acceso a la justicia, opta por agenciar por su cuenta (a través de su representante) sus intereses dentro del proceso penal.*¹⁴²

A partir de esta tendencia se reconoce a la víctima y su participación efectiva en toda la actuación, más allá de una simple identificación de sus intereses con los del Estado a través del ente investigador para incidir de manera directa, en el resultado del procedimiento y por sí mismas procurar la garantía de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Entonces deja de ser objeto a ser un sujeto de derechos con consecuencias procesales, en tanto la Corte Constitucional comienza a analizar las fórmulas de participación y a encontrar que son incipientes de acuerdo con la lógica plasmada.

Por lo que advirtió una seria de omisiones legislativas que obstaculizaban la participación de este nuevo protagonista y la defensa que podía asumir directamente de sus intereses, ejemplo de ello, fueron múltiples condicionamientos que impuso en la interpretación de la ley para así abrir su espectro y ahora: (i) le permite solicitar medidas de aseguramiento y de protección, pruebas anticipadas, asistir a la audiencia de imputación, oponerse a la petición de preclusión de la Fiscalía con elementos probatorios, solicitar el descubrimiento probatorio y hacer observaciones al mismo, peticionar la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de medios de prueba, presentar reflexiones al escrito de acusación y proponer nulidades, impedimentos, recusaciones o incompetencia (Sentencia C-209 de 2007); (ii) participar de los preacuerdos (sentencias C-516 de 2007 y C-059 de 2010), (iii) hacer solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, (C-454 de 2006), (iv) conocer la orden de archivo y ejercer sus derechos frente a éste (C-1154 de 2005) y, (v) para lo que le interesa al presente trabajo, intervenir en la audiencia de aplicación del principio de oportunidad (C-979 de 2005, C-209 y C-210 de 2007).

Prerrogativas que desde la redacción de la Ley 906 eran de competencia exclusiva de las partes, entendidas como Fiscalía y Procesado (defensa) y eventualmente, al Ministerio Público en los casos expresamente regulados y bajo ciertos parámetros.

Las restricciones que dejó incólumes quedaron rezagadas a *“los rasgos y características estructurales del sistema penal en cada una de sus etapas”* y la afectación de *“otros derechos y principios constitucionales no menos importantes”*¹⁴³ y por ello, no le permite una intervención activa en el juicio oral, en donde si le corresponde canalizar sus pedimentos a través del delegado de la Fiscalía así lo

¹⁴² Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 2006

¹⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C-260 de 2011

expuso en sentencias C-260 de 2011 y C-209 de 2007 en atención del principio de igualdad de armas y su no condición de parte, quienes básicamente se concentran en el juicio oral y público.

Lo anterior en el marco de la Ley 906 de 2004 y sus reformas, pues no hay que olvidar que en otros asuntos también avanzó en la protección de los derechos de las víctimas tales como la justicia penal militar y el proceso de justicia y paz, último en el que se destaca aún más la importancia de aquella.

▪ **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.**

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal ha estado ligada a los desarrollos de la Corte Constitucional y, en gran medida, es su punto de referencia al momento de tratar las problemáticas que por su competencia le corresponde asumir.

A diferencia de la Corte Constitucional no es fácil advertir una línea jurisprudencial concreta sobre el tema, sólo el conocimiento de algunos asuntos puntuales de acuerdo con los casos sometidos a su consideración en razón de su competencia, motivo por el cual se resaltarán algunos de estos de manera particular y de acuerdo con su relación con la temática estudiada.

Inicialmente y entre sus precedentes se resalta el concepto de víctima enfocado en la presencia de un daño y la inclusión de los perjudicados, es decir, más allá del sujeto pasivo de la acción penal.

“Adicionalmente se destaca que la víctima no tiene por qué identificarse con el sujeto pasivo de la acción, ni con el ofendido directamente con el delito, porque el concepto de víctima adoptado por el legislador colombiano es omnicompreensivo de todos los sujetos que resultan afectados con una acción delictual, al punto que tal calidad la pueden tener los familiares de quien recibe directamente la acción punible.”

(...)

Así mismo, cuando se dice que el daño causado a la víctima debe ser real, concreto y específico, no se están excluyendo supuestos en los que la víctima pueda resultar indemne desde el punto de vista de la relación acción-resultado pero mantener la calidad de tal en tanto en la legislación aparecen comportamientos punibles (por ejemplo, las acciones que quedan en grado de tentativa y los delitos de peligro) en los que la demostración del comportamiento antijurídico no reclama establecer una efectiva transformación de carácter ontológico.”¹⁴⁴

¹⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, segunda instancia 28788, 6 de marzo de 2008, citada en sentencia de segunda instancia 38367, 30 de mayo de 2012.

Daño que, como se observó al momento de tratar la conceptualización de víctima a la luz de los preceptos legales, se muestra como un punto de partida para identificar y reconocer a la persona que adquiere la calidad de víctima.

A quien define como “... *toda persona natural o jurídica que, individual o colectivamente, ha sufrido algún daño como consecuencia del injusto, menoscabo que debe ser real, concreto y específico, cualquiera sea su naturaleza*”¹⁴⁵ y cuyo identificación precederá del correspondiente estudio en el caso específico, pues será el contexto procesal el que marque las pautas para su reconocimiento como interviniente especial en el proceso penal¹⁴⁶.

Ahora, definida quien es víctima para esta Colegiatura, tal calidad será la que permita su participación en las diligencias (ya fuera de forma directa o través de la Fiscalía General de la Nación) en procura de defender la trilogía de derechos que se han venido en acuñar “*obtener respaldo judicial para conocer la verdad de lo sucedido, la justicia en el caso concreto y la reparación integral del daño sufrido a consecuencia de la conducta punible*”¹⁴⁷

Para lo cual reclama que el daño sea concreto y real, aunque no necesariamente patrimonial.

*“De donde se colige que dentro del marco de la Ley 906 de 2004, quien aspire a que se le reconozca su calidad de víctima como lo precisa el artículo 340 de dicha codificación procesal penal no le resulta suficiente que manifieste la causación de un daño genérico o eventual; es menester que señale el daño real y concreto inferido con el presunto delito, así se persigan meramente los objetivos de justicia y verdad y se prescinda de la reparación pecuniaria.”*¹⁴⁸

Ello, en atención al desarrollo legal nacional e internacional así como la jurisprudencia constitucional insistente en la necesidad de buscar alternativas que garantice sus derechos como una responsabilidad propia del Estado Social de Derecho:

En este punto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, también reconoce la obligación del Estado en garantizar los derechos de las víctimas como

¹⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, segunda instancia 40242. 12 de diciembre de 2012

¹⁴⁶ *Ibidem*. En similar sentido Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, segunda instancia 36513, 6 de julio de 2011, segunda instancia 34782, 9 de diciembre de 2010, segunda instancia 30280, 22 de agosto de 2008, casación 26255, 18 de junio de 2007

¹⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto Única Instancia 34282, 24 de julio de 2012.

¹⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Segunda Instancia 39812, 12 de diciembre de 2012. En similar sentido Segunda Instancia 36346, 15 de febrero de 2012, Segunda Instancia 37449, 19 de octubre de 2011

parte de su deber de impartir justicia y enlista, por ejemplo, las obligaciones que de manera particular están canalizadas a través de la Fiscalía General de la Nación al tenor del artículo 2 del Acto Legislativo 03 de 2002;

“1. Solicitar al juez que ejerza funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia del imputado al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

(...)

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

7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa...”¹⁴⁹

Lo cual deviene, igualmente, del mandato de proteger a todas las personas en sus derechos fundamentales y la persecución por el aparato judicial penal en casos de violaciones de acuerdo con las previsiones penales.

Además, avizora las fórmulas dadas en tal dirección bajo los marcos normativos de la Ley 600 de 2000 y 906 de 2004, desde los principios rectores de cada uno de ellos, entre ellos:

“Así, en la Ley 600 de 2000, que rige este caso, se elevaron a normas rectoras los principios de dignidad humana (artículo 1), igualdad (artículo 5), acceso a la administración de justicia (artículo 10) y, en especial, el de restablecimiento del derecho (artículo 21), según el cual es deber de todo funcionario judicial adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión del delito, procurar que las cosas vuelvan al estado anterior y se indemnicen los perjuicios causados con la conducta punible.

También se destaca la prohibición temporal de enajenar sus bienes por parte del procesado (artículo 62); la restitución del objeto material de libre comercio a quien sumariamente prueba su derecho (artículo 64); el embargo especial y la cancelación de los registros obtenidos fraudulentamente (artículo 66); las medidas de embargo y secuestro preventivo y las atinentes sobre remate de bienes encaminadas a la efectividad de la indemnización (artículo 60); el comiso (artículo 67); la obligación de reparar los daños ocasionados con el delito cuando se conceda la condena de ejecución condicional (artículo 65-3), entre otras.

¹⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Casación 39858, 21 de noviembre de 2012, Casación 24829, 18 de abril de 2007.

*En la ley 906 de 2004, los principios rectores y las garantías procesales (artículo 11) establecen como derechos de las víctimas los siguientes.*¹⁵⁰

De manera que reconoce la importancia en el ordenamiento jurídico colombiano de la víctima no sólo desde una perspectiva legal sino constitucional, al provenir de postulados constitucionales que se erigen como pilares del modelo estatal y que en concreto se van a ver representados en los derechos a la verdad, justicia y reparación¹⁵¹; es más, reconoce, que luego de acreditarse la condición de víctima, será el interviniente quien dirigirá sus pretensiones hacia uno o todos los derechos pues puede simplemente buscar la justicia o la verdad o la reparación o dejar alguno de lado.¹⁵²

Derechos que son entendidos por la Corporación, así:

*“...El primero [verdad], en cuanto implica el derecho a que se determine la naturaleza, condiciones y modo en que ocurrieron los hechos y a que se determine los responsables de tales conductas. Y, el segundo [justicia], en cuanto abarca la obligación del Estado a investigar lo sucedido, a perseguir a los autores y, de hallarlos responsables, a condenarlos.*¹⁵³

Descendiendo a los casos abordados por la Alta Corporación y tratándose del derecho a la verdad admite su participación en materia probatoria¹⁵⁴ desde los albores de la actuación de manera directa o a través de concurso de la Fiscalía General de la Nación en lo atinente a la fase de juicio oral, o que ejerza cualquier acto que, de acuerdo a los presupuestos legales, puede resultar plausible para obtener sus propósitos.

Lo que no exonera a los funcionarios de estar pendientes de los mismos en todo momento, pues pese a permitirse la participación de la víctima en la actuación, ésta está limitada por su no condición de “parte” al ser un interviniente especial, situación que debe ser consecuente con la etapa procesal y las estructura del proceso para, por ejemplo, no desquiciar el principio de igualdad de armas o las disposiciones legales en las cuales ante la omisión de su consideración limita tal posibilidad en desarrollo de la garantía al debido proceso.

¹⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Casación 39858, 21 de noviembre de 2012, Casación 24829, 18 de abril de 2007.

¹⁵¹ Véase, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, segunda instancia 32243, 11 de noviembre de 2009

¹⁵² Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto Única instancia 39293 del 14 de agosto de 2012

¹⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Casación 31475, 31 de septiembre de 2009

¹⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto Única instancia 31744, 7 de febrero de 2012

“Como lo ha reiterado la Sala en otras ocasiones, los derechos de las víctimas no pueden desvanecer la garantía de un debido proceso del acusado, toda vez que desconocer ese postulado implicaría victimizar el proceso penal y hacer nugatorio los derechos de los procesados reconocidos en instrumentos internacionales.

*Recuérdese que las víctimas tienen derecho a la verdad, la justicia y a la reparación, pero dentro de los límites de la legalidad, sin violentar los derechos de los acusados.”*¹⁵⁵

Así por ejemplo, no le es permitido presentar solicitud de cambio de radicación, simplemente por no ostentar la condición de parte como lo preciso en auto del 2 de octubre de 2012, Cambio de Radicación 39962¹⁵⁶.

También reconoce que los derechos de las víctimas se *“hallan en movimiento”*¹⁵⁷, pues la protección de los mismos se extiende durante las diferentes fases del proceso, por medio de las autoridades judiciales de forma directa cuando exista tal posibilidad.

Por tal vía, la Alta Corporación concluye que la intervención de la víctima en el proceso penal con tendencia acusatoria, en su condición de interviniente especial, se concentra así¹⁵⁸:

1. La titularidad de la acción penal está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación de conformidad con el artículo 250 de la Constitución, sin embargo, en ciertos casos

¹⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Casación 35192, 7 de septiembre de 2011. En similar sentido Casación 33989, del 9 de diciembre de 2010, y Casación 37596, del 18 de enero de 2011

¹⁵⁶ *“Del mandato legal deriva que la facultad de impetrar el cambio de radicación está dada para las partes, lo cual comporta que por decisión expresa de la ley se excluyó de esa potestad a la víctima, en tanto en el sistema procesal penal de la Ley 906 del 2004, la condición de “parte” solamente la tienen la defensa y la Fiscalía, en tanto la víctima es un “interviniente”, no parte.*

Tan claro es lo anterior, que la disposición en cita aludió a las partes y al Ministerio Público, en el entendido evidente de que el último tampoco tiene condición de parte, sino de interviniente y, por ello, ante el propósito legislativo de permitirle invocar el cambio de radicación, fue necesario incluirlo de manera específica, pues, de no hacerlo, quedaría igualmente excluido pues el concepto de “partes” no lo cobijaba.

4. La jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado respecto de los derechos que le asisten a la víctima, que si bien deben ser garantizados en el trámite procesal penal, ello debe serlo de manera conjunta con el respeto de otros derechos como el debido proceso y, por ello, tratándose de la postulación y práctica de pruebas en el juicio, se impone que lo haga de la mano de la Fiscalía, única parte autorizada para, junto con la defensa, introducir lo medios probatorios en el juicio para conocimiento y decisión del juez (confrontar auto del 7 de diciembre de 2011, radicado 37.596).” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto Cambio de Radicación 39962, 2 de octubre de 2012

¹⁵⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Segunda instancia 27052, 23 de mayo de 2007.

¹⁵⁸ Véase, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Casación 37596, del 18 de enero de 2011

es necesario que tal facultad se active con la denuncia o querrela, casos en los cuales le corresponde a la víctima el primer impulso.

2. A estar enterada de la celebración de audiencias, formas de allegar información relevante a la actuación en sede de indagación (inclusive) y obtener medidas de protección.

3. Puede adelantar su propia investigación y recaudar elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, con la condición que canalice a través de la Fiscalía en la etapa de juicio; ello, por cuanto tal recaudo lo puede hacer en apoyo a la labor de dicho ente.

4. Solicitar la reanudación de la indagación en caso de archivo y aportar elementos materiales probatorios con tal propósito.

5. Presenciar la audiencia de imputación, solicitar pruebas anticipadas y medidas de aseguramiento (personal y materiales) con el cumplimiento de las exigencias que ello requiere, entre ellas, descubrimiento probatorio de los elementos materiales que la soportan y el ejercicio de la controversia por al defensa.

6. Reclamar medidas de protección del artículo 342.

7. Participar y oponerse a la solicitud de preclusión, con facultades en materia probatoria relativa a ella.

8. Participar y controvertir la prueba aducida en la acusación, cuando la Fiscalía acude al principio de oportunidad en los términos del artículo 327, modificado por el artículo por el artículo 5 de la Ley 1312 de 2009.

9. Hacer observaciones al escrito de acusación, solicitar nulidades, manifestar causales de impedimento e incompetencia.

10. Solicitar el descubrimiento de elementos probatorios de manera general o concreta, hacer observaciones frente al mismo y las pruebas que se harán vales en el juicio; puede solicitar su exhibición para su estudio y peticionar la exclusión, rechazo o inadmisión de los medios de prueba.

Todo esto dependiendo de la etapa procesal que se esté evacuando con restricción fundamentalmente en la etapa del juicio, especialmente, en la práctica de pruebas de manera que deba acudir a la Fiscalía como su intermediario y actuar como un solo equipo, conclusión a la que arriba, tomando nuevamente la connotación de interviniente especial, la estructura del proceso y la forma como el juicio se debe desarrollar en plena igualdad entre las partes y con apego al debido proceso, para dar mayor importancia al principio adversarial, como contienda entre dos oponentes.

En este contexto, vuelve a insistir en el papel de custodio de la Fiscalía de los intereses de la víctima, quien, se reitera, en tal momento procesal debe actuar de manera conjunta y la institución asumir la representación de su causa, razón por la cual cualquier inconveniente o desacuerdo deberá solucionarlo a nivel interno.

“No debe dejarse de lado que, independientemente de sus derechos y de la obligación de la administración de justicia de garantizárselos, constitucional y legalmente la víctima no es “parte”, sino “interviniente” procesal y permitirle la participación absoluta en el juicio, sin límites, equiparándola a la defensa y a la Fiscalía, comportaría desnaturalizar su carácter para convertirla en “parte”.

Desde un criterio de ponderación se tiene, entonces, que en el desarrollo del juicio se impone garantizar la participación efectiva de la víctima en aras de la protección de sus derechos, pero igual deben protegerse los derechos a un debido proceso constitucional y legal y los del acusado, contexto dentro del cual la solución propuesta surge justa, en tanto hace efectiva la potestad del perjudicado de solicitar pruebas, sólo que por intermedio del adversario habilitado para introducirlas, lo cual, a su vez, garantiza no solamente el respeto al esquema de enjuiciamiento criminal, sino que el acusado se defenderá de un solo oponente.”¹⁵⁹

A grandes rasgos así entiende la Corte Suprema a la víctima y su intervención en el diligenciamiento, la defensa y garantía de sus derechos de manera directa y por intermedio de las autoridades, Fiscalía e incluso jueces, sin embargo no cómo parte de una retaliación de particulares sino como el ejercicio legítimo de la acción punitiva exclusiva del Estado.

Lo cual no deja de tener puntos inconclusos, pues en figuras como el principio de oportunidad e incluso de los preacuerdos, la identificación de los derechos en juego y la prevalencia de éstos con los fines del proceso aún no se observa claro.

Como muestra de ello, en un caso de preacuerdo, dicha colegiatura afirmó que su inconformidad no podía entenderse como veto:

“A pesar que las normas relacionadas con los preacuerdos y negociaciones no contemplan la participación de las víctimas, las mismas fueron halladas conforme con la Constitución Política de manera condicionada, en el entendido que la víctima también puede intervenir en ellos, debiendo ser oída e informada de su celebración por el fiscal, oída igualmente por el juez encargado de aprobarlo, quien al mismo tiempo deberá observar que el mismo no quebrante las garantías del imputado o acusado y de la misma víctima¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Casación 37596, del 18 de enero de 2011

¹⁶⁰ La Corte Constitucional mediante la sentencia C-516 de julio 7 de 2007, declaró exequibles los artículos 348, 350, 351 y 52 de la ley 906 de 2004, bajo dicho condicionamiento.

Sin embargo, ese reconocimiento en ningún momento le otorga a la víctima el derecho de veto, sino simplemente la facultad de ser oída e informada durante su trámite.”¹⁶¹

Y precisamente llama a un juicio de ponderación entre los fines del proceso así como los derechos del procesado y la víctima, solución que mucho tiene que ver con la propuesta de este trabajo como se desarrollara en el capítulo siguiente.

“La doctrina constitucional y penal recientes han sido uniformes en sostener que el derecho de la víctima de un delito a participar en el proceso penal tiene por finalidad no sólo obtener una indemnización por los daños causados con el hecho punible, sino también, que se establezca la verdad de lo sucedido y que se haga justicia.

La garantía a la verdad presupone que la víctima es titular del derecho a saber lo que realmente ocurrió y las identidades de los responsables. El derecho a que se haga justicia implica que el Estado está en el deber de investigar lo sucedido, de perseguir a los autores del hecho y de sancionarlos adecuadamente. Y el de reparación del daño causado, que se restablezca la situación anterior a la comisión del delito o se produzca una compensación económica integral por los perjuicios derivados de la conducta punible.¹⁶²

Esta trilogía de intereses le otorga a la víctima del delito el derecho a intervenir activamente en el proceso penal y a desempeñar un papel protagónico en el curso del mismo. Pero esto no significa, como pareciera entenderlo el casacionista, que su ejercicio carezca de límites o de control, o que su voluntad deba primar sobre las regulaciones del ordenamiento jurídico, o las garantías reconocidas a los demás intervinientes en el proceso penal.

La propia Corte Constitucional ha reconocido que los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, no son absolutos, y que su ejercicio, al igual que el de otros derechos, está limitado por las restricciones que le imponen la normatividad misma, los fines que orientan el proceso penal, el ámbito esencial de los derechos que dice reclamar y las garantías fundamentales de los demás intervinientes en el proceso.”¹⁶³

¹⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Casación 36502, 5 de septiembre de 2011

¹⁶² Sobre el tema pueden ser consultadas las Sentencias de la Corte Constitucional C-1149/01, SU-1184 de 2001, C-228 de 2002, C-899/03, C-209/07. También, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de 11 de julio de 2007 (radicado 26945) y 11 de marzo de 2009 (radicado 30510), entre otras.

¹⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Casación 30800, 1 de julio de 2009

Conclusiones

1. De la mano de instrumentos internacionales, el concepto de víctima y sus derechos ha venido evolucionando, situación que no ha sido indiferente a Colombia, en tanto en la legislación penal se ha iniciado su tratamiento, reconociendo su rol protagónico y estableciendo formas que faciliten su participación en procura de garantizar sus derechos, especialmente, a la verdad, justicia y reparación.
2. De la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones y el Estatuto de Roma se pueden obtener ciertos elementos que identifican a la víctima como concepto, entre los que se destacan, el daño proveniente de la conducta delictiva, el cual dependerá del contexto del instrumento por el cual se procede, el ente sobre el cual recae, entendiendo persona natural o jurídica, individual o colectiva, el tipo de daño que puede recibir físico, mental, emocional, patrimonial y su posible extensión a familiares, personas a cargo o quienes intervienen en procura de prestar ayuda o impedir el hecho; puntos que se observan en la legislación penal colombiana.
3. Víctima en nuestro contexto nacional se puede definir como aquella persona (individual o colectivo, natural o jurídica) que sufre un daño físico, mental, emocional o patrimonial como consecuencia de una acción u omisión que viole la ley penal y su rol dentro del proceso, no es como parte, ni como simple interviniente, le concede la categoría de *interviniente especial* con lo cual tiene capacidades especiales para defender sus intereses de manera independiente a la Fiscalía, situación que ha sido desarrollada especialmente por la Corte Constitucional ante la verificación de omisiones legislativas.
4. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el proceso es de doble vía, puesto que el sujeto protagonista no es el presunto infractor de la ley penal sino igualmente la víctima y por ello, las garantías fundamentales procesales se amplían a éste último, incluso más allá del resarcimiento pecuniario por la conducta (reparación) pues se reconoce en el ámbito nacional la tendencia internacional relativa a la existencia de otros tantos derechos, entre ellos, sobresalen a la verdad y la justicia.
5. Para la Corte Suprema de Justicia el concepto de víctima está especialmente enfocado en la presencia de un daño y la inclusión de los perjudicados, es decir, más allá del sujeto pasivo de la acción penal y, su participación es como interviniente especial, lo cual no supone su entendimiento como parte y por ello es cuidadosa de analizar sus facultades en la actuación penal de acuerdo con la fase procesal, su estructura y la garantía del principio adversarial, especialmente, en el juicio oral y público, de manera que en este punto es importante que la Fiscalía General de la

Nación asuma la representación de sus intereses en cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 2 del Acto Legislativo 03 de 2002.

3. PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO CON RELACIÓN CON LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Hasta este momento se ha hecho un análisis independiente del principio de oportunidad y la víctima y sus prerrogativas procesales como garantía de sus derechos, razón por la cual en este acápite se pretende hacer la conexión entre estos, para ello, entendiendo que el primero es una institución procesal y el segundo, a veces asume el rol de un sujeto de derechos y otras, se evidencia como un objeto de protección, de manera que se analizara tales supuestos.

Así frente al vacío del tratamiento legislativo en cuanto al peso de la intervención de la víctima al momento de aplicarse el principio de oportunidad, como se dijo en un acápite anterior, ello sólo es claro en el artículo 325 de la Ley 906 de 2004, modificado, tratándose de la suspensión del procedimiento a prueba, en donde el acuerdo de la víctima con el procesado en lo atinente a una reparación puede dar lugar a la suspensión de la acción penal, cumplida tal condición, la Fiscalía renunciaría a ella.

Caso que es paradigmático, pues es clara la procedencia del mecanismo, sus efectos y el peso de la intervención de la víctima para llegar a esta forma de terminación anticipada del proceso; sin embargo, no se puede decir lo mismo de todas las situaciones planteadas en la legislación, pues si bien se habló de su intervención en la audiencia de control judicial por el Juez de Control de Garantías y facultades para controvertir la prueba, nada se dice sobre los efectos de su oposición.

De manera que este será el puntual asunto que se verá en este acápite, para lo cual se aproximara a la visión de algunos autores nacionales, para luego ver la fórmula de la Corte Constitucional y finalmente, a partir de ésta, exponer a tesis objeto de este trabajo.

3.1. Formas de participación

3.1.1. Doctrina Colombiana

En el campo doctrinario colombiano, para los autores no es claro si deben ser interpretados los derechos de las víctimas como exigencia¹⁶⁴ o supuesto previo de la

¹⁶⁴ Véase BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. “*El Proceso Penal. Fundamentos Constitucionales del nuevo sistema acusatorio*”. Universidad Externado de Colombia. Colombia. 2004

aplicación del principio, puesto que a más de que se den los requisitos del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, está que la sea medida razonable de tal manera que los beneficios que se obtienen justifiquen los perjuicios que se causen a los derechos de las víctimas.

Así para Alfonso Daza González¹⁶⁵ el papel de la víctima y sus garantías deben preservarse al momento de realizar el control judicial sobre la legalidad del acto y ratifica su relevancia frente a la protección de los derechos de las víctimas, en particular a la justicia, la verdad y la reparación¹⁶⁶ así lo mencionó:

“Por lo tanto, en ponencia para primer debate al Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002, al tratar el tema de la indemnización causada por los perjuicios ocasionados y el principio de oportunidad, ya que el fiscal ‘podrá acudir a esta opción para los casos que permita la ley, como posible modo de evitar el juicio, siempre y cuando se indemnice integralmente a la víctima’¹⁶⁷. Por consiguiente, se estaría aplicando una economía procesal en el sistema judicial dando pase a otros procesos, pero con la seguridad que la víctima quedará satisfecha con lo resuelto ya sea mediante una conciliación, indemnización integral, desistimiento o transacción.”¹⁶⁸

Sin excluir la posibilidad de que dada la extinción del proceso se acuda a la vía civil o a la acción de extinción de dominio.

Punto en el que avanza para sostener que con la aplicación del principio de oportunidad en nuestro sistema la víctima es visible y sus derechos son protegidos contrario a una visión de impunidad, por ejemplo, que se puede imaginar ante la renuncia en la persecución penal. Al respecto señala, que tal protección se consolida a través del ente investigador.¹⁶⁹

De manera que no puede ejercerse la acción penal dentro desde la óptica de una venganza personal y en ello el autor toma posición en la intervención de las víctimas frente al control de legalidad efectuado por la judicatura, en tanto considera que sus intereses son considerados incluso por el ente investigador y es el Juez quien definirá el asunto.

¹⁶⁵ DAZA GONZÁLEZ, ALFONSO. “*Víctima en el Sistema Procesal Penal Acusatorio a partir del Acto Legislativo 03 de 2002*”. Universidad Libre de Colombia. Bogotá, Colombia. 2006

¹⁶⁶ *Ibíd.* Pág. 46

¹⁶⁷ Cámara de Representantes. Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002. Gaceta del Congreso N° 148. Bogotá D.C. Imprenta Nacional de Colombia, 7 de mayo de 2002. Pág. 4.

¹⁶⁸ DAZA GONZÁLEZ, ALFONSO. “*Víctima en el Sistema Procesal Penal Acusatorio a partir del Acto Legislativo 03 de 2002*”. Universidad Libre de Colombia. Bogotá, Colombia. 2006. Pág. 46

¹⁶⁹ DAZA GONZALEZ, Alfonso. “*La Discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal*” Universidad Libre de Colombia. Primera Edición. Bogotá- Colombia. 2011. Pág. 256

Por su parte Ricardo Molina López en su obra *Principio de oportunidad y aceptación de responsabilidad en el proceso penal* luego de hacer un acucioso estudio del principio de oportunidad así como sus manifestaciones en los Códigos Procesales Penales de 1991, 2000 y 2004 como una alternativa a la persecución penal por parte del Estado y bajo una fórmula de discrecional reglada con afán eficientista, considera que si bien con la introducción del nuevo sistema se pretende dar relevancia a la víctima y sus derechos de cara a las formas de terminación anticipada del proceso, resultan casi nulas sus garantías como quieran que quedan abandonadas a su suerte.

Así lo refirió:

“Con todo, el modelo procesal que contiene este código procesal se caracteriza por fundamentalmente por una afán de eficientismo, para lo cual presenta un amplio abanico de posibilidades de negociación con el procesado a fin de que éste acepte una responsabilidad penal con fundamento en la verdad formal construida a partir de la mutua conveniencia con el Estado; como consecuencia de ello, la pretensión reparadora que pueda tener la víctima queda excluida en el plano operativo y, por tanto, esa pretensión tiene que presentarse y discutirse ante la jurisdicción civil¹⁷⁰. Así pues se evidencia una discordancia entre los fines que se pretenden lograr a favor de la víctima y los medios dispuestos para su efectiva realización. En la Ley 906/2004 nunca se menciona, en las normas relativas al allanamiento y las negociaciones con la Fiscalía General de la Nación, que la víctima pueda participar activamente de esas diligencias¹⁷¹; tan sólo se le dice que ‘las reparaciones efectivas a la víctima que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado, pueden aceptarse por la víctima (...) en caso de rehusarlos, esta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes’¹⁷². Esta situación motivo a que estas disposiciones fueran demandadas por inconstitucionales y en virtud de ello la Corte Constitucional profirió la SCC/C n° 516 de 2007, donde otorga la razón a los demandantes y ordena a los operadores jurídicos, en este fallo aditivo a la ley, incluir a las víctimas como participantes activos con pretensiones en los trámites de los preacuerdos y negociaciones¹⁷³. Lo cierto es que en la práctica la decisión

¹⁷⁰ Vid. M. DEL P. MARTIN RIOS, *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal*. Madrid, La ley, 2007, p. 5: “[El sistema de reparación anglosajón] Se caracteriza por la nítida separación entre los procesos civiles y penales, no cabiendo la articulación de la pretensión civil en el curso del proceso penal. Por ello, cualquier género de expectativa indemnizatoria que, a raíz del padecimiento de un hecho delictivo, tenga el perjudicado, deberá hacerse en el proceso civil”.

¹⁷¹ Cfr. Ley 906/ 2004, arts. 348 al 354.

¹⁷² Cfr. Ley 906/ 2004, arts. 348 al 351 num. 6.

¹⁷³ Vid. SCC/C n°516 de 2007, M.P.: J. CÓRDOVA TRIVIÑO: “Es evidente que las normas que regulan los preacuerdos y las negociaciones, no contemplan un mecanismo de participación de las víctimas en estas instancias procesales, ni siquiera un papel pasivo o una intervención mediada por el fiscal. Corresponde entonces establecer si tal omisión del legislador, como lo señalan los demandantes es inconstitucional. (...) No se observa una razón objetiva y suficiente que justifique la exclusión de la víctima de la facultad de intervención en los preacuerdos y las negociaciones, como quiera que se trata de actuaciones que se desarrollan en una fase previa al juicio oral, justamente con el propósito de evitar esa etapa mediante una sentencia anticipada que debe ser, en lo posible, satisfactoria para todos

*constitucional no se aplica, precisamente por la celeridad y el eficientismo que subyace en esta clase de procesos, frustrando las expectativas de la víctima*¹⁷⁴.¹⁷⁵

En la corriente de una mayor representación de las víctimas y un rol preponderante en el proceso, la cual ya se había hecho mención anteriormente, Julio Andrés Sampredro Arrubla¹⁷⁶ retoma la victimización como un factor de humanización del sistema penal e insiste en la mayor atención frente a los derechos a la verdad, justicia y reconciliación de la víctima y, como consecuencia de ello, su participación activa en el mismo, pero sin dar una salida en concreto sobre cómo entender esa participación en la audiencia y sus consecuencias.

En el libro “*Principio de oportunidad*” de Alejandro Garzón Marín y César Londoño Ayala, la participación de la víctima se ve como un mecanismo de control de la discrecionalidad del ente investigador que se circunscribe básicamente al deber de información y a la posibilidad de oposición por medio de un recurso especial u ordinario que se relaciona con la conveniencia de la medida.

Señalando que en algunos casos devolver el conflicto a la víctima y exigir la reparación previa, resulta ser una medida más proporcional y racional frente al desgaste del aparato punitivo.

Igualmente analizan el principio de oportunidad desde diferentes autores así como las modalidades en que se puede presentar y llama la atención de cara a nuestro ordenamiento en la manera como el principio contempla tanto la disposición de la acción y la persecución del ilícito bajo una misma conceptualización.

los actores involucrados en el conflicto. La garantía de intervención de la víctima en la fase de negociación no tiene entonces la potencialidad de alterar los rasgos estructurales del sistema adversarial, ni modifica la calidad de la víctima como interviniente especialmente protegido. Con la intervención de la víctima en esta fase no se auspicia una acusación privada paralela a la del fiscal, dado que el acuerdo se basa en el *consenso*, el cual debe ser construido tomando en cuenta el punto de vista de la víctima (...) De lo anterior surge que, tal como fue diseñado por el legislador, la víctima no tiene ninguna posibilidad de fijar su posición sobre los términos del acuerdo celebrado entre el fiscal y el imputado o acusado, mediante el cual se puede prescindir de hechos que pueden ser relevantes para la víctima en términos de verdad y de justicia, y también puede afectar las consecuencias del delito (Art. 351 inciso 2°) con clara repercusión sobre el derecho a la reparación integral de la víctima.”

¹⁷⁴ Con un juicio realizado frente al ordenamiento español, pero perfectamente aplicable al caso colombiano, vid. M. DEL P. MARTIN RIOS, *La víctima en el proceso penal español*, Santiago de Chile, Edt. Metropolitana, 2008, p. 332: “En definitiva, si el cumplimiento estricto de la oportunidad propuesta pasa, inexorablemente por la preterición de la víctima para, en sucesivas avanzadillas legislativas, acabar por proponer su total desaparición, habría que plantearse has qué punto resulta conveniente su aplicación en un sistema como el nuestro que, a diferencia de muchos otros de nuestro entorno, aun mantiene un reducto de actuación procesal victimal”.

¹⁷⁵ MOLINA LÓPEZ, RICARDO. “*Principio de oportunidad y aceptación de responsabilidad en el proceso penal (Aproximación histórica a las fuentes jurídicas y análisis de la legislación vigente)*”. Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín, Colombia. 2010. Págs. 161, 162 y 163.

¹⁷⁶ Véase SAMPEDRO ARRUBLA, JULIO ANDRÉS. “*La humanización del proceso penal. Una propuesta desde la victimología*”. Legis. Colombia. 2003

José Joaquín Urbano Martínez en *“Los fines constitucionales del proceso penal como parámetros de control del principio de oportunidad”* indica como un supuesto de la aplicación del principio de oportunidad el esclarecimiento de los hechos relevantes así como la existencia de elementos probatorios que encaminen hacia la demostración de las responsabilidades –al menos los de la imputación–, como quiera que el principio no puede emplearse como un instrumento para archivar investigaciones deficientes sino como un mecanismo que se enmarca dentro de la política criminal del Estado.

Y frente al cual insiste en el respeto de los derechos de las víctimas y del imputado, a cargo, tanto del Fiscal como del Juez.

“El descubrimiento de la verdad, en las condiciones ya indicadas, no sólo es un derecho de la víctima sino también un fin autónomo del proceso penal. La realización de la justicia, en cuanto negación de la impunidad, se satisface en tanto el principio se aplique con sujeción a sus fundamentos constitucionales y con estricto respeto a su configuración legal. Y reparación del daño causado con el delito constituye un presupuesto para la aplicación del principio pues el artículo 328 de la Ley 906 dispone que el fiscal debe tener en cuenta los intereses de las víctimas, es decir que debe condicionar la razonabilidad de su proceder a la consideración, por parte del imputado, de la situación de la víctima y sus derechos y al cumplimiento de las medidas de reparación inherentes.”¹⁷⁷

Uno de las aproximaciones tal vez más importantes sea la de José Fernando Mestre Ordóñez, quien en su libro *“La Discrecionalidad para acusar. La Fiscalía y el principio de oportunidad en el Estado social de derecho”* además de referir como deben ser considerados los derechos de las víctimas con relación al principio, presenta una propuesta integradora con la cual se garantice éstos por parte del ente investigador quien a más de considerarlos en procura de atender el conflicto social que subyace en el proceso penal debe incentivar, por ejemplo, procesos de justicia restaurativa así como presentar una motivación suficiente que justifique su empleo, *“si se consultaron, valoraron y protegieron los intereses y derechos de las víctimas y si se respetaron los principios generales del derecho”¹⁷⁸*, reduciéndose las posibilidades de arbitrariedad.

“Por lo anterior y por ser una función propia de la Fiscalía, el análisis del principio de oportunidad debe tener en cuenta a las víctimas tanto para decidir su aplicación como para decidir una acusación. En efecto, a veces es más conveniente para las víctimas que no haya proceso y ello puede ser factor determinante para se aplique el

¹⁷⁷ URBANO MARTÍNEZ, JOSÉ JOAQUÍN. *“Los fines constitucionales del proceso penal como parámetros de control del principio de oportunidad”*. Procuraduría General de la Nación. Colección de Pensamiento Jurídico No. 19. Colombia. 2006. Pág. 44

¹⁷⁸ MESTRE ORDÓÑEZ, JOSÉ FERNANDO. *“La Discrecionalidad para acusar. La Fiscalía y el principio de oportunidad en el Estado social de derecho”*. Pontificia Universidad Javeriana. Colección Criminología y Victimología 4. Bogotá, Colombia. 2003. Pág. 150

principio de oportunidad. Pero además, cada vez que se vaya a tomar esta decisión, sus intereses deben ser consultados, pues las consideraciones particulares que se hagan no pueden pasar por encima de los derechos de las víctimas, los cuales están incorporados al bloque de constitucionalidad por estar incluidos en tratados internacionales de protección de derechos humanos. Asimismo, debe tenerse en cuanto que los procesos de justicia restaurativa pueden brindar una mejor respuesta para las víctimas que el proceso penal clásico, lo cual puede llegar a ser determinante en el momento de decidir la aplicación del principio de oportunidad.”¹⁷⁹

Autor que en la segunda edición de su obra analiza de manera más particular la participación previa y posterior de la víctima en el proceso de toma de la determinación sobre el principio de oportunidad a la luz de los artículos 11, 136, 328 y 330 de la Ley 906 de 2004 así como la sentencia C-209 de 2007, sosteniendo además que los derechos de las víctimas deben ser parte del entendimiento de la política criminal al incidir directamente en la decisión así como en la búsqueda de alternativas con las cuales se den por satisfechos.

Adicionalmente y tratándose de la reciente reforma un importante aporte se encuentra en el Modulo “Principio De Oportunidad Y Política Criminal de la Discrecionalidad Técnica a la Discrecionalidad Política Reglada” de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” cargo de Alejandro David Aponte Cardona en donde se hace una análisis del principio de oportunidad y una breve referencia a las víctimas en cuanto deben ser consideradas ya por los operadores de la administración para dar solución a los conflictos sociales, abordando la reforma legislativa que se venía trabajando y que dio paso a la expedición de la Ley 1312 de 2009.

*“Los fiscales y jueces participan entonces en la configuración de la política criminal del Estado, al tomar decisiones y adelantar valoraciones sobre contextos fácticos específicos, a la luz de normas preestablecidas y de carácter general. Por todo lo expuesto, se insiste una vez más, antes de caer en la trampa de anteponer erróneamente legalidad y oportunidad, y ver ésta como excepcional, como sinónimo de poco posible o de temor en la aplicación, los fiscales y jueces deben ver en este principio una herramienta privilegiada para cumplir con los mismos objetivos del sistema penal acusatorio, por no hablar, desde luego, de objetivos que tienen que ver más con la función de fondo que cumple un juez de garantías y un juez penal en general, en un Estado social de derecho.”*¹⁸⁰

Estas propuestas reconocen la importancia tanto del instituto como de los derechos de las víctimas, sin embargo, no dan cuenta de una solución definitiva a vacío legislativo

¹⁷⁹ Ibídem Pág. 165

¹⁸⁰ APONTE, Alejandro David. “Principio de oportunidad y política criminal de la discrecionalidad técnica a la discrecionalidad política reglada”g. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial ‘Rodrigo Lara Bonilla’ 2010. Pág. 75

existente frente al valor o forma de interpretación de la intervención del interviniente especial al momento de aplicarlo de manera definitiva o provisional de acuerdo con las fórmulas establecidas en el ordenamiento jurídico.

Situación que no es ajena a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, autoridad que en su labor advirtió la problemática pero no fue claro en su abordaje, como pasa a verse.

3.1.2. Jurisprudencia Corte Constitucional

Desde la jurisprudencia, particularmente de la Corte Constitucional, se resaltan dos decisiones¹⁸¹ en las cuales se precisó el alcance de los derechos de las víctimas en el proceso ante la aplicación del principio de oportunidad: C-095 de 2007 y C-209 de 2007.

En la primera de ellas, aparte de analizar la figura del principio de oportunidad de cara a las causales establecidas, reconoce la importancia de que éstas sean establecidas de manera clara en la ley, recalcando en la responsabilidad del legislador así como del fiscal en su previsión y empleo, respectivamente y en el que los derechos de las víctimas no pueden pasar inadvertidos como quiera que responden a compromisos adquiridos a través de instrumentos internacionales así como el mandato expreso de preceptos contemplados en la Carta Constitucional y los que deberán ser –ya en el caso concreto- verificados por el Juez de Control de Garantías.

Presenta dos puntos importantes nuevamente, la víctima como un sujeto de ciertas garantías procesales que le permiten actuar en ciertas diligencias, así por ejemplo, la de controvertir a prueba y, otro, como objeto de protección, pues será el Fiscal quien deberá valorar sus intereses y derechos al momento de proceder y solicitar la aplicación del principio de oportunidad.

Así se puede advertir de esta cita:

“Repárese, por ejemplo, que el artículo 11 reconoce a las víctimas los derechos sin duda sustanciales “a una pronta e integral reparación de los daños sufridos”, y a “recibir... información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas”. Obsérvese que estos derechos no se confieren supeditados a la inaplicación del principio de oportunidad, sino de manera incondicionada. Obsérvese también que la ley establece que las víctimas tienen derecho a que “se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto”. Es decir, a que en el momento en que el fiscal estudia la

¹⁸¹ Sobre el principio de oportunidad también puede consultarse las sentencias de la Corte Constitucional C-673 de 2005, C-210 de 2007 y C-342 de 2007, sobre los derechos de las víctimas C-228, C-580, C-875 de 2002, C-228 y C-004 de 2003, C-014 de 2004 y C-370 de 2006

posible aplicación del principio de oportunidad, sus intereses, es decir sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, sean ponderados con los beneficios sociales que se derivarían de la falta de persecución. Véase también que el artículo 137 confiere a las víctimas el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal, incluida la decisión sobre la aplicación del principio de oportunidad, “en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación” y no solamente a esta última. Así mismo el artículo 327 obliga al fiscal a tener en cuenta los intereses, es decir los derechos de las víctimas, y de manera concreta indica que para esos efectos las deberá oír “en la aplicación del principio de oportunidad”. Se trata pues de unas garantías procesales de carácter instrumental, es decir adoptadas como medio para asegurar la eficacia de los derechos sustanciales de las víctimas de delitos.

En conclusión, las disposiciones transcritas contienen normas procesales de efectos sustanciales en la órbita de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas, específicamente relevantes a la hora de aplicar el principio de oportunidad penal. Por ello no pueden ser consideradas como simples disposiciones rituales sin referencia a dicho principio.”

Pareciera un intento por limitar la discrecionalidad de la Fiscalía más allá de las propias de la estructura reglada de las causales, pues ya sería importante la garantía de los derechos de las víctimas dentro del modelo penal que se implementa en nuestro país.

Por su parte en la C-209 de 2007, además de llamarse la atención sobre el rol que asume la víctima en el proceso penal con tendencia acusatorio como interviniente especial, llama la atención sobre las formas como debe entenderse su participación activa al momento de definirse en caso que se pretenda aplicar el principio de oportunidad.

Precisa la facultad que tiene de recurrir la decisión que tome el juez de control de garantías –declarando inexecutable el aparte del inciso segundo del artículo 327 pertinente, previa modificación- así como la necesidad de atender el interés de la víctima por el fiscal cuando renuncia a la acción, no sólo desde el punto pecuniario, sino desde los derechos que en múltiples decisiones se ha resaltado: la verdad, justicia y reparación.

“De conformidad con lo que establece el artículo 328 de la Ley 906 de 2004, el fiscal debe “tener en cuenta los intereses de la víctima” al aplicar el principio de oportunidad. Considera la Corte que es necesario precisar el sentido de las expresiones “intereses de la víctima”, y “tener en cuenta,” empleadas en el artículo 328. En relación con la expresión “intereses”, observa la Corte que ésta no se circunscribe al eventual interés económico de la víctima que busca la reparación del daño causado por el delito. Como quiera que la víctima acude al proceso penal para obtener la satisfacción de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, y así

se reconoce en la misma Ley 906 de 2004, la expresión se refiere en realidad a los derechos de las víctimas, por lo que al aplicar el principio de oportunidad el Fiscal deberá considerar tales derechos integralmente, no un mero interés económico. Adicionalmente, precisa la Corte que la locución “tener en cuenta” significa valorar de manera expresa los derechos de las víctimas, a fin de que ésta pueda controlar esa decisión ante el juez de control de garantías y tenga fundamento material para apelar la decisión del juez que estime lesiva de sus derechos.”

En efecto, en dicha decisión se hace un ejercicio de armonización de los derechos de las víctimas reconocidos constitucionalmente así como las nuevas implicaciones de la reforma constitucional introducida con el Acto Legislativo 03 de 2002 en el que permite un margen de discrecionalidad reglada al ente investigador para interrumpir, suspender o renunciar al ejercicio de la acción penal.

3.2 Hipótesis de solución

Estos son, a grandes rasgos, las propuestas del manejo de los derechos de las víctimas y su participación al momento de solicitar la aplicación del principio de oportunidad; sin embargo, no es claro como esas prerrogativas pueden materializarse en casos concretos, pues en algunos eventos pueden simplemente reñir los intereses del ente investigador y la víctima. Piénsese, por ejemplo, cuando la causal por la cual se solicita el aval del juez de garantías se erige en la colaboración eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada (causal 4, artículo 324), pero aún no se tiene claridad sobre la verdad de los hechos y responsables y por tal razón la víctima considera que no es viable tal solicitud en tanto no ve garantizados sus derechos mientras que el ente investigador observa con tal ayuda la forma como a gran escala atacar la delincuencia organizada.

Tales posiciones son presentadas ante el juez de garantías quien tendrá que decidir si da o no aplicación a dicha salida alternativa, entonces, no solamente está en cabeza de la Fiscalía la guarda o custodia de los derechos de las víctimas sino igualmente de la judicatura.

La propuesta de este trabajo va más allá de las obligaciones de la Fiscalía frente a la víctima, pues incluye a la judicatura y cómo puede emplear el juicio de proporcionalidad como herramienta de trabajo para adoptar su decisión.

Lo anterior, al vislumbrarse que luego del esfuerzo de la Corte Constitucional por superar las omisiones legislativas y dar mayores facultades para que la víctima asuma la defensa de sus intereses, incluso en contravía de los la Fiscalía, deja en este puntual asunto la reconsideración de sus derechos al ente investigador y casi pasa desapercibido al juez de control de garantías, a quien, en principio, le correspondería tan sólo ver que el Fiscal, efectivamente, consideró a la víctima.

No se crítica que se haga tal llamado, como quiera que es la misma Constitución la que lo impone, solo que al haber reconocido su importancia, la doble vía en la que ahora se trabaja el proceso penal no deja una clara herramienta con la cual ante las autoridades judiciales procure sus derechos.

3.2.1. Principio de proporcionalidad.

Inicialmente, se debe advertir que está no es una figura novedosa para los jueces de control de Garantías, quienes a menudo, al imponer medidas restrictivas de los derechos fundamentales, especialmente del victimario, deben realizar un juicio que satisfaga este principio, ejemplo de ello, son las intervenciones en el cuerpo en búsqueda de evidencia física o las interceptaciones a comunicaciones.

Así que se tiene un camino abonado en tanto no es indiferente la existencia de la herramienta a la cual se ha hecho alusión, sin embargo, sí se hace necesario en este trabajo la referencia a sus componentes, para una mayor comprensión.

Este principio se compone, básicamente, de tres reglas¹⁸² :

1. Idoneidad, de acuerdo con la cual cualquier intervención en los derechos debe ser idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo.
2. Necesidad, que hace referencia a que dicha intervención deba ser la más favorable para el derecho en cuestión en procura de alcanzar el objetivo buscado.
3. Proporcionalidad en sentido estricto, esto es, la adecuada relación entre el objetivo que se persigue y su intervención con el significado del derecho.

Esto significa, entender que en algunos casos hay que sacrificar algunos de los principios o derechos objeto del juicio de proporcionalidad, como quiera que en sí mismo no encierran un valor absoluto.

Juicio fundamentado, en palabras de la Corte Constitucional, en “ *los artículos 1 — de la concepción de Estado social de derecho y del principio de dignidad humana, 2 — del principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, 5 — del reconocimiento del carácter inalienable de los derechos de la persona, 6 — del establecimiento de la responsabilidad de las autoridades por extralimitación de las funciones públicas —, y del 214 de la Constitución — que establece el requisito de proporcionalidad de las medidas adoptadas durante los estados de excepción.*”¹⁸³,¹⁸⁴

¹⁸² Véase, BERNAL PULIDO, Carlos. “*El derecho de los derechos*”. Universidad Externado de Colombia. Quinta reimpresión. Colombia. 2008

¹⁸³ Corte Constitucional, Sentencia C-226 de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis. El problema constitucional que planteó la demanda fue si el Legislador podía o no derogar los tipos penales de

Y que busca establecer la relación de los principios en juego y facilitar su aplicación en casos difíciles con el mayor grado de equilibrio o armonía, de allí que el fin perseguido no justifique cualquier tipo de intervención a derechos fundamentales o viceversa y con ello, la corrección de los actos de autoridades estatales, quienes deben ajustarse en todo caso a los parámetros propios de Estado Social de Derecho.

Punto que incluso debe ser de mayor exigencia tratándose del derecho penal, en el que por regla general, se impone límites a los derechos de los procesados en desarrollo del poder punitivo en cabeza del Estado.

Así se refirió la Corte Constitucional:

“(…) La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto.”¹⁸⁵

Vistas así las cosas y entendiendo el juicio de proporcionalidad como una herramienta para el juez de control de garantías, corresponde determinar cuáles serían los principios que estarían en tensión, si es dable decirlo así, o extremos a analizar.

Si se vuelve al capítulo primero, se recordará cómo en la implementación de tal instituto como principio su concepción fue la de brindar un instrumento al dueño de la acción de penal (como representante del Estado) de que en ciertos casos ésta sea suspendida, interrumpida o renunciada, en procura de descongestionar el sistema

bigamia y matrimonio ilegal, o si dicha derogación vulneraba la Carta y, en especial, desconocía la protección constitucional de la familia y del matrimonio (CP Arts. 5, 42 y 44).

¹⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-822 de 2005

¹⁸⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-822 de 2005

penal, es decir, racionalizar el sistema y concebir ciertas reglas para la selección de casos bajo pautas descritas en la ley.

A su turno, más allá de la víctima como interviniente especial, analizada en el segundo capítulo, se tiene que tal consideración nace de la garantía e importancia que asumen sus derechos en el proceso penal y que son principios rectores del propio Código Procesal Penal, que lo convierten en un procedimiento de doble vía, lo cual supone mayores retos a las autoridades judiciales.

De manera que tenemos en esos extremos en tensión, al principio de oportunidad y los derechos de las víctimas, tensión que hay que aclarar no es permanente, pero si posible y por ello se hace necesaria la aplicación del juicio enunciado, como se analizara en el siguiente apartado.

Conclusiones

1. Los autores tratados, reconocen la importancia del principio de oportunidad como de los derechos de las víctimas, sin embargo, no dan cuenta de una solución definitiva a vacío legislativo (salvo el artículo 327 de la Ley 906 de 2004) existente frente al valor o forma de interpretación de la intervención del interviniente especial al momento de aplicarlo de manera definitiva o provisional de acuerdo con las fórmulas establecidas en el ordenamiento jurídico.
2. Pese al esfuerzo de la Corte Constitucional por superar las omisiones legislativas y dar mayores facultades para que la víctima asuma la defensa de sus intereses, incluso en contravía de los la Fiscalía, frente a la aplicación del principio de oportunidad la reconsideración de sus derechos al ente investigador y casi pasa desapercibido al juez de control de garantías, a quien en principio, le correspondería tan sólo ver que el Fiscal efectivamente consideró a la víctima.
3. El juicio de proporcionalidad – con sus reglas o componentes básicos- se erige como una herramienta óptima para analizar la tensión que se puede generar entre los derechos de las víctimas (a la verdad, justicia y reparación) y la aplicación del principio de oportunidad.

4. VALIDACIÓN

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL CASO DE HÉCTOR JULIO GÓMEZ EN EL LLAMADO “CARRUSEL DE LA CONTRATACIÓN”

Hasta el momento, se planteo como una herramienta para el funcionario judicial a quien corresponda la verificación de la legalidad del principio de oportunidad, el juicio de proporcionalidad para solucionar la posible tensión que entre la finalidad propia del principio, esto es, la racionalización del sistema y selección de casos y, los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas.

Para comprobar dicha hipótesis se hará un estudio de caso edificado sobre dos audiencias celebradas en el llamado “carrusel de la contratación”, proceso en contra de Héctor Julio Gómez Gutiérrez, arquitecto que intervino en el proceso de contratación de obras públicas con la administración de la capital y fue beneficiario del principio de oportunidad en la modalidad de la suspensión de la acción penal. En este proceso fueron reconocidas como víctimas, el Instituto Distrital Urbano –IDU, la Contraloría General de la Nación y Segurexpo.

Como hechos relevantes, de acuerdo con los antecedentes reseñados en dichas diligencias, se tiene que de acuerdo con lo investigado por la Fiscalía General de la Nación, Héctor Julio Gómez Gutiérrez, como contratista de obras públicas, junto con otros particulares como Emilio José Tapia Aldana (contratista e intermediario), Álvaro Dávila Peña (abogado del Grupo Nule e intermediario), y funcionarios públicos, como Iván Moreno Rojas (ex senador de la República) y Samuel Moreno Rojas (ex alcalde Mayor de Bogotá), se concertaron para apoderarse de la contratación pública de la capital a través de la ejecución de diversos delitos tales como cohecho propio, contrato sin el cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, a través de la adjudicación irregular de contratos, la fabricación de pliegos de condiciones a la medida de los contratistas, el ofrecimiento de comisiones a funcionarios, la apropiación de dineros de anticipos todo ello en contravía de la administración pública de la ciudad.

Y acuerdos que se materializaron en diferentes reuniones que fueron gestadas por el los referidos particulares, quienes a su turno brindaron apoyo económico al entonces candidato a la Alcaldía Samuel Moreno Rojas y continuaron una vez fue elegido éste; en ellas se planeó la repartición de cargos directivos y la contratación pública de diferentes entidades distritales.

En audiencia del 2 de noviembre de 2011, adicionada el 16 de enero de 2013, la Fiscalía Tercera delegada ante la Corte Suprema de Justicia, imputo a Héctor Julio Gómez González el delito de concierto para delinquir agravado (como promotor), en concurso heterogéneo y homogéneo en calidad de interviniente con peculado por apropiación por el cobro del anticipo de los contratos de obra IDU 137-2007, IDU 071-2008 e IDU 072-2008, cohecho propio por los mismos contratos e interés indebido en la celebración de contratos IDU 019-2008, IDU 029-2008, IDU 037-2008, IDU 068-2008 e IDU 079-2008

Delitos que, salvo el concierto para delinquir, aceptó el imputado por vía del preacuerdo, en el cual se fijó como pena principal, 10 años de prisión e indemnización de perjuicios a favor de las víctimas, por el monto estimado en el respectivo incidente de reparación integral.

Por el ilícito de concierto para delinquir, la Fiscalía General de la Nación optó por la aplicación del principio de oportunidad en la modalidad de suspensión de la acción penal, bajo las causales 4 y 5 previstas en el artículo 324 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009; principio inicialmente contenido en la resolución No. 01312 del 8 de abril de 2013 y que luego fue objeto de aclaración en resolución No. 01347 del 18 del mismo mes y sometidas al respectivo control obligatorio y automático ante el Juez de Control de Garantías.

En efecto, en audiencia celebrada el 11 de abril de 2013, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con función de Control de Garantías, el Fiscal Tercero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, solicitó la verificación del principio de oportunidad concedido a Héctor Julio Gómez González, en resolución No. 01312 del 8 de abril de 2013 del Fiscal General a favor por las causales 4 y 5 del 324 del CPP y en la modalidad de suspensión de la persecución penal por el término de 360 días; documento que básicamente contenía los siguientes puntos:

- Quedó evidenciada la responsabilidad del imputado en los hechos investigados y por la conducta de concierto para delinquir, conforme con elementos materiales probatorios, como son entrevistas de Germán Olano Becerra, Inocencio Meléndez Julio, Luis Eduardo Montenegro y dos informes de investigador de campo.
- Paralelamente a la suscripción del preacuerdo por los demás delitos imputados, el procesado manifestó su intención de colaborar con la administración de justicia a fin de esclarecer los hechos y dada la cantidad de información con la que cuenta, de manera que puede brindar información relevante para ello, identificar los demás autores y partícipes, el modus operandi, y las entidades que fueron objeto de la contratación irregular, además puede servir de testigo de cargo en las respectivas actuaciones. A cambio de ello, el implicado quedaría cobijado con inmunidad total por el delito de concierto para delinquir por el cual se procede y los que de sus declaraciones se derive.

- Consultados los principios de ponderación y proporcionalidad, la aplicación del principio de oportunidad es idóneo, pues servirá para obtener información relevante para identificar y desarticular organizaciones que atentan contra la contratación estatal con el fin de apropiarse de recursos públicos en detrimento de la administración; necesario, ya que tal colaboración es esencial para la labor investigativa de los funcionarios de policía judicial para establecer las formas cómo actúan, no lesiona otros derechos constitucionales y es garantía de la efectiva realización de la justicia; y, es proporcional en sentido estricto, al garantizarse un beneficio alto para la administración de la justicia en comparación con la gravedad de las conductas y el ataque a una fenómeno social criminológico de la legitimación del Estado; además la afectación de otros derechos es leve.

- Frente a los derechos de las víctimas, en principio, aparece que no hay víctima directa, dada la naturaleza del delito por el cual se propone –concierto para delinquir-, empero, como el principio de oportunidad hace parte de una solución conjunta que comprende la aceptación de responsabilidad por vía del preacuerdo, las víctimas, tuvieron oportunidad de conocer tales salidas alternativas y dejaron pendiente su correspondiente intervención en las respectivas audiencias de legalización.

Agregó, que en la actuación relativa al preacuerdo, el apoderado del IDU (víctima) suscribió la misma y dejó plasmada su pretensión frente a sus derechos a la verdad, justicia y reparación, así, debía el responsable colaborar con políticas de prevención al interior de la entidad a través de entrevistas en las que cuente lo ocurrido, además pagaría una pena de 10 años de prisión y reparar simbólicamente y pecuniariamente a la entidad, a través de una manifestación pública y el pago de perjuicios que fije el Juez de conocimiento en el respectivo incidente de reparación integral

- La modalidad sería la de suspensión por 360 días, término que considera razonable para evacuar las actuaciones propias de la investigación y tendientes a verificar la información suministrada así como llevar a cabo su intervención como testigo de cargo en los demás procesos que se adelantan; transcurrido dicho lapso, la Fiscalía estudiaría la posibilidad de renunciar a la acción penal en caso de encontrar satisfechos los compromisos pactados; situación esta que en nada afecta la privación del derecho a la libertad.

En la intervención que la Fiscalía en la respectiva audiencia y para lo que importa al presente trabajo, refirió que las víctimas concurrieron y conocieron de la concreción del acuerdo global (preacuerdo y principio de oportunidad) y el IDU, quien concurrió al a su despacho dejó las anotaciones del caso en el respectivo preacuerdo; sin embargo, la resolución fue a todos entregados de manera previa.

Además, insistió en que el delito por el cual se aplica el principio no tiene un contenido patrimonial a diferencia de los cobijados por el preacuerdo, razón por la cual será en ese procedimiento que se discutirá el tema relativo a la reparación. Sin embargo, en el presente caso se ponderó no solo los derechos de las víctimas

reconocidas, sino de la ciudadanía en general, la necesidad de saber la verdad para llegar a la justicia y saber qué pasó, si se ha continuado con el actuar objeto de reproche y dar la lucha contra la corrupción, para así obtener un fin constitucional superior, como es el desmantelamiento de organizaciones criminales y evitar la pérdida del patrimonio público; por consiguiente, no se promueve la impunidad, pues solo hasta que se verifiquen los resultados de los compromisos adquiridos se pedirá la aprobación de la modalidad de renuncia de la acción.

Frente a esta temática, la Juez Segunda Penal Municipal con función de control de Garantías tuvo algunos reparos, fundamentalmente, a la existencia de un plan de reparación a las víctimas y la forma como se verificaría por la Fiscalía, pues los derechos de las víctimas también incluyen la reparación, razón por la cual, estimo que debía establecerse un montó por concepto de daños así sea potencialmente; requerimiento al cual el Fiscal Delegado contestó que dicho montó es propio de los delitos que si implican un daño patrimonial y que son los sometidos a preacuerdo y, por ende, frente a este derecho debe tenerse en cuenta el problema global así como su solución, es por ello, que no hay plan de reparación sino de colaboración y las anotaciones frente a la reparación deberán hacerse en el proceso adelantado por vía del preacuerdo, situación que fue comunicada a las víctimas.

Igualmente, el Representante del Ministerio Público solicitó puntualizar que cobijaba la inmunidad total a la cual se hizo referencia en la resolución y como, serían reparadas las víctimas en el eventual caso de aparecer nuevas conductas con contenido patrimonial y, a su turno, el apoderado judicial de la Contraloría General de la Nación, indicó que no era claro el radicado por el cual se procedía además si las aclaraciones que podrían devenir de los asuntos planteados, pueden ser adoptadas por el Fiscal Delegado en tanto podrían suponer la modificación de un acto proferido por el Fiscal General de la Nación, lo que constituiría en un problema orgánico de competencia.

Asuntos a los cuales dio respuesta en su momento la Fiscalía, básicamente, insistiendo en la naturaleza del delito por el cual se procede, su competencia no para modificar la resolución sino para aclarar y sustentarla en audiencia conforme se indica en la parte resolutive de la misma y en el hipotético caso de aparecer conductas por las cuales se pueda reclamar reparación, ello sería asunto de análisis en el momento de pretender la renuncia de la acción, pues allí nuevamente se tendrán que valorar los intereses de la víctima en el caso concreto, pues este hasta ahora es un acto preparatoria para aplicación definitiva del principio de oportunidad que implica la verificación de la colaboración aportada y los derechos de las víctimas.

Planteamientos que no fueron satisfactorios para la funcionaria judicial y por ello, adujo no contar con los elementos para adoptar una decisión de fondo, en consecuencia exhortó para su aclaración en lo siguientes términos:

- Se aclare el plan de reparación frente a las víctimas, pues la aplicación del principio de oportunidad supone ante todo un principio de justicia, según el cual se deben consultar los intereses de las víctimas y estar claro el compromiso del investigado frente a estas para su verificación por la Fiscalía. Dicho compromiso debe ser claro, detallados, libre de incoherencias y de faltas de concreción. Anotó que la columna vertebral de la aplicación del principio es el derecho a la justicia y los intereses de las víctimas.

- Si el Fiscal anunció que el delito no tiene un contenido económico y no hay que especificar daños ni perjuicios, también es cierto que es necesario para el Juez verificar se que cumpla con la garantía de los derechos de las partes, entre ellas, las víctimas, por manera que es necesario conocer los compromisos del implicado ante la Fiscalía y la administración de justicia.

- No es clara la autorización del Fiscal General de la Nación frente a facultades de su delegado y si bien puede hacer aclaraciones, en el presente caso es importante no improvisar, pues a más de verificarse el querer de la Fiscalía también es necesario el del investigado y por ello, no puede dejar de lado los cuestionamientos de los demás intervinientes.

Y como consecuencia de este discurrir la Fiscalía Tercera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia optó por retirar la petición¹⁸⁶.

Así las cosas, el 18 de abril de 2013, el Fiscal General de la Nación emitió Resolución No. 01347, mediante la cual aplica el principio de oportunidad a favor del referido ciudadano en la modalidad de suspensión de la persecución penal por el delito de concierto para delinquir, por las causales 4 y 5 del artículo 324, modificado por la Ley 1213 de 2009, lo anterior con base en las facultades previstas en los artículos 150 de la Carta Constitucional y 324 y 330 de la Ley 906 y las resoluciones 006657 y 005658 del 30 diciembre de 2004 y 03884 del 27 de julio de 2009.

En esta, nuevamente, el imputado se comprometió a colaborar con la administración de justicia en delitos contra la administración Pública en Bogotá, enunciación de todos los temas que conoce, ser testigo de cargo en los procesos contra los demás partícipes, aportar documentación e información en investigaciones, bajo inmunidad total en la actuación que por el delito de concierto para delinquir se le sigue y los que se deriven de este.

Colaborar para que el delito no continúe y se esclarezcan otros, suministrar información eficaz para la desarticulación de organizaciones de corrupción que atentan contra la administración Distrital; información que ha sido verificada y sirve para identificar más partícipes, funcionarios de alto nivel, contratistas e

¹⁸⁶ Es de anotar que esta opción estuvo apoyada por la defensa, quien crítico las observaciones aludidas como formales.

intermediarios, confiable y pertinente y que por razones de seguridad de quien la dice y las investigaciones quedo plasmadas en un informe confidencial suscrito fiscal, imputado y defensa.

Frente a la obligación de verificar los intereses de las víctimas, de acuerdo con el literal f del artículo 11 de la Ley 906 de 2004 y en respuesta a los principios de ponderación y proporcionalidad, realizó un test de proporcionalidad, en el que sometió los elementos materiales probatorios, evidencia física, la documentación obrante en el proceso, los derechos de las víctimas, los beneficios que tendría la justicia para determinar si la aplicación satisface los fines buscados con su aplicación.

Para ello tuvo en cuenta que la regulación legislativa sobre la aplicación del principio de oportunidad debe ajustarse a la exigencia de razonabilidad y deberá atender y garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación (según sentencias C-873 de 2003, C-228 de 2002 y C-936 de 2010); así como la naturaleza del delito, del cual se puede predicar una víctima directa porque es la seguridad pública el bien jurídico tutelado, el cual es de carácter colectivo.

Sin embargo, conforme con las víctimas reconocidas, a esta resolución, le fue integrada con acta suscrita el 11 de abril por los representantes de las víctimas, en la cual indicaron que renunciaban al reclamo de pretensiones económicas por el delito de concierto para delinquir y en que en caso de advertirse pretensiones económicas por otras conductas acudirían a la jurisdicción civil para su pago. Igualmente, en caso de no pagar los perjuicios pactados en el preacuerdo se opondrán a la aplicación del principio de oportunidad en la modalidad de renuncia.

Agregó, que sus derechos a ser oídas y se consideren sus intereses al momento de adoptar una decisión discrecional, se garantizaran con la información suministradas y de sus resultados será posible establecer la identidad de todos los responsables que se hicieron adjudicatarios de varios contratos de obra con el distrito con el fin de apropiarse de dineros del Estado.

Como compromisos, Héctor Julio Gómez González se obligó a observar buena conducta, prestar colaboración efectiva para evitar la continuidad de las conductas objeto de reproche y no participar en actos delictuales.

Esta vez, la audiencia de control de legalidad obligatorio y automático, la efectuó el Juzgado Sesenta y tres Penal Municipal con función de Control de Garantías quien al no encontrar reparo alguno a la resolución, dio lugar a la intervención de los intervinientes y partes para las manifestaciones procedentes.

El Ministerio Público, por su parte, solicitó su aprobación, al considerar que se cumple de acuerdo con la doctrina nacional con los requisitos de carácter formal y material, que deben ser objeto de control por el Juez de Control de Garantías.

Así, mencionó que cumple con el presupuesto orgánico, pues de acuerdo con los artículos 323 y 330 de la ley 906 (modificado) y las Resoluciones 006657 de 2004, modificada por la 003884 de 2009, el Fiscal General de la Nación fue quien emitió la resolución No. 01347; además, se cumple con el de carácter procedimental, pues se surtió el trámite establecido para su aplicación, no sólo al interior del ente investigador sino ahora ante autoridad judicial, en dicho procedimiento, se le dio oportunidad la víctima para que presentara sus inquietudes y las escuchó y, fue incluso con observancia a las anotaciones que se habían dejado en pretérita oportunidad que se expidió la resolución objeto hoy de control.

Anotó que si bien fue enterado de la expedición el acto por el cual se dispone el principio de oportunidad, ello debe ser de manera previa como a cualquier otra víctima y como se deriva del parágrafo del artículo 111 de la Ley 906 de 2004, pues el ejercicio de sus funciones implica la verificación de los derechos, incluso de las víctimas, como representante de la sociedad y, es más, del propio imputado.

Frente a la motivación, encontró suficiente sustento para la petición del delegado de la Fiscalía y si bien no se dejó claro el criterio de política criminal por el cual se actuaba, el cual debe ser revisado por el funcionario judicial, del contenido del acto administrativo se puede identificar la lucha contra la corrupción.

Frente a las causales aducidas y la modalidad seleccionada, refirió que el control es menos estricto que en la renuncia, sin embargo requirió porque la colaboración a la cual se compromete el implicado sea además en procesos de todo tipo, fiscales y disciplinarios.

Por su lado, los representantes de las víctimas, del IDU y Segurexpo acompañaron la petición del Ministerio Público y manifestaron que en caso de incumplimiento se opondrán al principio de oportunidad, en la modalidad de renuncia; y, la Contraloría, igualmente, con la aclaración que el procesado sirva de testigo en los procesos de responsabilidad fiscal y disciplinaria.

La defensa, peticionó la legalización del principio de oportunidad al cumplir con los requisitos formales y materiales explicados, además, comprometerse su representado a colaborar con otras entidades públicas, por manera que no ve inconveniente en atender las citaciones de la Procuraduría o Contraloría como parte de su responsabilidad como ciudadano.

Conforme con tales términos, la Juez Sesenta y Tres Penal Municipal con función de Control de Garantías impartió legalidad al principio de oportunidad de acuerdo con la petición de la Fiscalía, ello al encontrar satisfechos los supuestos del artículo 327, 321 t 322 de la Ley 906, así como las resoluciones 006657 de 2004 modificada por la 03884 de 2009 y de las causales 4 y 5 del artículo 324 por las cuales fue solicitado.

Compartió básicamente los argumentos expuestos por el Ministerio Público, frente al factor de competencia y como fueron suficientemente motivadas las razones que llevan a la Fiscalía a considerar que el procesado colaborará eficazmente con la administración de justicia para evitar que el delito continúe o se incurra en otros y la desarticulación de bandas criminales, con información valiosa sobre otros partícipes en actos de corrupción y que esta contenido en el sobre confidencial, del cual no se hace necesaria su apertura.

Además el imputado se compromete a ser testigo de cargo en los procesos por tales hechos que están en curso o que se inicie, todo ello, para obtener un objetivo final como es la desarticulación de organizaciones criminales que atentan contra bienes del Estado; se comprobó la inferencia razonable de autoría o participación así como la existencia del delito, como fue explicada en la situación fáctica y está soportada en declaraciones allegadas.

Se dejó plasmada en la resolución las obligaciones que asume el encartado, las víctimas presentes no se opusieron a la aplicación del principio, al igual que el Ministerio Público y como lo anotó la Fiscalía, tal medida se torna necesaria, proporcional e idónea de acuerdo con la finalidad indicada.

Hasta acá se evidencia cómo dos funcionarias tuvieron oportunidad de asumir el conocimiento de similar pretensión, esto fue, la aplicación del principio de oportunidad en la modalidad de suspensión de la persecución penal a favor de Héctor Julio Gómez Gutiérrez y cómo para los dos fue trascendental la consideración de los intereses de las víctimas, pues para la primera, la no consagración de un plan de reparación para con éstas no le permitía contar con los elementos suficientes para adoptar una decisión de fondo, incluso, no dio paso a la consideración de los argumentos de los demás intervinientes al no superar, si es dable decir, la revisión formal con incidencia en aspectos sustanciales, la resolución No. 01312 del 8 de abril del presente año.

Lo cual a su turno, dio lugar a la emisión de un segundo acto administrativo en el cual se incluyó un acta donde consta de manera expresa la voluntad de las víctimas, en el caso, su renuncia a pretensiones económicas por el delito de concierto para delinquir agravado, la eventual reclamación de perjuicios por nuevos delitos que aparezcan como consecuencia de nuevas actuaciones penales por vía de la jurisdicción civil y ante un incumplimiento por el acuerdo consignado en la acta de preacuerdo por los demás delitos oposición a la aplicación del principio de oportunidad en la modalidad de renuncia, con lo cual se facilitó la labor del segundo Juzgado a cargo del asunto para verificar la legalidad de la petición elevada, pues más que oposición, aquélla fue acompañada por tales intervinientes.

De manera que el tema no es ajeno a la judicatura, la cual debe enfrentarse a este tipo de controversias, sin que en este caso se observe que los resultados hayan sido el ejercicio de alguna pauta o regla específica sino el producto de un estudio de

satisfacción de requisitos, en tanto la simple existencia de un acta contentiva de la voluntad de las víctimas sirvió para acreditar la consideración de sus intereses.

Pero la pregunta sería si pese al intento de la Fiscalía de considerar los intereses de la víctima, estos pueden verse menoscabados para satisfacer la finalidad del principio de oportunidad y en este caso, si ello se constituye como un obstáculo para la legalización de la aplicación de éste.

Al respecto, retomando la primera audiencia, se ve que el delegado del órgano persecutor en su resolución expuso como fueron garantizados los derechos de las víctimas de acuerdo con pautas de orden legal y constitucional y, conforme con las Resoluciones No. 6657 del 30 de diciembre de 2004 y 3884 del 27 de julio de 2009, por las cuales el Fiscal General de la Nación reglamento su operatividad, para ello convocó a las víctimas¹⁸⁷ para que presentaran sus observaciones o pretensiones, dejando claro que el representante del IDU concurrió y participó del preacuerdo y a las demás víctimas reconocidas entregó copia de la resolución, con lo cual entendió cumplida la obligación aludida.

Conclusión que no compartió la Juez Segunda Penal Municipal, pues, en su criterio, no era clara la garantía de los derechos de las víctimas no aparecía constancia clara de un acuerdo en donde el implicado se comprometía a garantizar sus derechos, en particular, a la reparación; además, no era diáfano como dada la impunidad total que se ofrecía bajo el amparo de la causal 5 del artículo 324, el eventual daño por conductas penales que dieran como resultado de la colaboración eficaz del procesado sería garantizado o resarcido a las víctimas como lo expuso el Ministerio Público, quien procuró los intereses de las víctimas.

Razón por la cual se optó por el retiro de la petición, conforme a las sugerencias planteadas en el curso de la misma audiencia, pero que fácilmente pudo tener otro desenlace y precisamente, de fondo, de haberse culminado las intervenciones y empleado el juicio de ponderación por la autoridad judicial.

Incluso véase como el investigador relato el empleo de esta herramienta en la elaboración de las resoluciones, sólo que de manera genérica frente a la procedencia

¹⁸⁷ “Artículo Sexto: modificar el Artículo Undécimo de la Resolución Número 6657 del 30 de diciembre de 2004 el cual quedará así: cuando el fiscal decida aplicar el Principio de Oportunidad atenderá las siguientes pautas: a) diligenciará el formato correspondiente, el cual deberá contener la información enunciada en el parágrafo segundo del artículo quinto de esta resolución; b) comunicará por el medio más expedito su propósito a la víctima, si se conoce, para que en el término de los tres días siguientes al recibo de la comunicación exprese verbalmente o por escrito, sus inquietudes o su pretensión y c) dispondrá la renuncia de la persecución penal o la suspensión o interrupción de la actuación, si fuere del caso. Tratándose de suspensión o interrupción determinará las condiciones que debe cumplir el indiciado o imputado o acusado durante el periodo de la misma y velará por su ejecución, cumplidas estas renunciará a la persecución penal” Resolución No. 3884 del 27 de julio de 2009.

del principio de oportunidad y no, de manera concreta, frente a los derechos de las víctimas, toda vez que de acuerdo con su exposición, aparece que se limitó a verificar sus intereses con el agotamiento del procedimiento aludido en el reglamento interno de la institución.

Así, a modo de ejercicio, bien pudo la Juez directora de la audiencia, luego de escuchar los planteamientos de los asistentes, analizar sí en las condiciones relatadas por el acusador se satisfacían los presupuestos del juicio de ponderación. Así.

1. Idoneidad, de acuerdo con la cual cualquier intervención en los derechos debe ser idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo.

En este análisis, debe rescatarse el fin constitucional legítimo, que de acuerdo con la exposición del Fiscal sería la lucha contra la corrupción, en particular las organizaciones cuyos propósitos son la apropiación de recursos públicos, donde para atacar dichas organizaciones se hace importante contar información sobre los autores y partícipes, modo de operar y medios empleados, la cual puede brindar uno de los partícipes en dichas conductas, e incluso, servir como testigo de cargo en otras actuaciones en donde se sancione dichas actitudes; así, la intervención en los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación si bien pueden verse afectados, en tanto, frente a este responsable no habrá proceso judicial ordinario en el cual se ventile un debate sobre su responsabilidad y conforme con éste la emisión de una sentencia por el juez competente que dé lugar al incidente de reparación integral, lo cierto es que tal situación no anula completamente aquéllos, pues, para la aplicación del principio de oportunidad hay inferencia de responsabilidad del imputado y de la existencia del delito y la información que se aporte servirá precisamente para aclarar los hechos y con ello promover la verdad sobre éstos, todo ello, a través de la administración de justicia, quien no renuncia a la persecución de los demás implicados y, la reparación se está dando paso por otras vías en donde se acredite el daño.

2. Necesidad, que hace referencia a que dicha intervención deba ser la más favorable para el derecho en cuestión en procura de alcanzar el objetivo buscado.

La aplicación del principio de oportunidad se torna necesaria, pues si bien se puede esperar que por el curso normal del proceso penal se llegue a la determinación del grado de responsabilidad de Héctor Julio Gómez González, tal resultado demandaría un tiempo extenso que puede reducirse con su colaboración para el desmantelamiento de organizaciones criminales dedicadas a defraudar los recursos del distrito capital, y con ello, atacar de manera ágil a las mismas para evitar más acciones delictivas y detrimento del distrito.

Incluso la aceptación de los delitos de peculado por apropiación, cohecho propio e interés indebido en la celebración de contratos, en calidad de interviniente, por la vía de preacuerdo, o, de haberse dado por allanamiento, en nada contribuye con el

recaudo probatorio para dismantelar la organización dedicada a la celebración de contratos para apropiarse de dineros del distrito y por ello, entre las opciones ventiladas, la aplicación del principio de oportunidad genera mejores resultados en el ataque a la corrupción.

Además, no se da una anulación de los derechos a la verdad, justicia y reparación, pues precisamente se sabe que el imputado participó en los hechos denunciados como quiera que existe un mínimo probatorio y la administración de justicia está actuando desde varios frentes para determinar los mayores responsables del desfalco acaecido y recuperar los dineros apropiados.

3. Proporcionalidad en sentido estricto, esto es, la adecuada relación entre el objetivo que se persigue y su intervención con el significado del derecho.

Ahora, si bien la lucha en contra de la corrupción es un fin constitucional legítimo y se ha dicho la afectación a los derechos a la verdad, justicia y reparación no sufren una anulación con la aplicación del principio de oportunidad, si una afectación, en los términos anotados, es importante verificar cada uno de ellos.

Frente al derecho a la verdad. Con la aplicación del principio de oportunidad no se omite la investigación sin justa causa, por el contrario se obtuvo mediante actos investigativos inferencia de responsabilidad de Héctor Julio Gómez González, por el delito de concierto para delinquir, gracias básicamente a las interrogatorios de otros implicados e informes de investigador de campo que permitió advertir la concertación de funcionarios públicos y particulares, con repartición de actividades de acuerdo con sus actividades laborales, para elaborar pliegos de condiciones a la medida de los licitantes, la repartición de cargos en la administración distrital, la apropiación de anticipos, entre otras actividades, todo ello con el propósito de apoderarse de recursos del Distrito Capital.

Y para la suspensión de la acción penal por el delito de concierto para delinquir se está requiriendo el compromiso del beneficiario en aportar información relevante que permita aclarar todo lo sucedido, con indicación de otros autores y partícipes, la descripción del modus operandi, las entidades que fueron objeto de esa indebida contratación y los recursos que fueron objeto de apropiación, todo esto, no sólo como información valiosa para encaminar actuaciones investigativas sino para la determinación de responsabilidades penales ante los estrados judiciales, como quiera que se obliga a ser testimonio de cargo.

De cara al derecho a la justicia, la aplicación del principio de oportunidad es el resultado del cumplimiento de la obligación de investigar todos los hechos que revistan características de un delito, lo cual supone el trabajo del aparato jurisdiccional y con ello la garantía de una tutela efectiva de los derechos de todos los ciudadanos. En este caso la administración de justicia no se releva del juzgamiento de los hechos denunciados en el presente asunto, sino por razones de política criminal

encuentra más beneficio obtener sentencias en contra de otras personas que hacen parte de dicha organización, para definitivamente desmantelarla y prevenir con ello la defraudación de los dineros de la administración de la capital y precisamente, opera al adelantar el control de legalidad de la medida deprecada por la Fiscalía, como quiera que dicha encarna una facultad discrecional reglada.

Además en el caso concreto, por cuenta, de la ruptura procesal, será sancionado por los demás delitos imputados, actuación en la que igualmente habrá de verificarse los derechos de las víctimas.

Finalmente, en cuanto a la reparación, se tiene que si bien no hay un daño cuantificable por la específica conducta de concierto para delinquir ante la búsqueda de pretensiones económicas por los delitos que se ventilan bajo otra cuerda procesal, lo cierto es que con la inmunidad total que concede la Fiscalía si pueden darse otras conductas ilícitas que conlleven un daño cuantificable que sea susceptible de reclamar por el cause penal.

Situación que no fue pensada por el delegado de la Fiscalía y plasmada en su resolución y si bien, tampoco aparece que las víctimas a quienes se les comunicó la salida alternativa presentaron objeción o inquietud alguna de manera previa al control obligatorio y automático, lo cierto es que le corresponde al Fiscal no solo garantizar la concurrencia a la actuación de las víctimas sino considerar sus intereses, no sólo por el delito por el cual se actúa sino en el asunto al considerarse la inmunidad total, los efectos que ello puede irradiar.

De manera que se observa que ante tal favorecimiento el derecho de las víctimas a la reparación que con ocasión de las revelaciones que se pueden presentar se anula y por consiguiente, sufren un daño irreparable cobijado por el actuar de la administración de justicia en su conjunto.

Es por lo anterior, que la petición de la Fiscalía no supera el juicio de ponderación propuesto y en el caso de la primera audiencia, la decisión a adoptar sería la no legalidad del principio de oportunidad a favor de Héctor Julio Gómez Gutiérrez.

Y de forma práctica, el Juez constitucional tendría un instrumento para sopesar y dirimir la tensión que se puede originar entre los derechos de las víctimas y el fin del principio de oportunidad en el caso específico y justificar su decisión en uno u otro sentido; tensión, que tiene en últimas gran trascendencia, al poner en cada uno de los extremos un principio constitucional y un principio rector del proceso.

5. CONCLUSIONES

Como se pudo ver a lo largo de este trabajo, la incorporación del sistema penal acusatorio, a través del Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, trajo nuevos retos para los organismos judiciales y de investigación, que supuso, entre otras cosas, estudiar e interiorizar nuevas formas de concebir la administración de justicia, entre ellas, el principio de oportunidad, principio constitucional que de manera reglada confirió cierta discrecionalidad a la Fiscalía General de la Nación para racionalizar los recursos y seleccionar casos que llevaría hasta la judicatura.

Principio que dada su novedad (pese a que se contaban con algunos antecedentes) requirió analizarlo de la mano de otros principios, como los de oficialidad y legalidad (que imponen la persecución en todo caso de las conductas con características de ilícito, al ser propio de la función punitiva del Estado) que en el curso de nuestra historia legislativa resultaban más conocidos, para concebirlo como una facultad reglada que le permite a la Fiscalía General de la Nación en ciertos casos interrumpir, suspender o renunciar al ejercicio de la acción penal, definición que puede variar dependiendo del modelo jurídico del país de acuerdo a la mayor o menor intensidad que le confiera a la discrecionalidad concedida al aludido ente, por manera que se logró identificar que éste no pertenece a un sistema de enjuiciamiento penal exclusivo o preverse con un contenido único, ante la mixtura que puede presentarse libre (amplio, facultativo y reglado, abierto o cerrado).

Por consiguiente, su concepción y caracterización debe verificarse en cada ordenamiento normativo para lograr su comprensión; así, en el caso Colombiano, se tiene que no es una facultad amplia y dejada a total discreción del ente investigador, titular de la acción penal, pues desde la consagración que de él hizo el legislativo en la Carta Superior, dejó consignado su aplicación a los casos que establezca la ley dentro del marco de la política criminal, dejando para todos los demás casos incólume su obligación de investigar los hechos que revistan las características de un delito.

Caracterización que se reproduce en la Ley 906 de 2004 y las modificaciones introducidas con la Ley 1312 de 2009 y que guarda coherencia con el manual interno que la Fiscalía General de la Nación expidió facultada por la ley para reglamentar su aplicación y que con insistencia se postuló en decisiones de las Altas Cortes, entre ellas, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

De manera que si la concepción de aquél fue la de brindar un instrumento al dueño de la acción de penal (como representante del Estado) para que en ciertos casos ésta pueda suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, en procura de descongestionar el sistema, es decir, racionalizarlo y concebir ciertas reglas para la selección de casos, ello supone la configuración de una de las causales taxativamente

describas en la ley, las cuales además deben tenerse como parte de la política criminal del Estado.

Asimismo, otra de las novedades que trajo la aludida reforma fue el trato preferencial a las víctimas del delito y la obligación a cargo del Estado, a través, en este caso, del ente investigador, de protegerlas y representar sus intereses al interior de la actuación.

Ello como el resultado de compromisos asumidos internacionales por el Estado y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente, la sentencia C-228 de 2002, con la cual se dio un paso importante en la superación de la concepción de perjudicado a víctima y los derechos que le son insitos. Es así como en Colombia, comenzó a tener un papel protagónico en el proceso penal, lo cual hizo necesario el establecimiento de formas que facilitarían su participación y la defensa de sus intereses, ya no sólo y, fundamentalmente, a la reparación bajo la concepción de parte civil, sino a la justicia y a la verdad como interviniente especial en el modelo de enjuiciamiento previsto en la Ley 906 de 2004.

Punto al cual se llegó, se reitera, de la mano de instrumentos internacionales, entre ellos, la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones y el Estatuto de Roma, los cuales sirvieron no sólo para hacer notar su importancia sino para facilitar su conceptualización.

De ellos se destacan ciertos elementos que identifican a la víctima, así, el daño proveniente de la conducta delictiva, el cual dependerá del contexto del instrumento por el cual se procede, el ente sobre el cual recae (entendiendo persona natural o jurídica, individual o colectiva), el tipo de daño que puede recibir (físico, mental, emocional, patrimonial) y su posible extensión a familiares, personas a cargo o quienes intervienen en procura de prestar ayuda o impedir el hecho; puntos que se observan en la legislación penal colombiana.

La cual, en múltiples estatutos nacionales se vio reflejado, especialmente, en la Ley 906 de 2004, la Ley 975 de 2005 y la Ley 1448 de 2010, por manera que en este trabajo se llegó a identificar a la víctima como aquella persona (individual o colectivo, natural o jurídica) que sufre un daño físico, mental, emocional o patrimonial como consecuencia de una acción u omisión que viole la ley penal.

Lo cual, a su turno, le confirió un lugar en el proceso penal, como participe y no simple espectador y, su inclusión de manera clara en el Código de Procedimiento Penal (título IV-partes e intervinientes) como quiera que se tornaba necesario concederle la posibilidad de gestionar en este espacio sus intereses. Fue así, como de manera paulatina paso a ser calificada como *interviniente especial* con lo cual tiene

capacidades especiales para defender sus intereses de manera independiente a la Fiscalía, situación que ha sido desarrollada especialmente por la Corte Constitucional ante la verificación de omisiones legislativas.

Entonces en desarrollo del control constitucional se fue analizando de manera progresiva las facultades que en la Ley 906 de 2004 se habían previsto, para poco a poco conceder mayores posibilidades de intervención, especialmente, previo a la audiencia de juicio oral y público, en donde se procuro por el mantenimiento de los principios de igualdad de armas y adversarial de manera más estricta.

Alusión que no es ajena, incluso para la Corte Suprema de Justicia (la cual también enfoca la presencia de un daño y la inclusión de los perjudicados, es decir, más allá del sujeto pasivo de la acción penal) quien también la reconoce su condición de interviniente especial (sin suponer su entendimiento como parte) pero es cuidadosa al momento de analizar sus facultades en la actuación penal de acuerdo con la fase procesal, su estructura y la garantía del principio adversarial, especialmente, en el juicio oral y público, de manera que en este punto es importante la Fiscalía General de la Nación quien asume la representación de sus intereses en cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 2 del Acto Legislativo 03 de 2002.

Es así como hoy por hoy se considera el proceso como de doble vía, puesto que el sujeto protagonista no es el presunto infractor de la ley penal sino igualmente la víctima y por ello, las garantías fundamentales procesales se amplían a éste último, incluso más allá del resarcimiento pecuniario por la conducta (reparación), pues se reconoce en el ámbito nacional la tendencia internacional relativa a la existencia de otros tantos derechos, entre ellos, sobresalen, adicionalmente, a la verdad y la justicia.

Entonces al aparecer un nuevo protagonista en la escena del proceso penal, debe ser considerados sus intereses en la actuación, tanto por el titular de la acción penal como las autoridades judiciales quien deben procurar por la garantía de los derechos fundamentales de las parte e intervinientes.

Pero ¿que pasaría si se presenta una tensión entre los intereses de las víctimas y las de la Fiscalía al momento de intentarse aplicar el principio de oportunidad, cuando incluso, el ente investigador debe garantizar sus derechos? Al respecto y como se vio a lo largo de este trabajo, por la doctrina no aparece una solución en concreto, tan sólo los autores reconocen la importancia del principio de oportunidad como de los derechos de las víctimas, dejando planteado un interrogante frente al valor o forma de interpretación de la intervención de la víctima al momento de aplicarlo de manera definitiva o provisional de acuerdo con las fórmulas establecidas en el ordenamiento jurídico.

Pese a los esfuerzos de la Corte Constitucional para superar tal omisión, los cuales se denotan en la reconstrucción de su jurisprudencia relacionada y las fórmulas que ha

ideado para conceder mayores facultades a la víctima asuma la defensa de sus intereses, incluso en contravía de los la Fiscalía.

Así las cosas, no existe una respuesta clara a la tensión que se puede desprender de tal interrogante y cómo puede abordarla el Juez de Control de Garantías a quien le corresponde impartir legalidad a la aplicación del principio de oportunidad y verificar que el Fiscal efectivamente consideró a la víctima y sus intereses de acuerdo con el postulado normativo del artículo 11, numeral f, en concordancia con 328 de la Ley 906 de 2004.

Es por ello, que en el presente trabajo se optó por presentar una herramienta que le facilitara al funcionario judicial llegar a un desenlace con el cual pueda fundamentar su decisión en el caso concreto, la cual no es otra, que el juicio de proporcionalidad, con sus reglas o componentes básicos (juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), ya que a través de ésta es posible considerar la tensión y ponderar si la afectación de los derechos a la verdad, justicia y reparación de la víctima consultan con el interés legítimo que se proponga con la aplicación del principio de oportunidad.

Herramienta a la cual se llegó, ante su utilidad argumentativa en analizar las restricciones o afectaciones a derechos fundamentales, su análisis de medio a fin y de justificación de las actuaciones estatales, dado que en un estudio sistemático de la normas que integran el ordenamiento jurídico, toda vez que es un fin del Estado garantizar de los principios y derechos consagrados en la Constitución, al tenor del artículo 2 de la Constitución Política de Colombia.

Lo cual, no llevaría a otro punto diverso a la debida fundamentación de la decisión judicial, a través de argumentos claros y coherentes que a su turno permitirían ejercer el derecho a la impugnación de la parte o interviniente que así lo desee.

En ello radica la importancia y novedad de este trabajo, pues permite considerar una forma que facilite el actuar de la judicatura permitiendo la confrontación de sus argumentos y el adecuado respeto por los derechos fundamentales.

Bibliografía

- AMBOS, Kai. *“Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal. Aspectos del derecho Alemán y comparado.”* Editorial Jurídica de Chile. Chile. 2007.
- APONTE CARDONA, Alejandro David. *“Principio De Oportunidad Y Política Criminal de la Discrecionalidad Técnica a la Discrecionalidad Política Reglada”*. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Consejo Superior de la Judicatura. Colombia. 2010
- ARIAS DUQUE, Juan Carlos. *“El Sistema Acusatorio Colombiano: análisis desde su Implementación”*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá. 2006.
- BAZZANI MONTOYA, Darío. *“La terminación anticipada de proceso penal por consenso y el principio de oportunidad”*. En *“Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos de juez penal colombiano.”* Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Colección de Derecho Penal No. 2.
- BAZZANI MONTOYA, Darío. *“El principio de oportunidad y la terminación anticipada del proceso en el nuevo sistema procesal penal”*. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá. 2006
- BEDOYA SIERRA, Luis Fernando, GUZMÁN DÍAZ, Carlos Andrés y VANEGAS PEÑA, Claudia Patricia. *“Principio de Oportunidad. Bases conceptuales para su aplicación”*. Fiscalía General de la Nación. www.fiscalia.gov.co - 2010
- BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *“El Proceso Penal. Fundamentos Constitucionales del nuevo sistema acusatorio”*. Universidad Externado de Colombia. Colombia. 2004
- BERNAL PULIDO, Carlos. *“El derecho de los derechos”*. Universidad Externado de Colombia. Quinta reimpresión. Colombia. 2008
- CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. *“Balance del funcionamiento del sistema penal acusatorio 2010-2011”*. Bogotá. Febrero de 2012. Consultado en <http://www.cej.org.co/sala-de-prensa/noticiascej/3078-balance-del-funcionamiento-del-sistema-penal-acusatorio-2010-2011>
- CHIESA APONTE, Ernesto. *“Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos.”* Editorial Forum. 1995
- DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. *“Víctima en el Sistema Procesal Penal Acusatorio a partir del Acto Legislativo 03 de 2002”*. Universidad Libre de Colombia. Bogotá, Colombia. 2006
- DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. *“Las causales de aplicación del principio de oportunidad en la Ley 906 de 2004”*. Centro de Investigación Socio-jurídica. Universidad Libre. Bogotá. 2010
- DAZA GONZALEZ, Alfonso. *“La Discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal”*. Universidad Libre de Colombia. Primera Edición. Bogotá- Colombia. 2011.

- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. “*Plan Nacional de Capacitación: sistema nacional de defensoría pública*”. Volumen 2. USAID del pueblo de los Estados Unidos de América. Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia. Bogotá. 2006
- DUCE J. Mauricio, RIEGO R. Cristian. “*Proceso Penal*”. Editorial Jurídica de Chile. Chile. 2007. Págs.
- DUARTE BOHORQUEZ, José Luis. “*Principio de oportunidad en el sistema acusatorio*”. SIC editorial. Bucaramanga. 2009
- GARITA VÍLCHEZ, ANA ISABEL. “*Ministerio Público en América Latina, desde la Perspectiva del Derecho Procesal Moderno, (Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Panamá)*” ILANUD- Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y tratamiento del delincuente. San José de Costa Rica. 1991.
- GARZÓN MARÍN, Alejandro y LONDOÑO AYALA, César. “*Principio de oportunidad*”. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2006
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. “*La oportunidad como principio complementario del proceso penal*”. Ediciones Nueva Jurídica. Segunda Edición. Bogotá- Colombia. 2007.
- GUERRERO PERALTA Óscar Julián. “*Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Procedimiento Penal*”. Editorial Ediciones Nueva Jurídica. 2007.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Jhons Willianson. “*Proceso Penal y víctima. El principio de oportunidad respecto de los delitos querellables y los beneficios para la víctima, con motivo de la expedición del Acto Legislativo 003/02*”. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2003
- HORVITZ LENNON, María Inés. LÓPEZ MASLE, Julián. “*Derecho Procesal Penal Chileno*”. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Chile. 2007. Pág. 51
- MAIER. Julio B.J. “*Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*” Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. Segunda edición. 2002.
- MARIÑO, Luis Eduardo. “*Partes e intervinientes en el nuevo proceso penal*”. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Bogotá- Colombia. 2005
- MESTRE ORDÓÑEZ, JOSÉ FERNANDO. “*La Discrecionalidad para acusar. La Fiscalía y el principio de oportunidad en el Estado social de derecho*”. Pontificia Universidad Javeriana. Colección Criminología y Victimología 4. Bogotá, Colombia. 2003
- MESTRE ORDOÑEZ, José Fernando. “*La Discrecionalidad para acusar. La Fiscalía y el principio de oportunidad en el Estado social de derecho.*” Pontificia Universidad Javeriana. Colección Criminología y Victimología 4. Bogotá, Colombia. 2007
- MOLINA LÓPEZ, Ricardo. “*Principio de oportunidad y aceptación de responsabilidad en el proceso penal (Aproximación histórica a las fuentes jurídicas y análisis de la legislación vigente)*”. Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín, Colombia. 2010

- MONTERO AROCA, Juan. *“Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón”*. Tirant to blanch. Valencia. 1997.
- MUÑOZ NEIRA, Orlando. *“Sistema penal acusatorio de Estados Unidos”*. Legis Editores S.A. Colombia. 2006.
- OSORIO ISAZA, Luis Camilo y MORALES MARÍN, Gustavo. *“Proceso Penal Acusatorio. Ensayos y Actas”* Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá-Colombia. 2005
- PALACIO CEPEDA, Marisol. *“Víctimas y reparación”*. Leyer. Bogotá-Colombia. 2008
- PATIÑO GONZÁLEZ, María Cristina. *“La intervención procesal de la víctima”*. Universidad Nacional de Colombia. Primero Edición. Bogotá- Colombia. 2009
- RESUMIL DE SANFILIPPO, Olga Elena. *Derecho Procesal Penal. Práctica Jurídica de Puerto Rico. Tomo 1.* Equito Publishg Company. 1990.
- PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *“Los principios de legalidad y oportunidad: fundamentos constitucionales y teórico-penales y su regulación en el derecho procesal penal colombiano”*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2005.
- ROXIN, Claus. *“Derecho Procesal Penal”*. Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. 2000.
- RUÍZ BADILLO, Enrique. *“Estudios de Derechos Procesa Penal”*. Editorial Comares. Granada. 1995
- SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. *“La humanización del proceso penal. Una propuesta desde la victimología”*. Legis. Colombia. 2003
- SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. *“Las víctimas y el sistema penal: aproximación al proceso penal desde la victimología”*. Universidad Javeriana. Grupo Ibáñez. Bogotá- Colombia. 2010
- SCHÖNBOHM, Horst – LÖSING, Norbert. *“El Proceso Penal, principio acusatorio y oralidad en Alemania”* en *“Sistema Acusatorio, Proceso Penal, Juicio Oral en América Latina y Alemania”* Textos Ágora. Caracas. 1995.
- AFANADOR ULLOA, Miguel Ángel. *“Amnistías e indulto: la historia reciente (1948-1992)”* Escuela Superior de Administración Pública- ESAP. Colombia. 1993
- URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. *“Los fines constitucionales del proceso penal como parámetros de control del principio de oportunidad”*. Procuraduría General de la Nación. Colección de Pensamiento Jurídico No. 19. Colombia. 2006
- Varios autores. *“Proceso Penal Acusatorio Colombiano”*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2005.
- COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, *“Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones. Compilación de documentos de la Organización de las Naciones Unidad (ONU).”* Bogotá. 2007

Normatividad

- Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985
- Constitución Política de Colombia
- CONSTITUCION DEL ESTADO LIBRE ASOCIADO DE PUERTO RICO.
- Constitución de los Estados Unidos de América. Consultado en <http://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>
- Constitución Política de Chile. Consultado en http://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica_2009.pdf
- Estatuto de Roma consultado en http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/estatuto_roma_corte_penal_internacional.html
- Código Procesal Penal de Chile. Consultado en http://web.minjusticia.cl/rpp/documentos/cod_proc_penal.pdf
- Ley 19.789 de Chile, consultado en http://web.minjusticia.cl/rpp/documentos/19_789.pdf
- Ley 906 de 2004
- Ley 600 de 2000
- Ley 1312 de 2009.
- Sentencias Corte Constitucional.
- Sentencias Corte Suprema de Justicia