

Víctima del delito y racionalidad legislativa penal

Comentarios al proyecto de ley sobre acusación particular de la víctima de delito en el sistema procesal penal colombiano

Luis Andrés Vélez-Rodríguez

Universidad de Málaga

Carlos Andrés Guzmán-Díaz

Juez Penal Especializado – Bogotá

Abstract

Por medio del análisis de una propuesta de reforma al proceso penal colombiano, el presente trabajo busca contribuir al debate acerca de las implicaciones que tiene la participación de la víctima en el diseño de la política criminal. Se defiende que el interés hacia las necesidades de las víctimas del delito debe hacerse compatible con una actividad racional y meditada por parte del legislador que no redunde en concular el esquema de garantías del sistema de justicia, para lo cual debe atender a un adecuado conocimiento de la realidad social y jurídica sobre la cual pretende incidir.

Through the study of a current draft that reforms the Colombian criminal justice system, the present paper aims to make a contribution to the debate about the connotations that the participation of victims has in the design of criminal policies. It is argued that the rightful attention towards the needs of the victims of crime cannot result in a reduction of the guarantees which are the basic ground of the criminal justice system. On the contrary, it has to be compatible with a rational and thoughtful activity from the legislator, what implies an adequate knowledge of the social and legal context where the measures will be applied.

Die vorliegende Arbeit versucht einen Beitrag bezüglich der Folgerungen der Teilnahme von Opfern an der Gestaltung der Kriminalpolitik durch die Überprüfung des Reformvorschlages um das Strafprozessverfahren. Es wird argumentiert, die Bedürfnisse des Opfers sollten mit einer vernünftigen und gerechtfertigten Tätigkeit des Gesetzesgebers angepasst werden, insofern es nicht mit der Garantien des Justiystems kollidiert. Diese Aufgabe sollte mit dem geeigneten Erkennen der sozialen und juristischen Realität, auf die es zu beinflussen versucht, einhergehen.

Title: Crime Victim and Criminal Legislative Rationality
Titel: Verbrechenopfer und Kriminalgesetzgebend Vernunft

Keywords: Victim Prosecution; Victim Neutralisation Principle; Criminal Policy; Victimization; Criminal Legislative Rationality.

Stichwörter: Strafrechtliche Anklage durch Opfer; Opferneutralisationsprinzip; Vernunftige Kriminalgesetzgebung; Kriminalpolitik; Viktimisierung.

Palabras clave: Acusación particular de la víctima; principio de neutralización de la víctima; política criminal; victimización; racionalidad legislativa penal.

Sumario

- 1. Introducción**
- 2. Los cuestionamientos al principio de «neutralización de la víctima»**
- 3. Normativa internacional sobre medidas de protección y participación de la víctima en el proceso penal**
- 4. Panorama general de la victimización en Colombia**
 - 4.1 Victimización primaria**
 - a) Índices de delincuencia y victimización**
 - b) Cifra negra**
 - 4.2 Victimización secundaria**
 - a) Funcionamiento del sistema de justicia procesal penal**
 - b) Percepción del sistema de justicia penal**
 - c) Dificultades de acceso al sistema de justicia penal**

5. Posición actual de la víctima en el ordenamiento procesal penal colombiano
6. Derechos de las víctimas y racionalidad de las leyes: Análisis de la propuesta
 - 6.1 El proyecto de ley 047 de 2012
 - 6.2 El proyecto de ley a la luz de un modelo de racionalidad legislativa penal.
 - a) Racionalidad ética
 - b) Racionalidad teleológica
 - c) Racionalidad pragmática
 - d) Racionalidad jurídico-formal
 - e) Racionalidad lingüística
7. A manera de conclusión
8. Bibliografía
9. Tabla de jurisprudencia citada

1. Introducción

El papel que se le asigna a la víctima del delito dentro del sistema de justicia penal es en la actualidad un elemento ineludible en la creación y diseño de la política criminal de los estados. La debida consideración de las necesidades y reclamos de las víctimas, en la toma de decisiones legislativas obliga a analizar en qué medida esa atención resulta adecuada para la construcción de un sistema de justicia penal más justo, sin convertirse en una fuente de desequilibrios del sistema de garantías que consagra el modelo constitucional del estado social de derecho.

El presente trabajo describe algunas de las tensiones que representa para el sistema de justicia penal el llamado resurgimiento de la víctima. La postura que aquí se defiende es que el interés hacia las necesidades de las víctimas del delito debe hacerse compatible con una actividad racional y meditada por parte del legislador, que no redunde en una conculcación del marco constitucional de garantías del sistema de justicia, lo que presupone un adecuado conocimiento del contexto social y jurídico en el que ha de intervenir.

En primer lugar, haremos un diagnóstico de los retos que plantea al principio de neutralización de la víctima la mayor atención que ésta viene adquiriendo en el diseño de la política criminal. Seguidamente presentamos un cuadro general sobre la normativa internacional que consagra instrumentos de garantía para las víctimas de delitos. A continuación mostramos un panorama de la situación de victimización, tanto primaria como secundaria, en Colombia. Finalmente, aplicando como parámetro evaluativo un modelo de racionalidad legislativa penal, se estudia una propuesta que actualmente cursa en el congreso colombiano, la cual otorga a las víctimas de delitos amplias facultades para ejercer la acción penal, a manera de acción privada.

2. Los cuestionamientos al principio de «neutralización de la víctima»

La consideración de que el delito constituye una agresión al conjunto de la sociedad que trasciende el daño sobre el sujeto que lo soporta es un principio basilar del derecho penal liberal. Así, el principio de neutralización de la víctima hunde sus raíces histórico-filosóficas en las

teorías del contrato social y en el paso al estado moderno. Su fundamento se halla vinculado al principio de intervención mínima del derecho penal, en tanto el estado sólo debe intervenir frente aquellos conflictos graves que afecten a intereses sociales especialmente relevantes, siendo ilegítima la venganza privada por ser ésta una fuente de violencia potencialmente ilimitada¹.

El principio de neutralización de la víctima ha sido, de manera progresiva, blanco de ataques que cuestionan sus cimientos dentro del sistema de justicia penal y, de contera, presentan un serio reto para la estabilidad del viejo y buen derecho penal liberal, en especial de versiones más contemporáneas de éste como sería el derecho penal garantista. Dichos ataques provienen de lo que se ha denominado «el movimiento victimológico». Si bien esta caracterización de movimiento puede resultar inadecuada, dado el carácter proteico del mismo así como la diversidad de actores que intervienen y el perfil no raramente heterogéneo de sus pretensiones y objetivos, podemos intentar acotar un concepto del mismo atándolo al concepto de *victimología* criminal. Ésta se entiende como el estudio multidisciplinar de los procesos psicológicos y sociológicos por los cuales un individuo deviene víctima de un delito y de las consecuencias de éste (victimización primaria), así como la serie de costes personales que le acarrea su intervención en el proceso penal (victimización secundaria).

La crítica general formulada por la victimología al sistema de justicia penal se basa en que el principio de neutralización de la víctima la convierte en un simple instrumento para la consecución de los fines del estado, sea como medio para poner en conocimiento la ocurrencia de un hecho delictivo (*notitia criminis*), sea como medio para obtener elementos de juicio que permitan lograr la condena del acusado a través de su testimonio². Su papel es meramente incidental y anecdótico sin que sus intereses, sentimientos, preocupaciones y expectativas tengan interés para un modelo de justicia cuyo único protagonista es el delincuente³.

En consecuencia, una de las reivindicaciones principales del movimiento victimológico, con notorio eco en la sociedad en general, es la de reequilibrar el sistema de justicia penal a favor de la víctima. Cómo debe entenderse este reequilibrio es algo que no resulta del todo claro.

Por una parte, encontramos que la pretensión victimológica con relación a la participación de la víctima en el proceso penal se orienta a procurarle medidas de protección y asistencia que

¹ Otorgan especial relevancia a este principio dentro del sistema de justicia penal, entre otros: DÍEZ RIPOLLÉS, «La contextualización del bien jurídico protegido» en *EL MISMO, Estudios penales y de política criminal*, 2007, p. 26; ZAFFARONI/ET. AL. *Tratado de Derecho Penal: parte general*, 2002, p. 64. Para HASSEMER es justamente porque el delito deja de ser competencia de la víctima y atañe en exclusiva al estado que existe el derecho penal, y es además un logro social para el control de comportamientos desviados: «Tanto la venganza [...] en la historia del derecho, como las reacciones sociales de miedo a la delincuencia que llegan hasta el linchamiento y hacerse justicia por sí mismo, muestran que la víctima es una doble amenaza de los intereses humanos, corriendo el peligro de convertirse ella misma en delincuente, respondiendo a la violencia con violencia, al delito con delito; y, a su vez, el hecho de que se socialice el interés de la víctima crea el peligro de que grupos sociales, ligados directamente a la víctima, o que al menos lo sienten así, pongan manos a la obra de la venganza o a la «prevención» frente a los delincuentes o frente a quienes tienen por tales». HASSEMER, *Fundamentos del derecho penal*, 1984, p. 94.

² Así, ALONSO RIMO/VILLACAMPA ESTIARTE, «La víctima en el sistema de justicia I», en BACA BALDOMERO/ECHEBURÚA ODRIozOLA/ TAMARIT SUMALLA, *Manual de victimología*, 2006, pp. 307 y ss.

³ «Todo juicio público se parece a una representación dramática, por cuanto una y otra se inician y terminan basándose en el sujeto activo, no en el sujeto pasivo, o víctima. Un juicio teatral, espectacular, necesita mucho más que un juicio ordinario un claro relato de los hechos y del modo en que fueron ejecutados. El elemento central de un juicio tan sólo puede ser la persona que cometió los hechos – en este aspecto es como el héroe de un drama –, y si tal persona sufre debe sufrir por lo que ha hecho, no por los sufrimientos padecidos por otros en virtud de sus actos». ARENDT, *Eichmann en Jerusalén*, 1999, p. 20.

minimicen el impacto de su intervención en el proceso, a ser informada por los servicios públicos sobre el estado del proceso,⁴ a la reparación del daño y a un derecho a la verdad⁵.

Por otra parte, existe una tendencia cada vez más extendida a criticar el conjunto de garantías del delincuente, inherentes al proceso penal, por considerarlas una forma de ofensa a las víctimas. Partiendo de que los intereses de estas se encuentran en oposición a los del delincuente, la justicia es concebida como una tarta de la cual no todos pueden tener una porción: un mayor reparto de garantías a la figura del acusado iría en desmedro de la víctima⁶ y viceversa. Esto ha terminado reflejándose en el diseño normativo de la política criminal, en particular, en la configuración del proceso penal, en la valoración de la cuantía de la pena, y en la ejecución de la misma⁷. Ante este panorama se tiene la impresión de que presentar objeciones a los intereses y demandas de las víctimas es emular a HAMLET oponiendo los brazos a ese torrente de calamidades.

La finalidad del proceso penal es la de establecer la existencia de responsabilidad por parte de un sujeto a quien se le imputa la realización de una conducta previamente consagrada como prohibida por la ley penal⁸. El proceso penal no está diseñado, y no tiene por qué, para enviar mensajes de solidaridad y empatía al sufrimiento de las víctimas. Tampoco está para satisfacer un deseo de venganza⁹. Decir esto no significa pasar por alto que existen reclamos legítimos que obligan a que el sistema de justicia estatal adopte medios orientados a restablecer los vínculos sociales y el estatus de igual dignidad de la víctima mancillados por el delito¹⁰.

El reto que plantean las demandas de mayor participación de la víctima desde el movimiento victimológico al sistema de justicia penal es claro pero no por ello de fácil solución. Por una parte, puede considerarse que este «resurgimiento» de la víctima significa un retroceso en el sistema de garantías y una fuente potencial de desequilibrios entre los intereses retributivos de la víctima y

⁴ TAMARIT SUMALLA, «La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas». en BACA BALDOMERO, E./ ET. AL, 2006, pp. 41 - 46.

⁵ «Lo problemático es sostener que dicho derecho puede (y debe) satisfacerse mediante el proceso penal», SILVA SÁNCHEZ (2008) «¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la 'lucha contra la impunidad' y del 'derecho de la víctima al castigo del autor」. *Revista derecho penal y criminología*, 86 - 87, Vol. 29, p. 160.

⁶ Véase, críticamente, sobre el papel de las víctimas y su relación con los derechos del delincuente: TONRY, «The costly consequences of populist posturing: ASBOs, victims, 'rebalancing and diminution in support for civil liberties» *Punishment & Society*, 12, 2010, p. 391. También, GARLAND, *The Culture of control*, 2001 ; DÍEZ RIPOLLÉS, «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana». RECPC, 06-03, 2004, p. 10. Todos ellos se refieren a esta relación entre derechos de las víctimas y derechos del delincuente en la elaboración de la política criminal contemporánea como *una ecuación de suma cero*.

⁷ Ejemplos de esto en los EE.UU son las declaraciones de impacto del hecho sobre las víctimas como criterio para determinar el grado de la condena al margen de la gravedad del delito, o la consulta previa a las víctimas para la orientación de la acusación, condena y para la obtención de la libertad condicional (*parole*). Al respecto véanse las recomendaciones hechas en el gobierno de RONALD REAGAN en el informe final sobre la situación de las víctimas en el país norteamericano: *President's Task Force on Victims of Crime. Final Report*. Para un análisis acerca de las declaraciones de impacto sobre las víctimas (Victim Impact Statements) véase, entre otros: SANDERS/JONES «The victim in court», en WALKLATE (ed.) *Handbook of Victims and Victimology*, 2011, pp. 282 - 308.

⁸ Finalidad esta bajo el entendido que es dentro del proceso judicial penal donde se realiza y concreta el derecho penal sustutivo, que define el objeto y la consecuencia jurídica. Así el artículo 16 del código de procedimiento penal colombiano: «En la actuación procesal los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial y buscarán su efectividad».

⁹ Así, DÍEZ RIPOLLÉS, «La víctima del delito en la política criminal y el derecho penal», *JPD*, 57, 2006, p. 33

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, 2008, p. 163

los derechos procesales del acusado¹¹. Desequilibrio que se amplifica si el poder estatal asume el discurso de los movimientos de víctimas como legitimador del rigor punitivo¹².

Por otro lado, desconocer los intereses de las víctimas puede traer consigo consecuencias indeseadas en términos de prevención general positiva. El abandono a su suerte de quien ha sufrido el daño socava la confianza del conjunto de ciudadanos en una justicia que le trata con indiferencia e incluso le instrumentaliza. Además, no atender a sus necesidades incide en una profundización de la situación victimizante, lo que no sólo no se compadece con un modelo de estado social de derecho que aspira al grado de inclusión social más alto, sino que es además un factor generador de criminalización¹³.

3. Normativa internacional sobre medidas de protección y participación de la víctima en el proceso penal

En línea con las consideraciones del anterior apartado, la resolución 40/34 de la Organización de Naciones Unidas (ONU, en adelante) en su anexo de *Declaración de los principios fundamentales de justicia relativos a las víctimas de delito y a las víctimas de abuso de poder*, de 29 de noviembre de 1985 se muestra como la herramienta normativa internacional más importante en el reconocimiento a las víctimas de facultades de participación, información, asistencia, protección y reparación¹⁴.

Asimismo, la Recomendación del comité de ministros del Consejo de Europa a los estados miembros, sobre *La posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal*, de 28 de junio de 1985, plantea en sus considerandos que la estructura tradicional del sistema de justicia penal tiende en ocasiones a incrementar los efectos negativos sobre la víctima, en razón a su estructura de relación exclusiva entre estado y delincuente. Sostiene también que en el seno del sistema de justicia penal de los países miembros deben adoptarse medidas que consideren los perjuicios físicos, psíquicos, patrimoniales y sociales de la víctima que redunden en un incremento de la confianza de ésta en la justicia penal y en favorecer su cooperación, especialmente como testigo. La recomendación postula una serie de directrices de legislación y buenas prácticas en los ámbitos de policía, persecución, interrogatorios, juicio y protección especial a la víctima¹⁵.

¹¹ Plantea esta cuestión, aludiendo a la postura de SCHÜNEMANN en el derecho penal alemán: CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, 1998, p. 224.

¹² Incluso un autor tan crítico del proceso penal como medio para resolver conflictos sociales como es el noruego CHRISTIE se muestra preocupado por la deriva punitiva de los movimientos de víctimas: "Victim movements might, through their present strength and insistence on rights for the victims, damage the beautiful instruments available in traditional penal law and courts. Penal law might lose balance. If so, we lose penal law. Victim power amplified with state power would indeed become a strong driving force towards a more punitive society". CHRISTIE, «Victims movements at a crossroad» *Punishment & Society*, 12, 2010, p. 118. En sentido similar: CEREZO DOMÍNGUEZ, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, 2010, pp. 38 y ss.

¹³ De acuerdo con TONRY, 2010, pp. 392 - 393, este es un argumento clave para rechazar el enfoque de "suma cero", pues las víctimas de hoy pueden ser los delincuentes de mañana. Citando algunos estudios que han demostrado cómo entre la "clase" criminal existen altas tasas de victimización, resalta que con frecuencia la calidad de víctima y ofensor suele coincidir en las mismas personas, cambiando de rol repetidamente a través del tiempo.

¹⁴ Véase, ALONSO RIMO/VILLACAMPA ESTIARTE, 2006. p. 325.

¹⁵ Véase, entre otros, MARTÍN RÍOS, *Victima y justicia penal*, 2012, pp. 442 y ss.

Por el amplio abanico de facultades y posibilidades de intervención otorgadas a las víctimas en todas las etapas del proceso, el estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI, en adelante) adquiere una singular relevancia en el tema que nos ocupa. Por más que la especialidad de los delitos que son competencia de la CPI – genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión – permite acotar con precisión quién puede ser considerado como víctima en un proceso ante la CPI, la determinación de la participación de las víctimas y el conjunto de actuaciones que pueden desplegar dentro del proceso es uno de los asuntos más debatidos en la jurisprudencia de las diferentes salas de la corte¹⁶.

En el año 2005 la ONU, como anexo a la resolución 60/147 de 16 de diciembre, se ocupa del tema y aprueba *Los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y a obtener reparaciones*. De tales principios se derivan obligaciones para los estados relacionadas con el acceso a la justicia, a la asistencia y a la reparación de las víctimas¹⁷.

Estos ejemplos son una clara muestra de la orientación hacia un mejoramiento en la atención de las víctimas de delitos por parte de la comunidad internacional. En concordancia con estos instrumentos, los estados nacionales deben perentoriamente adoptar medios adecuados que brinden apoyo y atención a las víctimas dentro de sus sistemas de justicia.

4. Panorama general de la victimización en Colombia

4.1 Victimización primaria

Por victimización primaria se entiende al proceso a través del cual una persona sufre, de modo directo o indirecto, un daño físico o psíquico como consecuencia de la producción de un hecho delictivo. De este modo, la situación de victimización dentro de un concreto contexto social tiene una directa relación con los niveles de delincuencia. A mayores tasas de criminalidad que presente una sociedad, *ceteris paribus*, mayor incidencia de victimización, y viceversa.

En este sentido la realidad colombiana presenta un paisaje social que favorece la victimización derivada de la comisión de delitos. A continuación presentaremos una breve contextualización de la realidad criminal y de la situación de las víctimas en Colombia.

a) Índices de delincuencia y victimización

Hacer una descripción general del panorama de la delincuencia y la victimización en Colombia tropieza, en primer lugar, con la dificultad de delimitar adecuadamente la pluralidad de

¹⁶ Así lo ha puesto de manifiesto la revisión de la jurisprudencia de las diferentes salas de la CPI con relación a la participación de quienes alegaron ser reconocidos como víctimas en el proceso de la corte contra Thomas Lubanga: OLÁSOLO/ KISS «El estatuto de Roma y la jurisprudencia de la corte penal internacional en materia de participación de víctimas» RECPC, 12-13, 2010; también AMBOS «El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas» INDRET, 2012.

¹⁷ Disponible en URL: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm>. [última visita: 15/02/13]

escenarios de violencia existentes en el país. En segundo lugar, consecuencia de lo anterior, es problemático desentrañar las causas objetivas generadoras de los contextos de violencia en la nación andina¹⁸.

Respecto a la primera dificultad, esto es, los escenarios de violencia, es de resaltar que se identifican al menos tres contextos: el conflicto armado entre grupos armados ilegales (guerrilla y paramilitares) y el estado colombiano; el ligado a la actividad de tráfico ilegal de estupefacientes; y la denominada delincuencia clásica. Estas expresiones de violencia no son realidades puestas en compartimentos estancos, incomunicados entre sí, sino que se entrecruzan y solapan frecuentemente unas con otras.

La segunda dificultad, resulta del peligro de simplificación al atribuir el origen de esta violencia a factores objetivos aislados, lo cual genera enfoques analíticos contradictorios con la consecuencia de un abordaje inconsistente y en ocasiones reduccionista en el diseño e implementación de la política criminal.

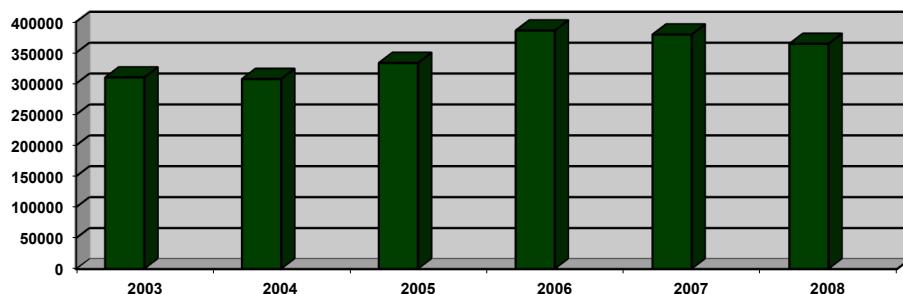
La profunda desigualdad social del país, caracterizada por altos índices de pobreza que sufren amplias capas de la población y la marginación de colectivos étnicos y sociales; un reparto inequitativo de la tierra y de las cargas de mantenimiento del estado; la ausencia de instituciones estatales en vastas zonas del territorio nacional cuyo vacío es llenado por grupos armados al margen de la ley que imponen su justicia; el bloqueo tradicional de los canales democráticos de participación ciudadana y la criminalización de la protesta social; la guerra contra las drogas con la consecuente estigmatización de consumidores y aplicación de todo el peso del sistema de justicia penal sobre sectores sociales marginados... Estos factores, entre otros, no pueden ni deben ser ignorados, pero analizados de manera aislada conducen a un abordaje sesgado de la criminalidad y la victimización, que se refleja en el diseño de la política criminal.

Teniendo en cuenta estas aclaraciones, encontramos que en Colombia las estadísticas oficiales revelan una realidad delictiva caracterizada por una alta tasa de criminalidad, de manera especial en relación con aquellos delitos violentos que llevan anejo un acometimiento personal y que, por tanto, poseen una cualidad singularmente apropiada para generar efectos graves de victimización primaria como sería, verbigracia, el trastorno por estrés postraumático (TEPT)¹⁹.

¹⁸CAMACHO GUIZADO, «El ayer y hoy de la violencia en Colombia: Continuidades y discontinuidades», *Revista Análisis Político*, 1991.

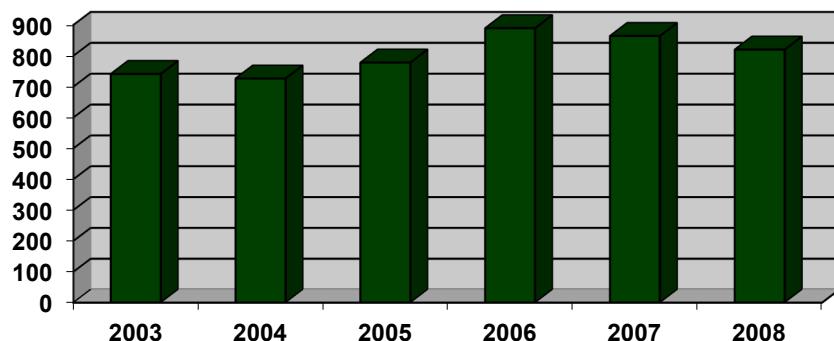
¹⁹ Acerca del TEPT, véanse, entre otros: ECHEBURÚA/ AMOR / DE CORRAL, «Asistencia psicológica postraumática», en BACA/ ET. AL., 2006, pp. 285 – 306; MEDINA AMOR, *Trastorno por estrés postraumático en víctimas de terrorismo: Evaluación clínica, psicofisiológica y pericial*, 2006.

DELITOS REGISTRADOS PERIODO 2003 -2008



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Policía Nacional de Colombia. "Revista Criminalidad". Vol. 51 N° 1 (2009); Vol. 50 N° 1 (2008); Vol. 49 (2007); Vol. 47 (2005). Bogotá.

INCIDENCIA DELICTIVA REGISTRADA POR 100.000 HABITANTES. PERIODO 2003 – 2008



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Policía Nacional de Colombia y la proyección poblacional elaborada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). En: www.dane.gov.co

A nivel comparativo dentro de Latinoamérica, pese a que ésta exhibe niveles de delincuencia violenta preocupantes, los datos de Colombia resaltan por sus elevados índices de criminalidad los cuales, con alguna variación, se han mantenido elevados a lo largo del tiempo²⁰.

b) Cifra negra

Si los datos oficiales dan cuenta ya de la gravedad de la situación de la delincuencia en Colombia, no revelan por completo los niveles de victimización que sufren las personas. Un mecanismo importante para lograr un acercamiento más amplio y aproximado a la realidad social en materia de criminalidad y víctimas lo constituyen las encuestas de victimización. Con esta herramienta se busca, a través de la consulta directa a muestras poblacionales relevantes, indagar sobre la existencia de delitos que hayan sufrido los ciudadanos y que no encuentren reflejo en los datos

²⁰ Algunos datos comparativos a este respecto pueden ser consultados en URL: www.riadd.uma.es

que recogen las instituciones del estado encargadas de la ejecución de esta tarea. De este modo se espera lograr un mayor conocimiento de la realidad delincuencial levantando el velo que esconde la cifra negra.

En este sentido la última encuesta de victimización llevada a cabo en Colombia²¹ por el departamento administrativo nacional de estadística - DANE - ofrece resultados importantes. De la pesquisa realizada en un total de veinticinco ciudades del país latinoamericano se halló que, en los últimos doce meses inmediatamente anteriores a la encuesta, un porcentaje del 20% de los entrevistados había sido víctima de al menos un delito, de los cuales únicamente el 24% denunció el hecho.

Asimismo, el promedio de percepción de inseguridad en las ciudades estudiadas supera el 60%²². Si bien este último no constituye un dato de victimización, ni directa ni indirecta, tiene relevancia en el sentido que aporta conocimiento acerca de las actitudes públicas respecto a la delincuencia y al miedo al delito. Resulta además importante por los efectos que esta percepción tiene sobre el desenvolvimiento de las personas en sus contextos cotidianos, las medidas preventivas y modificaciones de rutina que adoptan.

Este cuadro general de la situación de la delincuencia y la victimización en Colombia, así como la preocupación por el delito por parte de la ciudadanía, nos permite arribar a la conclusión, provisional hasta aquí, de que en efecto existe un problema dado el volumen cuantitativo de víctimas de delitos y que esto genera una demanda hacia el estado y sus instituciones para la adopción de medidas que reduzcan y mitiguen los índices de victimización y sus efectos en la población colombiana.

4.2 Victimizeración secundaria

Por victimización secundaria se entiende la serie de costes materiales y personales que le acarrea a la víctima de un delito su intervención dentro del proceso penal en el cual el presunto autor del delito está siendo juzgado²³. Ahora bien, para conocer en qué medida un sistema de justicia concreto contribuye a generar victimización, el analista tropieza con varios obstáculos que dificultan esta tarea.

En efecto, las formas en que un sistema de justicia puede generar resultados negativos sobre las personas que acuden a él son del más variado tipo: puede ser que el perjudicado por un delito no

²¹ Encuesta de convivencia y seguridad ciudadana - ECSC - Julio/agosto de 2012. Disponible en URL: www.dane.gov.co [última visita 15/02/13]

²² Las tasas de percepción de inseguridad atendiendo al lugar están distribuidas así: En vía pública, 74,2%; transporte público 61%; plazas de mercado, calles comerciales, 52%; cajeros automáticos en vía pública 46,8%; parques públicos, espacios recreativos y deportivos, 41,2%; discotecas, bares o sitios de entretenimiento nocturno, 26,6%; donde realiza su actividad principal, 25,6%. Fuente: ECSC - 2012. DANE. Estos datos aportan una confirmación meridiana de lo que se ha llamado la *paradoja del miedo al delito* - a saber, la divergencia entre las probabilidades objetivas de ser víctima de un delito y la percepción subjetiva de llegar a serlo - toda vez que la victimización real revelada en la encuesta no supera el 20%, en contraste con una percepción significativamente alta. NARVÁEZ MORA, «El miedo al delito no es un supuesto de victimización indirecta» *International E - Journal of Criminal Sciences*, 3 - 3, 2009.

²³ TAMARIT SUMALLA, 2006, p. 32.

halle en los organismos competentes un adecuado servicio en la recepción y seguimiento de su reclamo. Puede ocurrir también que, según el tipo de proceso, llegue a experimentar que, además de sufrir las consecuencias directas derivadas del delito, otros derechos le son conculcados o, incluso, puede sentirse a su vez objeto de juzgamiento.

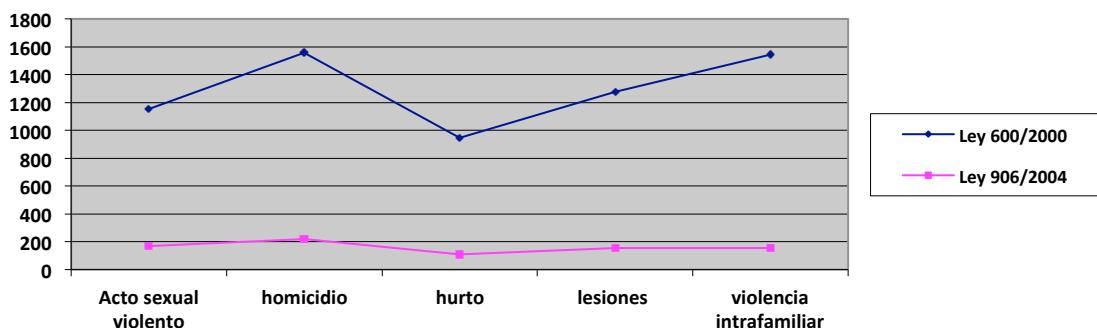
Indagar sobre estos y otros factores, implica descender a un plano empírico particular y pormenorizado de cada caso y, aun así, sólo prometería el hallazgo de resultados parciales.

No obstante, creemos que existen factores globales que permiten deducir elementos de juicio relativos a la medida en que un sistema jurídico penal resulta más o menos propenso para incidir negativamente en las personas que acuden a él en calidad de víctimas. Los datos sobre el *funcionamiento de la administración de justicia, la percepción ciudadana* sobre la confianza de sus instituciones de justicia penal (jueces, fiscales), así como información acerca de los obstáculos que soportan las personas para el acceso al sistema de justicia, pueden proporcionar criterios muy ricos para realizar dicha valoración, como se expresa a continuación.

a) Funcionamiento del sistema de justicia procesal penal

Un primer dato relevante para acercarnos a la manera en que opera la administración de justicia penal colombiana viene dado por la duración de los procesos penales. La instauración del sistema procesal acusatorio – ley 906 de 2004 –, que derogó el anterior código de procedimiento penal que consagraba un sistema mixto – ley 600 de 2000 –, significó una importante evolución en la celeridad de los procesos. De un promedio de duración de las causas de 875 días en el sistema mixto se pasó a 130 días en el sistema acusatorio²⁴.

DURACIÓN COMPARADA DE PROCESOS PENALES EN ALGUNOS DELITOS (en días)



FUENTE: Elaboración propia a partir de datos del informe de gestión de la sala administrativa del Consejo superior de la judicatura. 2009.

No obstante este importante avance que ha significado el cambio de modelo procesal en términos de celeridad en la evacuación de diligencias procesales, la eficacia del sistema de administración de justicia penal se encuentra cuestionada. Se comprueba que en los delitos que revisten una

²⁴ COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL, *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el estado colombiano*, 2012.

mayor complejidad, al requerir una mayor profundidad en la indagación y elaboración probatoria del caso, persisten problemas que ya se advertían en el anterior sistema.

Una muestra significativa de esto lo constituye la investigación del delito de homicidio. Si bien este injusto es uno de los que menos problemas suele presentar en el registro estadístico y que su gravedad debería implicar una mayor asignación de recursos para la comprobación de la responsabilidad, las sentencias condenatorias por homicidio alcanzan tan sólo el 4% del total de casos registrados²⁵.

La tendencia que se muestra en el sistema procesal penal colombiano es la de un escaso margen de éxito en la resolución de casos que envuelven delitos complejos, como el homicidio. Mientras delitos que requieren una menor necesidad de investigación orientada a la obtención de pruebas como serían los de lesiones, violencia intrafamiliar, posesión de armas alcanzan niveles similares de resolución al número de casos ingresados, en delitos de mayor complejidad los datos de resolución – salidas – son muy inferiores a los casos que ingresan al sistema²⁶.

Lo visto en este apartado nos permite concluir que la obtención de resultados satisfactorios en el esclarecimiento de delitos en Colombia guarda una relación inversamente proporcional a la complejidad probatoria.

b) Percepción del sistema de justicia penal

La insatisfacción ciudadana hacia la administración de justicia es una actitud ampliamente extendida en el contexto latinoamericano. En Colombia se registra una percepción de satisfacción ligeramente superior a la que se encuentra en el resto del área continental latinoamericana, correspondiente al 32% frente a un promedio del 30% en el conjunto de países²⁷.

Los factores que inciden en la escasa confianza ciudadana hacia la administración de justicia de cada país dependerán de cada situación concreta. La inefficiencia del aparato judicial, los casos de corrupción de funcionarios, las trabas para acceder a la administración son elementos que los ciudadanos aprecian a la hora de fijar su postura frente a sus instituciones.

En Colombia resulta significativo que el cambio de sistema procesal penal no se ha traducido en una mejora de la consideración ciudadana del rendimiento del sistema. Pese a las promesas de celeridad procesal y reducción de los niveles de impunidad que respaldaron la implantación del sistema penal acusatorio, la percepción ciudadana acerca de la probabilidad de que un delito sea sancionado en Colombia es sumamente baja. En este sentido llama la atención, a manera de

²⁵ Señala la comisión asesora de política criminal: “Asumiendo que casi todos los homicidios ingresan a la fiscalía – pues en este delito hay niveles bajos de subregistro – estas cifras sugieren que, utilizando el método del embudo, el nivel de impunidad por los homicidios que entraron al sistema acusatorio entre 2005 y 2010 es de 96%. Esto refleja que al menos para este delito [...]el nuevo sistema no ha obtenido mejores resultados en la investigación y sanción de crímenes para los que primordialmente deben perseguirse una condena”. COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL, 2012.

²⁶ Ibídem.

²⁷ CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA (2011). Latinobarómetro. Disponible en URL: <http://www.cej.org.co/index.php/todos-los-justiciometros/2724-satisfaccion-con-el-sistema-de-justicia-en-colombia-y-latinoamerica> [Última visita 15/02/13]

ejemplo, la respuesta dada por los ciudadanos encuestados a la afirmación «En Colombia el problema de la justicia está en que la policía detiene a los delincuentes pero los jueces los sueltan». El 80% de los encuestados se mostró *de acuerdo o completamente de acuerdo*, mientras que sólo un 17% sostuvo estar *en desacuerdo o en total desacuerdo*²⁸.

c) Dificultades de acceso al sistema de justicia penal

El acceso a la administración de justicia es un derecho constitucional reconocido a todos los ciudadanos²⁹. Este derecho se traduce en la facultad y garantía a todas las personas para acudir a la jurisdicción estatal como medio pacífico para la solución de conflictos y controversias³⁰.

Los obstáculos para acceder a la jurisdicción se encuentran repartidos de forma desigual entre la población. Si bien existen circunstancias más o menos generalizables que el conjunto de la ciudadanía percibe como dificultades para acceder a la administración de justicia, como serían los costos económicos, el desconocimiento de los propios derechos o la falta de comprensión de los trámites adecuados que se han de seguir, entre otros³¹, en el caso de las víctimas de delitos las causas que dificultan el acceso al sistema de justicia obedecen a diferentes razones.

Así, las características personales de la víctima del delito guardarán una relación con sus posibilidades de acceder al sistema de justicia. En Colombia la gran mayoría de víctimas de delitos, especialmente contra la vida y la integridad personal, son adultos jóvenes con bajo nivel académico y escasos ingresos económicos³². Este aspecto resulta importante de cara a entender el acceso a la justicia, pues no se puede desconocer la relación entre capacidad socioeconómica y el conocimiento de los propios derechos, o de los mecanismos de protección jurídica, así como la confianza en las instituciones como medio para la resolución de conflictos.

Asimismo, no hay que perder de vista a colectivos específicos dentro de la sociedad colombiana que por su propia situación hallan dificultades especiales para encontrar en la administración de justicia un medio adecuado para la consideración de sus intereses y necesidades jurídicas. Paradigmático de esta afirmación lo constituyen los casos de mujeres víctimas de violencia sexual e intrafamiliar.

²⁸ Corporación Excelencia en la Justicia (2013). Encuesta bienal de culturas 2009 – Secretaría de cultura, recreación y deporte de Bogotá. Disponible en: <http://www.cej.org.co/index.php/todos-los-justiciometros/2271-confianza-en-el-sistema-penal-acusatorio-en-bogota> [Última visita 15/02/13]

²⁹ Artículo 229 constitución política.

³⁰ ACOSTA ALVARADO, «Administración de justicia y acceso a la justicia: El actual plan sectorial de la rama judicial en Colombia», *Revista derecho del estado*, 24, 2010, p. 189, quien sostiene que el acceso a la administración de justicia se define como [...] “el derecho que tiene todo individuo a accionar los mecanismos necesarios para la tutela de sus derechos y la solución de sus controversias, así como para la sanción de los delitos; persiguiendo con ello una respuesta acorde a derecho y ejecutable obtenida, en plazo razonable, ante un órgano competente independiente e imparcial luego de tramitar un proceso con las debidas garantías que aseguren tanto la defensa como la igualdad de condiciones entre las partes que participen en él. Este derecho incluye también la posibilidad de defensa y respuesta efectiva, aun cuando la causa no haya sido motivada por el propio individuo involucrado”. Por su parte, LA ROTA y SANTA definen el acceso a la justicia como [...] “la posibilidad de toda persona, independientemente de su condición económica o de otra naturaleza, de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos de acuerdo con el ordenamiento de cada país, y de obtener atención a sus necesidades jurídicas”. LA ROTA/SANTA, *Acceso a la justicia de las mujeres. Justicia ordinaria.*, 2012, p. 7.

³¹ CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. *Encuesta de necesidades jurídicas*, 2007..

³² BARRERA NIETO/RIVERA, *Una mirada a la impunidad en el marco del sistema penal oral acusatorio*, 2009, pp. 227 - 231.

Los obstáculos que se pueden presentar para el acceso a la administración de justicia en estos supuestos se hallan repartidos al menos en tres niveles:

i) *En la toma de decisión de acudir al sistema.* Suele existir desconfianza por parte de la víctima en que las instituciones jurídicas sirvan para dar solución a su problema. También revela un temor de ser atacada nuevamente por su agresor, como represalia. A esto se añan sentimientos de vergüenza y humillación al presentar la denuncia y el desconocimiento de cuál es la autoridad competente ante la cual presentarla.

ii) *En la atención de la demanda de la víctima.* Obstáculos principales son el desinterés de los funcionarios hacia el reclamo de la víctima e incluso un trato inadecuado y de desdén sobre su caso. Adicionalmente la falta de información sobre las acciones que puede emprender, como, por ejemplo, para la presentación de la denuncia.

iii) *En la tramitación del caso y la toma de decisión.* Falta preparación y calificación de los funcionarios para atender situaciones específicas de violencia contra la mujer; también se observa una falta de seguimiento de la situación de la mujer, dificultades para la práctica de pruebas periciales y frecuente desestimación del caso por parte de la autoridad judicial³³.

En conclusión: Las dificultades para acceder al sistema de justicia son factores generadores de victimización pues impiden que las personas hallen medios adecuados para solucionar sus conflictos. La congestión judicial se presenta como un problema importante para el derecho al acceso a la administración de justicia en Colombia, pero quizás existen problemas más agudos como sería la falta de adecuación y adaptabilidad de la administración a problemas específicos de sectores sociales en especial situación de vulnerabilidad.

5. Posición actual de la víctima en el ordenamiento procesal penal colombiano

Dentro de la exposición de motivos de lo que luego sería el acto legislativo 02 de 2003, por medio del cual se modificó la constitución política de Colombia para incorporar un nuevo modelo de enjuiciamiento, se planteó la importancia de reconocer a la víctima sus derechos a la verdad, justicia y reparación³⁴.

El código de procedimiento penal – ley 906 de 2004 –, que desarrolló la reforma constitucional, consagró una serie de garantías en favor de las víctimas que, según se lee en el artículo 11 de dicha ley³⁵, acoge, en general, los principios e instrumentos internacionales de protección a las víctimas antes mencionados. No obstante, en el desarrollo normativo posterior las posibilidades reales de participación de la víctima se circunscribieron al contexto de la justicia restaurativa en tres hipótesis: la conciliación, la mediación y el incidente de reparación integral³⁶.

³³ LA ROTA / SANTA, 2012, pp. 38 – 54.

³⁴ CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA, *Reforma Constitucional de la Justicia Penal. Actas de la Comisión Preparatoria y Documentos de Trámite Legislativo*, t. I, 2002, p. 35.

³⁵ Entre otras, a recibir un trato digno, protección de su intimidad y seguridad, reparación de daños, ser oídas y permitir el aporte de pruebas, recibir información, sean considerados sus intereses sobre decisiones discrecionales o definitivas.

³⁶ Detalladas en los artículos 522 y siguientes de la citada ley.

Entendida como método para la solución del conflicto, de acuerdo al código de procedimiento penal, la conciliación se consagra como un presupuesto necesario para el ejercicio de la acción penal en los delitos que requieren querella de parte³⁷. Si no se intenta la conciliación en estos delitos que afectan exclusivamente a la víctima, no se podrá iniciar la investigación por parte de la Fiscalía general de la nación.

Por otra parte, la mediación³⁸ es una herramienta que persigue igual propósito que la anterior figura, con la diferencia de que su uso es voluntario entre víctima y victimario. Su procedencia está reservada para delitos de mediana intensidad, es decir, aquellos cuya pena mínima no excede de cinco años de prisión. Si la excede podrá llevarse a cabo pero no extingue la acción penal, sólo la civil.

Finalmente, el incidente de reparación integral³⁹ opera como mecanismo orientado a las consecuencias civiles de quien ha sido declarado penalmente responsable. En otros términos, se requiere un fallo condenatorio para permitir la entrada de la víctima en el debate procesal.

Entonces, a pesar de la inclusión en abstracto de una serie de garantías, parece que en concreto no se le otorgaron a la víctima mayores posibilidades de participación en el objeto principal del debate, esto es, la determinación de la responsabilidad penal del investigado. Esto en el marco de un proceso penal adversativo y supone una manifestación del ya aludido principio de neutralización de la víctima.

Ha sido la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana la que progresivamente ha incorporado ampliaciones de los escenarios de participación de las víctimas, al analizar la coherencia de algunas normas del código de procedimiento penal con la constitución política de Colombia y con aquellos instrumentos internacionales que forman parte – en sentido amplio o restringido – del bloque de constitucionalidad, ya apuntados.

Así, la sentencia C-979 de 2005⁴⁰ abrió la puerta a las víctimas para que participen en el trámite del principio de oportunidad y, concretamente, se les escuche durante la audiencia de aprobación de esta facultad que regladamente tiene la fiscalía para disponer de la acción penal.

En la sentencia C-1154 de 2005⁴¹ la corte reconoció la importancia de la víctima frente a la decisión de archivo de las diligencias, al punto que se impuso la obligación de informársele sobre

³⁷ Artículo 522 CPP. “LA CONCILIACIÓN EN LOS DELITOS QUERELLABLES. La conciliación se surtirá obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables, ante el fiscal que corresponda, o en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal. [...]”

³⁸ Artículo 523 CPP. “CONCEPTO. Mediación es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que se expida para la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta.

La mediación podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón.

³⁹ Artículo 102 CPP. “PROCEDENCIA Y EJERCICIO DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL. En firme la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este Código, de ser solicitadas por el incidentante”.

⁴⁰ M.P.: CÓRDOBA TRIVIÑO.

⁴¹ M.P.: CEPEDA ESPINOSA

la decisión y la posibilidad de acudir ante un juez de garantías en caso de no estar conforme con la decisión del fiscal.

Mediante la sentencia C-454 de 2006⁴² la corte constitucional revisó la posibilidad que tienen las víctimas de solicitar pruebas ante el juez de conocimiento, tal como lo hacen defensor y fiscalía, a lo cual se respondió afirmativamente.

Con la sentencia C-209 de 2007⁴³ la corporación explicó que la víctima puede solicitar la exclusión de las pruebas, así como participar en la audiencia preliminar de imposición de medida de aseguramiento (prisión preventiva), incluso le otorgó la posibilidad de solicitarla directamente ante el juez de garantías.

Luego, con la sentencia C-516 de 2007⁴⁴, resolvió la duda sobre si la víctima, al igual que se le reconoció la facultad de postular pruebas, tenía además la posibilidad de participar en su práctica durante el juicio oral. Esta vez la corte respondió negativamente, al considerar que, en un modelo adversativo y de partes, sólo participan del debate probatorio fiscalía y defensa, haciendo cada una su interrogatorio y contrainterrogatorio, según corresponda. La corporación explicó que una intromisión de una parte más quebrantaría el modelo acusatorio incorporado en la constitución.

Finalmente, la corte constitucional ha reconocido la posibilidad de participar en otras fases del procedimiento, tales como la audiencia de acusación a fin de hacer observaciones al respectivo escrito, y en el trámite correspondiente a las manifestaciones previas a la determinación de la pena y sus eventuales subrogados cuando el sentido del fallo ha sido condenatorio⁴⁵.

De lo expuesto, se desprende que la jurisprudencia constitucional ha insistido en que los valores constitucionales imponen una participación real de la víctima en la resolución del conflicto penal, participación no solamente limitada a aspectos patrimoniales sino también en búsqueda de la verdad y la justicia⁴⁶. Aunque es necesario también resaltar que tanto la normatividad como las decisiones de la corte han limitado la participación de las víctimas en el desarrollo del juicio oral. El ejercicio de sus derechos debe hacerse de modo compatible y respetuoso con las características propias del modelo procesal acusatorio y con las garantías inherentes a un proceso justo.

⁴² M.P.: CÓRDOBA TRIVIÑO.

⁴³ M.P.: CEPEDA ESPINOSA.

⁴⁴ M.P.: CÓRDOBA TRIVIÑO.

⁴⁵ Sentencia C - 250/2011, M.P.: GONZÁLEZ CUERVO.

⁴⁶ Así la Sentencia C - 454 de 2006: [...] “esta reconceptualización de los derechos de las víctimas, a partir de la constitución, se funda en varios principios y derechos constitucionales: (i) En el mandato de que los derechos y deberes se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia [...]; en el hecho de que el constituyente hubiese otorgado rango constitucional a los derechos de las víctimas [...]; (ii) en el deber de las autoridades en general, y las judiciales en particular, de propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de los bienes jurídicos [...]; (iv) en el principio de dignidad humana que promueve los derechos a saber qué ocurrió, y a que se haga justicia [...]; (v) en el principio del estado social de derecho que promueve la participación, de donde deviene que la intervención de las víctimas en el proceso penal no puede reducirse exclusivamente a pretensiones de carácter pecuniario; (vi) y de manera preponderante del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual se derivan garantías como la de contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, así como la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias”.

Mención aparte merece la Ley 975 de 2005 de "Justicia y Paz", por medio de la cual se creó un sistema punitivo diferenciado del ordinario orientado a la desmovilización y reincorporación a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley. De acuerdo con esa normatividad, los militantes de esas organizaciones que depongan las armas, expongan públicamente la verdad y reparen integralmente a las víctimas podrían acceder a beneficios punitivos que, incluso en los delitos más graves – salvo crímenes de lesa humanidad –, conducirían a una pena máxima de ocho años de prisión. Se ha buscado por esta vía, de acuerdo con lo plasmado en esa ley, la reconciliación nacional luego de varios años de conflicto armado interno⁴⁷.

Mediante sentencia C-370 de 2006⁴⁸, la corte constitucional declaró parcialmente ajustada a la carta buena parte del articulado que había sido demandado por desconocer los derechos de las víctimas. Hoy en día la ley ha sido aplicada con preferencia a desmovilizados de grupos paramilitares. Los resultados, en cuanto a los perjudicados se refiere, aún están por verse.

Por último, fue expedida recientemente la ley 1448 de 2011, por medio de la cual se dictaron medidas de atención a las víctimas del conflicto armado interno. Esta legislación destaca por las diferentes respuestas estatales que se brindan a las víctimas del conflicto, en especial las medidas orientadas a la restitución de tierras, de atención a quienes han sido desplazados forzadamente y de atención en salud y educación. En materia procesal penal es de resaltar su orientación hacia la mejora de las condiciones de la víctima en las diferentes etapas del proceso, adquiriendo especial relevancia la garantía de información en concretos momentos procesales, así como la cuidadosa forma en que deberá recibirse su testimonio y la gratuidad cuando requiera de la tutela judicial⁴⁹.

6. Derechos de las víctimas y racionalidad de las leyes: Análisis de la propuesta

Luego de la descripción general de la situación social y jurídica de las víctimas en Colombia, procederemos a revisar el contenido de una propuesta de ley que cursa actualmente en el legislativo colombiano cuyo fin es establecer las condiciones para el ejercicio de la acción penal por parte de las víctimas de delitos.

En primer lugar se procederá a una descripción de la propuesta, identificando su origen, objetivos y contenido⁵⁰. Seguidamente se estudiará la pertinencia y adecuación de la norma haciendo uso de un marco analítico de racionalidad legislativa.

⁴⁷ Críticamente, sobre el papel meramente nominal y la carencia de verdaderas garantías a las víctimas (especialmente mujeres y niños) dentro del proceso de justicia y paz: CHAPARRO MORENO, «Ley de justicia y paz. Se perpetúa la impunidad de crímenes sexuales y de género cometidos contra las mujeres», en *¿Justicia desigual? Género y derechos de las víctimas en Colombia*. 2009.

⁴⁸ MM.PP.: CEPEDA ESPINOSA; CÓRDOBA TRIVIÑO; ESCOBAR GIL; MONROY CABRA; TAFUR GALVIS; VARGAS HERNÁNDEZ.

⁴⁹ La corte constitucional revisó la norma en sentencia C - 280 de 2013 M.P.: PINILLA PINILLA, por la cual se declaró ajustada a la constitución el contenido de la ley en lo que fue objeto de la demanda de inconstitucionalidad.

⁵⁰ Atendemos a la revisión de la exposición de motivos del proyecto de ley 047 de 2012 y al informe de ponencia para primer debate en la comisión primera de la cámara de representantes. El texto puede ser consultado en la URL:

http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=047&p_cons_ec=33540 [Última visita 15/02/13]

6.1 El proyecto de ley 047 de 2012

La propuesta legislativa bajo estudio se orienta a desarrollar la previsión normativa que consagra el artículo 2º del acto legislativo 06 de 2011, el cual reformó la constitución política de Colombia adicionando un parágrafo al artículo 250 de la carta, el cual reza:

"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."

Los objetivos principales de esta reforma se fincan, por una parte, en descongestionar a la Fiscalía general de la nación de la acumulación de casos que había provocado la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio⁵¹; por otra parte, en el deseo de dar mayor protagonismo a la víctima en la resolución del conflicto penal.

La lectura de la norma ha dado lugar a múltiples discusiones, centradas principalmente en la categoría de delitos que deberían estar cubiertos por la reforma constitucional, en otras palabras, las conductas punibles en las que la víctima podría ejercer la acción penal⁵².

El proyecto de ley 047 de 2012 que procedemos a revisar, tiene como objetivo principal lograr los fines que respaldaron el acto legislativo 06 de 2011, asumiendo también las premisas que lo respaldan. Así, se lee en la exposición de motivos del proyecto:

[...] *"el sistema acusatorio no está otorgando en la actualidad una respuesta suficientemente pronta a las víctimas y existen además grandes problemas de congestión en la etapa de indagación penal, por lo cual se hace necesario contar con alternativas que puedan solucionar este problema, que respeten las garantías de los sujetos procesales y demás intervenientes en el proceso penal y los principios esenciales del sistema acusatorio, y en esa medida la regulación de la acusación particular viene a dar alcance a la protección de los derechos de la víctima, poniendo a tono la legislación colombiana con las tendencias contemporáneas del derecho penal"*

Respecto al contenido de la propuesta, la misma quedaría estructurada así:

- Inicialmente, establece la titularidad de la acción penal privada, la cual queda asignada a la víctima y a alguna otra autoridad legitimada para ejercerla en lugar de la Fiscalía general de la nación.

⁵¹ No obstante y como ya hemos apuntado, este fue ya uno de los objetivos principales de la reforma procesal penal por la cual se asumió el modelo procesal penal acusatorio.

⁵² Al momento de escribir estas líneas se había presentado una demanda de inconstitucionalidad contra este acto legislativo. El reproche en el que se basaba sostenía que el acto legislativo no constituye una mera reforma al texto constitucional sino que, por su contenido, modifica en sí mismo el espíritu de la carta política, lo que conlleva entonces una sustitución de la constitución, lo cual sólo puede ser llevado a cabo por el pueblo, como constituyente primario. Recientemente la corte se ha declarado inhibida para conocer la demanda. Revista

Ámbito Jurídico (2013). Disponible en URL:

http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti20130717-04corte_constitucional_se_inhibe_para_examinar_norma_que_permite_/noti20130717-04corte_constitucional_se_inhibe_para_examinar_norma_que_permite_.asp?Miga=1&IDobjetose=15599&CodSeccion=84 [última visita 15/02/13]

- Luego precisa las conductas delictivas susceptibles de convertirse en acciones penales privadas, entre ellas, las que exijan querella de parte, las que tengan menos de cuatro años de pena mínima prevista y las que afecten el patrimonio de particulares.
- La conversión de la acción penal pública en privada quedará supeditada al agotamiento de la conciliación, así como a la verificación de las condiciones de conversión por parte de un juez con función de control de garantías.
- El proyecto también contempla la posibilidad de que el actor privado provoque decisiones que afectan a derechos fundamentales, como solicitar ciertos actos de investigación, medidas de aseguramiento de carácter personal o medidas cautelares reales.
- Finalmente, se establece una modalidad de juicio, un tanto más simplificado y breve en sus términos que el previsto ordinariamente por la Ley 906 de 2004, con un trámite adicional para la justicia restaurativa.

Por lo demás, se observa una escasa regulación de temas relacionados con la aceptación de cargos – sentencia de conformidad – o con la forma en que se ejecutarán los actos de investigación que afecten a garantías fundamentales.

6.2 El proyecto de ley a la luz de un modelo de racionalidad legislativa penal.

En el campo del diseño de la política criminal y del derecho penal consideramos que una decisión será racional en la medida en que atienda adecuadamente a la problemática sobre la cual busca actuar, para lo cual se requiere que los argumentos que la justifican resistan la refutación empírica⁵³.

Para evaluar la racionalidad del proyecto de ley 047 de 2012 hemos elegido el modelo propuesto por DÍEZ RIPOLLÉS, quien ha estructurado en cinco niveles el mapa clasificatorio de los argumentos que deberían respaldar una decisión legislativa, sustentados en criterios éticos, teleológicos, pragmáticos, jurídico formales y lingüísticos. Parece plausible la adecuación del modelo para evaluar a fondo las decisiones del legislador en materia de política criminal⁵⁴.

Sin pretender hacer una detallada exposición de los fundamentos que subyacen a este modelo, a continuación enunciaremos el contenido de cada categoría racional para luego ver el acoplamiento de la norma bajo examen a él.

a) Racionalidad ética

Dentro de esta categoría se enmarcan aquellos postulados básicos que justifican la intervención legislativa penal que poseen un amplio y relativamente asentado consenso social dentro de un

⁵³ VÉLEZ RODRÍGUEZ, «La irracionalidad de la política criminal contra agresores sexuales. Estudio de una propuesta normativa en el marco de un modelo de racionalidad legislativa penal». en DÍAZ CORTÉS (Coord.)/PÉREZ ÁLVAREZ (Ed.) *Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información y la comunicación en las modernas ciencias penales*, 2012, p. 352.

⁵⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, *La Racionalidad de las Leyes Penales*, 2003. Una puesta a prueba de las ventajas de este modelo como parámetro analítico de las leyes penales, en: VÉLEZ RODRÍGUEZ, 2012.

determinado ordenamiento jurídico. Se vinculan al sistema de creencias, condicionado histórica y culturalmente, de la colectividad donde éste se inscribe⁵⁵. Hablamos, como sostiene RANDO CASERMEIRO, de convicciones que resultan tan arraigadas en la sociedad, que es innecesario discutir sobre ellas⁵⁶. Varios principios conforman este nivel de racionalidad pero, para lo que interesa en esta disertación y teniendo en cuenta que es una ley específicamente procesal, atenderemos a la revisión de los principios rectores de esta naturaleza.

En este sentido, se encuentra el principio del *monopolio estatal* para la determinación de responsabilidad penal. Así, al catálogo normativo analizado se le ha reprochado⁵⁷ el quebranto de este principio, en tanto la acción penal no es ejercida por la Fiscalía general de la nación. A ello debe responderse que el monopolio o reserva jurisdiccional no está referida a la persecución penal, sino a la facultad que tiene un órgano judicial de decidir un conflicto y, especialmente, imponer las penas, luego de un debate entre partes⁵⁸. Que un particular promueva la acción penal no separa al juez de la obligación de decidir sobre el caso.

En cuanto al principio de *independencia e imparcialidad*, no se ve menguado en forma alguna con el proyecto propuesto, pues el juez sigue siendo parte de la estructura de la rama judicial, esto es, no vinculado con otro órgano o poder público y, por otra parte, sigue en condición de equidistancia con las partes, aun cuando sometido a los postulados de *in dubio pro reo* y presunción de inocencia.

El tercer principio es el del *proceder contradictorio*, referido al debate, la dualidad de posiciones, y las oportunidades para alegarlas, defenderlas y probarlas⁵⁹. Sobre el tema asalta una preocupación: la persona *legitimada* para promover la acción particular. Se afirma que es la víctima o las entidades públicas afectadas. Sin embargo, si el perjudicado cuenta con recursos económicos para tal fin, podrá contar con una representación jurídica profesional adecuada. Nada dice el proyecto sobre qué sucede en los casos en que la víctima desee ejercer la acción particular y no cuente con los medios económicos necesarios para impulsar la actividad de investigación y representación en juicio. Se ha insinuado⁶⁰ que la prestación del servicio podría asumirse por la Defensoría pública. Dado que esta entidad asiste a los acusados en defensa de sus intereses, lo anterior conduciría a que también representara a las víctimas en el ejercicio de la acción penal. En conclusión, sería un mismo órgano quien acusara y defendiera.

En este principio también se comprende la forma en que las pruebas son obtenidas. No aparece claro qué ocurrirá si el ejercicio de la acción se deja en manos de alguien distinto de la Fiscalía general de la nación. En Colombia las actividades investigativas las adelanta la policía judicial bajo la coordinación del fiscal del caso quien, en el evento de adelantar ciertos actos que incidan en derechos fundamentales, debe solicitar la intervención de un juez con función de control de garantías, en algunos casos con posterioridad a la afectación del derecho, como ocurre con el registro de viviendas, las interceptaciones telefónicas o la búsqueda de información producto de la transmisión de datos. La sola remisión que hace el legislador a la normatividad ordinaria

⁵⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 92.

⁵⁶ RANDO CASAMEIRO, *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador*, 2010, p. 154.

⁵⁷ CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. *Comentarios de la CEJ al Proyecto 047 de 2012*.

⁵⁸ FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, 2001, p. 538.

⁵⁹ DIEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 156.

⁶⁰ CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA..

conduciría a admitir que un particular podría hacer legítimamente este tipo de actos de investigación y sólo posterior y eventualmente acudir a un juez⁶¹. Entregar este tipo de atribuciones a un particular resultaría no solo desproporcionado, sino contrario a un estado constitucional de derecho, donde la afectación de garantías tiene reserva judicial.

b) Racionalidad teleológica

En este segundo nivel, en el entendido que pueden existir puntos de disenso, se ha de asegurar el debate y confrontación entre las diversas posturas sociales y políticas, a la búsqueda de un consenso básico acerca de los objetivos que se pretenden lograr con la decisión legislativa o, en su defecto, de una decisión claramente mayoritaria al respecto. Entre estos objetivos han de estar la definición de los bienes jurídicos o intereses objeto de tutela⁶², el ámbito normativo y nivel de protección que se aspira alcanzar⁶³, entre otros aspectos.

Respecto de los propósitos declarados por el legislador en la exposición de motivos del proyecto de ley bajo estudio, se afirma por los ponentes que: “[E]l sistema acusatorio no está otorgando en la actualidad una respuesta suficientemente pronta a las víctimas y existen además grandes problemas de congestión en la etapa de la indagación penal, por lo cual se hace necesario contar con alternativas que puedan solucionar este problema”⁶⁴.

Son dos, pues, los objetivos que se han trazado en el proyecto de ley. Por una parte, se busca dar una respuesta adecuada y oportuna a las víctimas de delitos; por otra, se pretende dar solución al problema de la sobrecarga de actividad que tiene actualmente la Fiscalía general de la nación. Ambos objetivos son legítimos y parecen corresponderse con una problemática real, según se ha visto⁶⁵. Sin embargo, cabe hacer algunas consideraciones sobre la cuestión de la atención a las víctimas.

Así, en cuanto a que a la víctima no se le está otorgando una respuesta pronta a sus necesidades, tenemos que considerar los diferentes intereses contrapuestos que aparecen en determinado momento en la sociedad.

Entre las escasas noticias que han sido difundidas sobre el tema, se encuentra una que califica como “polémica” la medida que otorga facultades para que “cualquiera pueda ser ‘fiscal’”⁶⁶. Allí

⁶¹ La lectura del artículo correspondiente nos permite, al menos, plantearnos esta duda: “Artículo 6º. Actos de investigación. El titular de la acción privada y el acusado tendrán las mismas facultades probatorias establecidas en los artículos 267 y 268 del Código de Procedimiento Penal. Para la realización de actos de investigación deberán observarse las reglas establecidas en los Capítulos II y III del Libro II del mismo.

Cuando según el procedimiento ordinario se requiera orden previa del fiscal para la realización de un acto de investigación, tratándose de acusación privada se solicitará esa orden al Juez de Garantías quien deberá ejercer control de legalidad previo o posterior según corresponda” (El subrayado y resaltado son nuestros).

⁶² En el caso que nos ocupa, claramente, la norma no se dirige a satisfacer la protección de un bien jurídico sino los intereses de un colectivo determinado: las víctimas de delito.

⁶³ En la norma bajo estudio se trataría de discutir hasta qué punto sería deseable la participación de la víctima del delito en las diferentes fases de la investigación, procedimiento y ejecución penal.

⁶⁴ Disponible en URL:

http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=047&p_cons_ec=33540 [última visita 15/02/13]

⁶⁵ Véase *supra*.

⁶⁶ EL TIEMPO (2012), *Proyecto para que cualquiera sea ‘fiscal’ ya prende debate*. Disponible en URL: http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12297078.html. [Última visita

mismo se destacan las objeciones que el Ministerio de justicia y la Fiscalía general de la nación tienen sobre el proyecto, en especial, sobre las facultades otorgadas al actor particular y sobre la categoría de delitos que se sustraerían de la competencia de la fiscalía.

Además, de acuerdo con diferentes encuestas realizadas, la ciudadanía tiene un alto nivel de confianza en la Fiscalía general de la nación, si se le compara con las otras instituciones. Por ejemplo, la labor desempeñada por este ente en materia de seguridad fue calificada de forma favorable y superior a otras instituciones, como la Policía nacional⁶⁷. De igual manera, su imagen positiva supera con creces a la del sistema de justicia⁶⁸. Esto parece indicar que existe una sólida institución en la cual los ciudadanos depositan su confianza, por lo que conviene preguntarse si la solución habría de ser restringir sus posibilidades de actuación o, más bien, ampliarlas.

En conclusión, no encontramos que se haya realizado un debate amplio que permita reconocer y analizar con suficiencia los aspectos favorables y negativos de la propuesta. Una discusión adecuada sobre el contenido normativo de ésta debería estar orientada a descubrir sus fundamentos y a indagar sobre las posibilidades reales de implementación dentro del sistema de justicia. Este es, precisamente, el punto que se abordará a continuación.

c) Racionalidad pragmática

Corresponde en este momento ajustar los objetivos trazados en la etapa anterior con las posibilidades reales de alcanzarlos. Esto es, que la decisión legislativa va a contar con los medios jurídicos y materiales necesarios a su disposición para alcanzar el fin normativo propuesto. Se trataría pues de una cuestión de efectividad de la norma⁶⁹. Así, si la norma bajo estudio se justifica, en parte, en que busca atender las especiales necesidades de las víctimas de delitos, debe poder sustentar de qué manera lo va a hacer.

En este sentido el proyecto de ley se ha sustentado sobre la idea de que la fiscalía no estaría brindando una respuesta “suficientemente pronta” a las víctimas. Ahora bien, si de promover la acción penal por representación jurídica se trata, la conversión de la acción penal pública en particular podría tornarse en un instrumento de selectividad y exclusión, pues sólo aquellos que tengan recursos económicos para asumir los costos que un proceso penal demanda podrían utilizar a esta herramienta. Sin embargo, cuando la víctima carezca de dichos recursos, parece que la solución conduce a trasladar el problema a otras instituciones, como las comisarías de

15/02/13]. Es de destacar también el número de comentarios negativos que en esa página recibió el hecho reportado.

⁶⁷ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ (2012). *Encuesta de percepción de victimización*. Disponible en URL: http://camaraccb.org.co/documentos/11085_encuestapecepcionIsemestre2012.pdf. [última visita 15/02/13]. Allí, la labor de la Fiscalía fue calificada como buena, por un 36% de los ciudadanos, siendo la más alta entre las instituciones incluidas.

⁶⁸ Encuesta disponible en URL: http://www.caracol.com.co/docs/20120229_EncuestaOpinionPublica.pdf. [última visita 15/02/13]. La Imagen de la Fiscalía, a febrero de 2012 era favorable en un 68% y desfavorable en un 26%, mientras que la del sistema judicial colombiano era favorable en un 38% y desfavorable en un 58%

⁶⁹ Véase, DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 95. Aunque también DÍEZ RIPOLLÉS y RANDO CASERMEIRO, 2010, p. 156, hablan de efectividad de la norma, en el entendido de si la ley es susceptible de ser cumplida y, llegado el caso de su incumplimiento, pueden aplicarse medidas coactivas, por tratarse de una norma de rasgo procesal, no es pertinente abordar dicha perspectiva. Sobre la efectividad en este nivel de racionalidad, véase, BECERRA MUÑOZ, *La toma de decisiones en política criminal*, 2013, p. 502.

familia, los consultorios jurídicos e incluso la Defensoría pública que, por naturaleza, se encarga de la defensa de los acusados.

Supongamos que otra entidad pública se encarga de representar a las víctimas. ¿Quién ejecutará los actos de investigación?, ¿se crearán cuerpos alternos de policía judicial? En ese caso, ¿cuál sería su desempeño en las labores investigativas, su formación en cadena de custodia y en presentación de elementos materiales probatorios en juicio? En otro sentido, si son los mismos cuerpos de policía judicial ya existentes, no parece solucionarse el problema asociado a la congestión, pues ya se ha detectado que el cuello de botella del sistema penal colombiano es precisamente el escaso número de investigadores que existen para evacuar los actos investigativos del más de millón de casos que llegan a la fiscalía cada año⁷⁰.

El problema se ahonda si se tiene en cuenta que la creación de “fiscalías paralelas” va a demandar un mayor número de defensores y, de paso, se van a incrementar las solicitudes de audiencias preliminares, eso sin contar con los múltiples conflictos que pueden surgir por el traslado de casos entre acción penal particular y pública.

A propósito del traslado de casos, no sobra recordar que la constitución política prevé la creación de jurados para las causas penales. Sin embargo, cuando se desarrolló la norma penal se consideró adecuado entregar exclusivamente la tarea de decidir estos casos a los jueces. La razón para tal determinación estaba en que las condiciones del país relacionadas con la seguridad ciudadana, los grupos subversivos y los grupos de narcotraficantes que aún subsisten, no hacían recomendable la materialización de los juicios por jurado. No hay sólidas razones que conduzcan a pensar que las víctimas estén exentas de manipulación por sus victimarios para la conversión y desestimación de causas penales. Sobre este punto volveremos más adelante.

Asimismo, debe recordarse que el proyecto de ley no establece con claridad la clase de delitos que pueden ser susceptibles de conversión de acción pública en acción particular. En consecuencia, si se parte de la falta de distinción normativa, la Fiscalía general de la nación podría ser separada del conocimiento de casos tan sencillos como una injuria, hasta casos de agresiones sexuales y graves violaciones a los derechos humanos⁷¹.

Respecto de esta última categoría de casos, el estado colombiano ha sido condenado por inactividad judicial ante el sistema interamericano de derechos humanos⁷²; por lo tanto, nada garantiza que las graves violaciones a los derechos humanos sean investigadas, juzgadas y

⁷⁰ CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. *Comentarios de la CEJ al Proyecto 047 de 2012*.

⁷¹ “Artículo 1º. Ejercicio. La víctima o alguna de las autoridades previstas en esta ley podrán solicitar al fiscal del caso la conversión de la acción pública en acción privada, a través del profesional del derecho designado para tal efecto.

La conversión de la acción pública en acción privada podrá solicitarse por una sola vez, en cualquier momento de la actuación y hasta antes de la audiencia de formulación de imputación en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de delitos que requieren querella de parte para su persecución.
2. Cuando se trate de delitos cuya sanción punitiva sea inferior en su mínimo a cuatro años de prisión.
3. Cuando se trate de delitos con contenido patrimonial sancionados con pena de prisión superior a cuatro años, excepto cuando afecten el patrimonio público.

Tratándose de los demás delitos, la conversión de la acción pública en acción privada podrá solicitarse si transcurridos dos años desde el momento de la denuncia no se hubiere practicado la audiencia de formulación de imputación” (subrayado de los autores)

⁷² Así, Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso de la masacre de Mapiripán vs. Colombia”.

sancionadas, si se permite que cualquier particular que se considere víctima sea quien promueva la acción penal y pueda disponer libremente del curso de la investigación⁷³.

De esta forma, la racionalidad pragmática del proyecto de ley se ve seriamente cuestionada atendiendo a los objetivos hacia los cuales se dirige la norma bajo estudio que son los de resolver las demandas de justicia por parte de las víctimas, así como lograr una reducción en los niveles de congestión del sistema de justicia y de la carga de trabajo de la Fiscalía general de la nación. Lo que encontramos es que su puesta en práctica puede generar efectos contrarios a los buscados, ahondando tanto en una mayor desigualdad de acceso a la justicia penal de las víctimas más vulnerables, con sus efectos de exclusión, como en una mayor carga al sistema de justicia penal.

d) Racionalidad jurídico-formal

Se refiere al acople de la norma con el restante ordenamiento jurídico y, agregaríamos, con el modelo de política criminal adoptado. En este sentido, la indeterminación de las conductas delictivas por las que puede realizarse la conversión de acción pública a particular genera serios desajustes con otras normas ya incorporadas al ordenamiento jurídico colombiano.

Es así que en tiempo reciente se han desarrollado reformas del sistema penal orientadas a restringir las posibilidades de negociación entre fiscalía y defensa, particularmente en lo que tiene que ver con la eventual rebaja de pena. Por esa vía, las leyes 1098 de 2006, 1121 de 2007, 1453 y 1474 de 2011 han establecido que en caso de aceptación de cargos por delitos sexuales, lesiones u homicidio doloso contra niños y niñas, terrorismo, contra la administración pública, o en situaciones de flagrancia, la rebaja de pena será nula o muy escasa.

La propuesta no solo contradice esas normas – que, dicho de paso, son manifestación de una política criminal represiva –, sino que niega cualquier interés en la persecución penal pública a los delitos allí señalados. Desplazar a la fiscalía del conocimiento de estos delitos por solicitud de la víctima, conduce a negar la política criminal que se había trazado frente a determinadas conductas que se han considerado muy relevantes para la ciudadanía. Entregarle un caso a la víctima puede conducir no sólo a que no se otorguen rebajas, sino a que no exista castigo alguno para estos comportamientos pues el posible ejercicio de la acción penal queda a su libre disposición.

De hecho, la posibilidad de que la acción penal vuelva a manos de la fiscalía resulta bastante estrecha, pues sólo se considera – de acuerdo con el texto de la ley – en los casos en que el juez rechace el acto de acusación que pudiera hacer el particular⁷⁴. No hay contemplada una posibilidad de ejercicio preferente de la acción penal que conduzca a que la fiscalía reasuma la investigación.

Pero lo propio ocurre con los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, los que tradicionalmente han sido considerados como querellables, es decir, que han de requerir petición

⁷³ En el mismo sentido, CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. *Comentarios de la CEJ al Proyecto 047 de 2012, Ob. Cit.*

⁷⁴ Art. 10 “En los demás casos de rechazo de la acusación, en la misma providencia que así lo dispuso, el juez ordenará el envío de lo actuado a la Fiscalía General de la Nación para que el fiscal del caso que autorizó la conversión, u otro fiscal delegado para esos efectos, reasuma la respectiva investigación.”

de parte para iniciar el ejercicio de la acción penal. Recientemente, se ha incorporado la ley 1542 de 2012 por la cual se ha pretendido “garantizar la protección y diligencia de las autoridades en la investigación de los presuntos delitos de violencia contra la mujer”⁷⁵. De acuerdo con esa ley, ahora se debe iniciar de oficio cualquier investigación en la que se tenga conocimiento de violencia física o moral entre las personas del núcleo familiar o una posible omisión en el pago de los alimentos.

No se entiende, entonces, cómo durante un mismo año el legislador pretende proteger a las víctimas haciendo que las investigaciones por las conductas contra ellas cometidas se inicien de forma obligatoria, pero al mismo tiempo sugiere que sean las víctimas quienes ejerzan la acción penal.

Aunque podría decirse que los casos mencionados (delitos sexuales, lesiones u homicidio doloso contra niños y niñas; terrorismo; y delitos contra la administración pública) difícilmente pueden quedar en manos del actor particular, debe reconocerse que la cláusula abierta del artículo 1 permitiría esa posibilidad.

En concreto, la norma señala que podría convertirse la acción penal de pública en privada en los delitos querellables, en aquellos cuya sanción punitiva mínima sea inferior a cuatro años y en aquellos que afecten el patrimonio particular; sin embargo, el último inciso permite pensar que es posible en cualquier otro delito⁷⁶.

Todo esto sin perjuicio de lo ya anotado frente a las facultades investigadoras que tendría el abogado que representa al actor particular, especialmente en aquellos casos donde dichos actos afecten derechos fundamentales y que, constitucionalmente hablando, han sido entregados a la Fiscalía general de la nación, como el allanamiento, el registro, la interceptación de comunicaciones y la búsqueda de información producto de la transmisión de datos.

De lo expuesto se desprende una desconexión del proyecto, no solo con la constitución, sino con otras normas que son una manifestación de la política criminal respecto de determinadas conductas que ha adoptado el legislador.

e) Racionalidad lingüística

Este nivel de análisis se dirige a comprobar que los destinatarios de la norma puedan comprender adecuadamente los mensajes contenidos en ésta. Se trata, claramente, de un elemento que se desprende del principio de legalidad, a saber, el mandato de certeza que se

⁷⁵ Art. 1, Ib. Presidencia de la República de Colombia (2012). Texto disponible en URL <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/ley154205072012.pdf> [última visita 15/02/13].

⁷⁶ **Artículo 1º. “Ejercicio.** La víctima o alguna de las autoridades previstas en esta ley podrán solicitar al fiscal del caso la conversión de la acción pública en acción privada, a través del profesional del derecho designado para tal efecto.

La conversión de la acción pública en acción privada podrá solicitarse por una sola vez, en cualquier momento de la actuación y hasta antes de la audiencia de formulación de imputación en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de delitos que requieren querella de parte para su persecución.
2. Cuando se trate de delitos cuya sanción punitiva sea inferior en su mínimo a cuatro años de prisión.
3. Cuando se trate de delitos con contenido patrimonial sancionados con pena de prisión superior a cuatro años, excepto cuando afecten el patrimonio público.

Tratándose de los demás delitos, la conversión de la acción pública en acción privada podrá solicitarse si transcurridos dos años desde el momento de la denuncia no se hubiere practicado la audiencia de formulación de imputación.”

dirige al legislador para que sus decisiones adquieran los efectos que él desea⁷⁷. En palabras de BECERRA MUÑOZ, con este nivel de racionalidad legislativa se [...] “pretende asegurar las aspiraciones más evidentes de toda norma, consistentes en construir un correcto instrumento de comunicación social”⁷⁸

El proyecto tiene los mismos problemas lingüísticos que otras normas penales, pero sus defectos se agravan por el número tan elevado de conceptos jurídicos indeterminados. Para no extendernos en un análisis pormenorizado de cada expresión, viene al caso traer como ejemplo la frase “tratándose de los demás delitos”⁷⁹, para referirse a aquellas hipótesis en que procedería la conversión. Semejante expresión lingüística resquebraja la seguridad jurídica predictable de cada dispositivo legal, en tanto no le permite al ciudadano saber en qué casos podría solicitar que la acción penal pública se convirtiese en particular⁸⁰.

7. A manera de conclusión

La legitimidad social y política de los reclamos de las víctimas de delitos, orientados a tener una participación efectiva en el diseño de la política criminal del estado, está fuera de cuestión. No sólo les asiste el derecho a la participación democrática inherente a todos los ciudadanos, sino que su particular situación posee una importancia intrínseca a la hora de aportar elementos de juicio que enriquezcan la deliberación pública en el momento de la toma de decisiones que afectan al conjunto de la sociedad.

No obstante, esta consideración no debe conducirnos a caer en un afán desmedido por complacer unos intereses que atienden más a expresar solidaridad frente al dolor que a presentar soluciones adecuadas, necesarias y proporcionales a los problemas de criminalidad y al funcionamiento del sistema de justicia que conciernen a los ciudadanos.

La exposición hecha en estas páginas se ha centrado en verificar la alarmante situación de victimización directa que sufren amplios sectores de la población colombiana, así como a poner de relieve las graves carencias del sistema de justicia procesal penal que afectan negativamente los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Pero hemos señalado también que, aunque insuficientes, sí existen importantes avances normativos para paliar esta situación.

El proyecto de ley 047 de 2012 que hemos estudiado es una medida que se orienta en esta vía. El fin que persigue de abrir paso a una participación directa de la víctima en calidad de parte acusadora dentro del proceso penal, atiende a esta legítima pretensión. Por otra parte en sí misma no resulta exótica dentro del universo de modelos de justicia procesal penal de occidente.

Sin embargo, su implementación en el sistema colombiano resulta problemática por la forma en que ha sido planteada. La propuesta de ley no recoge elementos suficientes de juicio que

⁷⁷ Sobre el mandato de certeza, véase: HASSEMER, 1984, p. 314.

⁷⁸ BECERRA MUÑOZ, 2013, p. 508.

⁷⁹ Véase *supra*, nota 76.

⁸⁰ Para DÍEZ RIPOLLÉS, éste es un supuesto que resulta contrario a la racionalidad jurídico-formal (conversación personal). Consideramos, sin embargo, que su mayor incidencia está sobre la racionalidad lingüística, dado que afecta al mandato de certeza al que aspiran las normas – elemento esencial del principio de legalidad – pues la vaguedad de la expresión “tratándose de los demás delitos” arroja un manto de oscuridad sobre la claridad de la norma y, por tanto, a la seguridad jurídica.

permitan un debate público razonado. Asume de forma gratuita que su aprobación conllevará automáticamente una mejora de la situación de las víctimas y del funcionamiento del sistema de justicia procesal penal.

Pero como hemos puesto de relieve en este trabajo, los problemas de las víctimas surgen de una diversidad de factores que no pasan necesariamente por el hecho de poder o no ejercer la acción penal por sí mismas. Por el contrario, el reclamo principal del conjunto de víctimas es su situación de vulnerabilidad, agravada por un sistema que opera con falta de recursos y medios técnicos y humanos, con grandes limitaciones para atender casos de alta complejidad en la fase de indagación.

Asimismo, percibimos que las necesidades de colectivos como las mujeres víctimas de maltrato o abusos sexuales, afrodescendientes, indígenas o la población LGTB⁸¹ no hallan acogida dentro de un sistema que les da la espalda a sus necesidades particulares. En este caso nos hemos cuestionado si la reforma legal no acabará siendo contraria a los intereses de inclusión social de éstos y otros grupos poblacionales: el estado podría llegar a sentirse relevado de sus obligaciones derivadas del monopolio de la acción penal. Sólo tendría posibilidades reales de hallar justicia quien tenga los medios para atender los gastos económicos que acarrea la investigación de delitos.

De igual manera, no podemos pasar por alto que el *telos* del sistema procesal penal es determinar la responsabilidad criminal de una persona en un equilibrio entre defensa y acusación. Si bien dentro del proceso pueden abrirse espacios de participación, atención y apoyo a las víctimas, esto no puede llevar a una alteración del objetivo primario del proceso y a una alteración de las garantías procesales inherentes a la igualdad de las partes involucradas, acusación y defensa.

Tampoco puede ignorarse la exacerbada actitud punitiva del legislador colombiano, que mantiene un vertiginoso ritmo de producción normativa orientada a la creación de nuevas figuras delictuales y, sobre todo, al incremento de la severidad de las penas para un amplio grupo de delitos. Desde la sanción del código penal de 2.000 hasta el año 2.011 la legislación penal ha sufrido un total de treinta y seis reformas, en las cuales se aumentan las sanciones para ochenta delitos⁸². Esto se traduce claramente en una sobrecarga de trabajo para los operadores del sistema – policía, fiscales, defensores y jueces –, por lo que cabe preguntarse si no resultaría más adecuado racionalizar el uso del derecho penal para determinados conflictos sociales antes de emprender reformas procesales improvisadas y de dudosa adecuación para dar solución a los problemas para los cuales son formuladas.

Finalmente, creemos necesario apuntar que la evidente consecuencia de esta perseverante laboriosidad del legislador colombiano ha sido la de un cada vez mayor hacinamiento carcelario cuyos internos se encuentran en situaciones de vivienda y salubridad indignas para un ser humano, lo cual resulta en un claro supuesto de victimización terciaria. Si mantenemos presente esta realidad quizás podamos preguntarnos si realmente un sistema de justicia penal que se

⁸¹ Sigla bajo la cual se suele identificar a los colectivos de homosexuales, bisexuales y transgeneristas.

⁸² Véase, de forma sucinta: ÁMBITO JURÍDICO (2012) *La inflación legislativa penal*. Disponible en URL: [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120515-14\(la_inflacion_legislativa_penal\).noti-120515-14\(la_inflacion_legislativa_penal\).asp?Miga=1&CodSeccion=84](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120515-14(la_inflacion_legislativa_penal).noti-120515-14(la_inflacion_legislativa_penal).asp?Miga=1&CodSeccion=84). [Última visita 15/06/13].

afirma preocupado por los intereses de las víctimas, no es en la práctica un sistema que niega la posibilidad de alcanzar una justicia social.

8. Bibliografía

Paola Andrea ACOSTA ALVARADO (2010) «Administración de justicia y acceso a la justicia: El actual plan sectorial de la rama judicial en Colombia», *Revista derecho del estado*, (24), Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Alberto ALONSO RIMO/Carolina VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2006) «La víctima en el sistema de justicia I», en Enrique BACA BALDOMERO/Enrique ECHEBURÚA ODRIozOLA/Josep TAMARIT SUMALLA (coords.), *Manual de victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia.

ÁMBITO JURÍDICO (2012) *La inflación legislativa penal*. Disponible en URL: [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120515-14\(la_inflacion_legislativa_penal\)/noti-120515-14\(la_inflacion_legislativa_penal\).asp?Miga=1&CodSeccion=84](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120515-14(la_inflacion_legislativa_penal)/noti-120515-14(la_inflacion_legislativa_penal).asp?Miga=1&CodSeccion=84). [Última visita 15/06/13]

Kai AMBOS (2012) «El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas», *Indret*, 3/2012. Disponible en URL: <http://www.indret.com/pdf/903a.pdf>. [Última visita 15/06/13].

Hanna ARENDT (1999), *Eichmann en Jerusalén*. Lumen, Barcelona.

Enrique BACA BALDOMERO/Enrique ECHEBURÚA ODRIozOLA/Josep TAMARIT SUMALLA (coords.) (2006), *Manual de victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Luis BARRERA NIETO/Sneider RIVERA (2009) *Una mirada a la impunidad en el marco del sistema penal oral acusatorio*, Ministerio del interior y de justicia, Bogotá.

José BECERRA MUÑOZ (2013) *La toma de decisiones en política criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Álvaro CAMACHO GUIZADO (1991), «El ayer y hoy de la violencia en Colombia: Continuidades y discontinuidades», *Revista Análisis Político*, IEPRI – Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ (2012). *Encuesta de percepción de victimización*. Bogotá. Disponible en URL: http://camaraccb.org.co/documentos/11085_encuestapecepcionIsemestre2012.pdf. [Última visita 15/02/13]

Manuel CANCIO MELIÁ (1998) *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, J.M Bosch, Barcelona.

Ana Isabel CEREZO DOMÍNGUEZ, A. (2010) *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Liliana CHAPARRO MORENO (2009) «Ley de justicia y paz. Se perpetúa la impunidad de crímenes sexuales y de género cometidos contra las mujeres», en *¿Justicia desigual? Género y derechos de las víctimas en Colombia*, UNIFEM, Bogotá.

Nils CHRISTIE (2010) «Victims movements at a crossroad», *Punishment & Society*, (12-2), pp. 115-122. Disponible en URL: <http://pun.sagepub.com/content/12/2.toc> [Última visita 15/06/13].

COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL (2012) *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el estado colombiano*.

CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA (2002). *Reforma Constitucional de la Justicia Penal. Actas de la Comisión Preparatoria y Documentos de Trámite Legislativo*, Tomo I, CEJ, Bogotá.

CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA (2007). *Encuesta de necesidades jurídicas*. Disponible en URL: <http://www.cej.org.co/index.php/todos-los-justiciometros/602-obstaculos-para-acceder-a-la-justicia>. [Última visita 15/06/13].

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (2012). *Encuesta de convivencia y seguridad ciudadana*. ECSC-2012. Disponible en URL: www.dane.gov.co [Última visita 15/02/13]

José Luís DÍEZ RIPOLLÉS (2003) *La Racionalidad de las Leyes Penales*, Trotta, Madrid.

- EL MISMO (2004) «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana». En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (06-03), pp. 1-34. Disponible en URL: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>. [Última vista 15/06/13].
- EL MISMO (2006) «La víctima del delito en la política criminal y el derecho penal», *Jueces para la democracia*, (57).
- EL MISMO (2007) «La contextualización del bien jurídico protegido», en EL MISMO, *Estudios penales y de política criminal*. IDEMSA, Lima, pp. 19-39.

Enrique ECHEBURÚA ODRIozOLA/Pedro Javier AMOR/Paz DE CORRAL (2006), «Asistencia psicológica postraumática», en Enrique BACA BALDOMERO/Enrique ECHEBURÚA ODRIozOLA/Josep TAMARIT SUMALLA (coord.), *Manual de victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia.

EL TIEMPO (2012) *Proyecto para que cualquiera sea 'fiscal' ya prende debate*. Disponible en URL: http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12297078.html. [Última visita 15/02/13].

Luigi FERRAJOLI (2001), *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid.

David GARLAND (2001), *The Culture of control*, The University Chicago Press, Chicago.

Vicente E. GAVIRIA LONDOÑO (2009), «Estado actual de los derechos de las víctimas en el proceso penal: evolución (¿involución?) dogmática, jurisprudencial y legislativa», *Revista derecho penal y criminología*, (30-89), Universidad Externado de Colombia, Bogotá. pp. 37-72.

Winfried HASSEMER (1984), *Fundamentos de derecho penal.*, Bosch, Barcelona.

Miryam HERRERA MORENO (1996), *La hora de la víctima.*, Edersa, Madrid.

Miguel Emilio La ROTA/ Sandra SANTA (2012) *Acceso a la justicia de las mujeres. Justicia ordinaria*. Dejusticia, Bogotá.

Gloria LOPERA MESA (2005) «El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de leyes penales sustantivas (una aproximación a su empleo en la jurisprudencia penal colombiana)», *Nuevo foro penal*, (67), Eafit, Medellín.

Mª del Pilar MARTÍN RÍOS (2012) *Víctima y justicia penal*, Atelier, Barcelona.

José Luis MEDINA AMOR (2006) *Trastorno por estrés postraumático en víctimas de terrorismo: Evaluación clínica, psicofisiológica y pericial*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid.

Maribel NARVÁEZ MORA (2009) «El miedo al delito no es un supuesto de victimización indirecta», *International E - Journal of Criminal Sciences*, (3-3), pp. 1-40. Disponible en URL: <http://www.ehu.es/ojs/index.php/inecs/article/view/261/258> [Última visita 15/06/13].

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.* Disponible en URL: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm> [Última visita: 15/02/13]

Héctor OLÁSOLO/Alejandro KISS (2010), «El estatuto de Roma y la jurisprudencia de la corte penal internacional en materia de participación de víctimas», *Revista electrónica de derecho penal y criminología*, (12-13), pp. 1-37. Disponible en URL: <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-13.pdf>. [Última visita: 15/06/13].

POLICÍA NACIONAL DE COLOMBIA, *Revista Criminalidad*, Ministerio de defensa nacional, Bogotá. Disponible en URL: http://www.policia.gov.co/portal/page/portal/HOME/publicaciones/revista_criminalidad/pub [Última visita 15/06/13].

President's Task Force on Victims of Crime. Final Report (1982). Disponible en URL: <http://www.ojp.usdoj.gov/ovc/publications/presdntstskforcrprt/87299.pdf> [Última visita 15/02/13].

Pablo RANDO CASAMEIRO (2010), *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

Andrew SANDERS/Imogen JONES (2011) «The victim in court», en Sandra WALKLATE (ed.) *Handbook of Victims and Victimology*. Routledge, New York, pp. 282–308.

Jesús María SILVA-SÁNCHEZ (2008) «¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho a la víctima al castigo del autor’», *Revista derecho penal y criminología*, Vol. 29, núm. 86 – 87, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. Disponible en URL:

<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=derpen&page=article&op=view&path%5B%5D=621> [Última visita 15/02/13].

Josep TAMARIT SUMALLA, J. (2006) «La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas», en Enrique BACA BALDOMERO/Enrique ECHEBURÚA ODRIozOLA/Josep TAMARIT SUMALLA (coords.), *Manual de victimología*. Tirant lo Blanch: Valencia.

Michael TONRY, (2010) «The costly consequences of populist posturing: ASBOs, victims, rebalancing and diminution in support for civil liberties», *Punishment & Society*, (12), pp. 387 – 413. Disponible en URL: <http://pun.sagepub.com> [Última visita 15/06/13].

Michael TONRY (2004). *Thinking about crime. Sense and sensibility in American Penal Culture*. Oxford University Press, New York.

Luis A. VÉLEZ RODRÍGUEZ (2012) «La irracionalidad de la política criminal contra agresores sexuales. Estudio de una propuesta normativa en el marco de un modelo de racionalidad legislativa penal», en Lina Mariola DÍAZ CORTÉS (Coord.)/Fernando PÉREZ ÁLVAREZ (eds.), *Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información y la comunicación en las modernas ciencias penales*. Universidad de Salamanca – Aquilafuente, Salamanca. pp. 343 – 359.

Sandra WALKLATE (ed.) (2011). *Handbook of Victims and Victimology*. New York, Routledge.

Eugenio R. ZAFFARONI/Alejandro ALAGIA/Alejandro SLOKAR (2002), *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Ediar, Buenos Aires.

9. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
Corte Constitucional Colombia, Sala Plena, 26.09.2005	C-979/05	Jaime Córdoba Triviño
Corte Constitucional Colombia, Sala Plena, 15.11.2005	C-1154/95	Manuel José Cepeda Espinosa
Corte Constitucional Colombia, Sala Plena, 18.05.2006	C-370/06	Manuel José Cepeda Espinosa Jaime Córdoba Triviño Rodrigo Escobar Gil Marco Gerardo Monroy Cabra Álvaro Taful Galvis Clara Inés Vargas Hernández
Corte Constitucional Colombia, Sala Plena, 07.06.2006	C-454/06	Jaime Córdoba Triviño
Corte Constitucional Colombia, Sala Plena, 21.03.2007	C-209/07	Manuel José Cepeda Espinosa
Corte Constitucional Colombia, Sala Plena, 11.07.2007	C-516/07	Jaime Córdoba Triviño
Corte Constitucional Colombia, Sala Plena, 11.04.2011	C-250/11	Mauricio González Cuervo
Corte Constitucional Colombia, Sala Plena, 15.05.2013	C-280/13	Nilson Pinilla Pinilla
Corte Interamericana de Derechos Humanos, 15.09.2005	Caso de la Masacre de Mapiripánvs Colombia	Sergio García Ramírez