

DESCUBRIMIENTO Y SOLICITUDES PROBATORIAS POR PARTE DE LA VÍCTIMA

*Vicente Emilio Gaviria Londoño**

Resumen: Con base en el respaldo constitucional que se encuentra en sentencias como la C-454 de 2006 y la C-209 de 2007, la víctima puede, directamente, no a través del fiscal, efectuar descubrimientos probatorios, enunciar y solicitar medios de prueba, presentar observaciones a los primeros y solicitar la exclusión, el rechazo y la inadmisión de medios probatorios.

Palabras clave: víctimas, pruebas, descubrimiento probatorio, enunciación, oportunidad.

DISCOVERY AND EVIDENTIARY REQUESTS BY THE VICTIM

Abstract: Based on the constitutional elements that stem from the Constitutional Court's decisions C-454 of 2006 and C-207 of 2007, the victim can make, directly and without the intervention of the prosecutor, evidentiary discovery, list and request the collection of evidence, submit comments to evidence obtained and request either the exclusion, rejection or outright in-admission of evidence.

Keywords: victims, evidence, evidentiary findings, enunciation, appropriate procedural stage.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista y magíster en Ciencias Penales y Criminológicas de la misma Universidad. Profesor titular del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia en pregrado y postgrado (especialización y maestría). Autor de la obra *Víctimas, acción civil y sistema acusatorio*. Contacto: vicente.gaviria@uexternado.edu.co y vicentegaviria@etb.net.co Fecha de recepción: 12 de marzo de 2012. Fecha de modificación: 3 de mayo de 2012. Fecha de aceptación: 29 de junio de 2012.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 344 de la Ley 906 de 2004, es en la audiencia de acusación donde tiene inicio el procedimiento de descubrimiento de la prueba por parte de la Fiscalía, al paso que sería dentro de la audiencia preparatoria donde le correspondería hacerlo a la defensa, según lo preceptúa el artículo 356 *ibídem*.

Sin embargo, en parte alguna el nuevo Estatuto Procedimental Penal define en qué momento le corresponde hacerlo a la víctima, pese a que la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 357 *ibídem*, señaló en la sentencia C-454 del 7 de junio de 2006, M.P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, que los representantes de las víctimas podían hacer *solicitudes probatorias* en la audiencia preparatoria.

Pero como es evidente que existe diferencia entre los conceptos de *descubrimiento* probatorio, *enunciación* de pruebas y *solicitudes* probatorias, no es aventurado señalar que desde la entrada en vigencia de la Ley 906 no ha existido definición, ni en la ley ni en la jurisprudencia, acerca del momento en que la víctima puede hacer el descubrimiento.

Así las cosas, ha venido siendo válido preguntarse si a la víctima le corresponde, al igual que ocurre con la Fiscalía, hacer el descubrimiento probatorio exclusivamente en la audiencia de acusación, o si puede hacerlo, como acontece con la defensa, en la audiencia preparatoria, posibilidad esta última que nos parece perfectamente admisible, pero a condición de que no se vulneren los derechos de la defensa y se respete lo que ha venido denominándose *derecho a la última palabra para la defensa*.

Y aunque recientemente la Corte Suprema de Justicia¹ ha variado sustancialmente su jurisprudencia, incluso dejando de lado lo que ha sido doctrina pacífica por parte de la Corte Constitucional, señalando que la víctima carece de legitimidad para descubrir, enunciar y solicitar pruebas, pues ello solo puede tener lugar a través del fiscal, como titular que es de la acción penal, temas a los cuales nos referiremos más adelante, no es inoficioso intentar absolver el interrogante citado, pues antes que aparecer esclarecido, se convierte en materia de indiscutible polémica.

Según lo ha definido la jurisprudencia², hay tres momentos procesales básicos, aunque no únicos, para efectuar el descubrimiento probatorio, a saber:

i) Cuando el fiscal remite al juez de conocimiento el escrito de acusación junto con sus anexos (art. 337 Ley 906);

ii) En la audiencia de acusación (art. 344 *ibídem*), y

1 Corte Suprema de Justicia, Casación Penal. Auto del 7 de diciembre de 2011, rad. n.º 37596, M.P.: JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO.

2 Corte Suprema de Justicia, Casación Penal. Sentencia del 21 de febrero de 2007, M.P.: JAVIER ZAPATA ORTIZ, rad. n.º 25920.

iii) En desarrollo de la audiencia preparatoria (arts. 356 y 357 *ibíd.*).

Excepcionalmente, en adición a estos momentos, el juez tiene la facultad de autorizar posteriores descubrimientos probatorios, así:

i) Cuando se demuestra que el no descubrimiento probatorio en los momentos antes referidos obedeció a causas no imputables a la parte que pretende hacer valer la prueba (art. 346 *ibíd.*);

ii) “En el evento en que una persona o entidad diferente a la Fiscalía es la que tiene físicamente o dispone de la evidencia o elemento probatorio”, y

iii) Cuando durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos, que deberían ser descubiertos (art. 344 *ibíd.*).

En todos los casos, una exigencia fundamental para que opere este descubrimiento tardío es el respeto a la garantía de contradicción a que tiene derecho la parte contraria, a quien debe otorgársele el tiempo que razonablemente se estime suficiente y necesario para conocer la prueba que se descubre.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá³, en decisión del año 2007, destacaba que en los sistemas procesales de tendencia acusatoria no existía unanimidad a la hora de definir la posibilidad de que la víctima participara en el proceso penal, ni tampoco, cuando ello se acepta, el alcance que tendría su intervención, trayendo a colación el caso de Estados Unidos, donde a la víctima solo se le reconoce un papel testifical, pues el tema de la responsabilidad civil debe evacuarse ante los jueces civiles, tratamiento que contrasta con el de la legislación chilena, donde el sistema se diseñó de tal manera que la víctima tiene una participación activa, incluso en la etapa del juicio oral.

Y ponía de presente el Tribunal que, en el caso colombiano, la regulación que el legislador de 2004 dio al ejercicio de los derechos de la víctima al interior del nuevo sistema de tendencia acusatoria fue particularmente deficiente, habiéndole correspondido a la jurisprudencia constitucional equilibrar los mandatos constitucionales con las omisiones legislativas, de lo que es ejemplo la sentencia C-209 de 2007.

Partiendo de este entendimiento señaló la Sala de Decisión del Tribunal, en dicha oportunidad, que en respeto a los derechos a la verdad, justicia y reparación, a la víctima le asisten una multiplicidad de facultades, “entre ellas la de solicitar pruebas en la audiencia preparatoria”, sin que ello comporte la facultad de controvertir los medios de prueba, interrogar a los testigos o presentar objeciones a las preguntas formuladas

3 Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal. Sentencia del 17 de octubre de 2007, rad. n.º 110016000095 200510019-02, M.P.: JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ.

a estos, pues que, en relación con dichos tópicos, debe ejercitar sus derechos a través del fiscal.

Teniendo en cuenta lo anterior, como el Tribunal hace expresa alusión al derecho que tiene la víctima para *solicitar* pruebas en la audiencia preparatoria, podría pensarse que la víctima estaría facultada para hacer allí el descubrimiento probatorio. Sin embargo, debe recordarse, como se dijo, que los conceptos de *descubrimiento*, *enunciación* y *solicitud*, si bien todos se relacionan con las pruebas, son diferentes y ocurren en momentos distintos de la actuación.

El *descubrimiento probatorio* “consiste en la obligación que tienen la fiscalía, defensa y apoderado de las víctimas, de revelar los elementos que pretenden incorporar en el proceso como pruebas, en aras de garantizar que la contraparte pueda conocerlos y de esta manera consolidar más efectivamente su teoría del caso, y esa obligación se concreta en el acto procesal de dar a conocer a la contraparte esos elementos que pretenden incorporar en la audiencia de juzgamiento”⁴.

La *enunciación* de las pruebas, evento que tiene lugar dentro de la audiencia preparatoria y que difiere de las solicitudes probatorias, se presenta en un momento posterior al *descubrimiento* y anterior a la *solicitud*, y corresponde a una actuación en la cual la Fiscalía, la víctima y la defensa, según sea el caso, entregan información respecto de los medios de conocimiento que han sido descubiertos y respecto de los cuales se pretende su aducción al juicio, con miras a la acreditación de la teoría del caso tanto de la Fiscalía como de la defensa. Solo es posible efectuar enunciación de medios de conocimiento respecto de los cuales previamente tuvo lugar su descubrimiento.

Las *solicitudes probatorias* se relacionan con las peticiones concretas y expresas que quien ha descubierto y enunciado medios de conocimiento eleva ante el juez de conocimiento, argumentando la admisibilidad, licitud, utilidad y pertinencia de aquellos, para que este se pronuncie admitiendo, excluyendo, rechazando o inadmitiendo dichos medios.

Siendo entonces claro que los conceptos de *descubrimiento*, *enunciación* y *solicitudes probatorias* son diferentes, también lo es que el legislador de 2004 no reguló la intervención de la víctima en cuanto a la facultad de realizar tales actuaciones, por manera que no existe, de *lege data*, disposición alguna que defina, no solo si la víctima puede hacer descubrimiento, sino, en caso de aceptarse, cuál sería el momento en que la víctima podría hacerlo; y aunque pudiera pensarse que ello debería ocurrir en la audiencia de acusación, que es cuando lo hace la Fiscalía, también es plausible la interpretación según la cual ello podría tener lugar tanto en la audiencia de acusación como en la au-

4 CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO. *Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral*, 3ª ed., Bogotá, Nueva Jurídica, 2010, p. 342.

diencia preparatoria, temática que, para evitar las disímiles interpretaciones que hoy existen, debería ser aclarada de *lege ferenda*.

Sobre este particular, en una primera edición de su obra, URBANO MARTÍNEZ escribió:

... mediante Sentencia C-454 de 2006, M.P. Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, le reconoció a la víctima la calidad de parte y, en consecuencia, de titular de garantías procesales en la investigación y el juzgamiento. En razón de esta determinación, la víctima quedó habilitada para solicitar pruebas en la audiencia pública. No obstante, surgió una dificultad: como la Corte Constitucional en su pronunciamiento guardó silencio en cuanto a si la víctima debía o no descubrir las pruebas que podía solicitar en la audiencia preparatoria, en algunos despachos judiciales se permitió que hubiese lugar a ello sin que esas pruebas hayan sido previamente descubiertas.

Este panorama resultaba muy desventajoso para el acusado y afectaba la estructura lógica del proceso; como la Fiscalía descubre la evidencia en la audiencia de acusación y la defensa al inicio de la audiencia preparatoria, en el momento en que la víctima solicitaba pruebas en la audiencia preparatoria, había vencido para el acusado la oportunidad de hacer solicitudes probatorias. Es decir, el acusado era sorprendido con la solicitud de unas pruebas que no sabía que se iban a practicar y respecto de las cuales no pudo solicitar otras pruebas de refutación.

Para solucionar la problemática reseñada, bastaba con considerar que si bien a la víctima le asiste el derecho de solicitar pruebas, ella también resulta vinculada por el deber constitucional de descubrimiento dado que actúa guiada por la misma pretensión que alienta a la Fiscalía. O lo que es lo mismo, el reconocimiento de los derechos de la víctima y de las facultades que le asisten, no deben conducir a la vulneración del deber constitucional de descubrimiento en tanto regla probatoria básica del proceso penal. De ahí que la interpretación constitucionalmente adecuada radique en permitirle a la víctima la solicitud de pruebas a condición de que las haya descubierto previamente en la audiencia de acusación. De esta forma se logra un equilibrio entre las legítimas expectativas de la víctima y sus facultades procesales y el deber constitucional de descubrimiento ya aludido⁵.

En esta misma obra, el autor presenta una nota de pie de página que resulta particularmente interesante para el análisis del tema que nos ocupa, en la que se indica:

Por estos motivos, el Tribunal Superior de Bogotá, en un proceso de primera instancia, encontrándose ya en audiencia preparatoria, declaró la nulidad de lo

5 JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ. *La nueva estructura probatoria del proceso penal*, Bogotá, Jurídicas Andrés Morales, 2008, pp. 48 y 49.

actuado a partir de la audiencia de acusación pues en ella el apoderado de la víctima solicitó pruebas que no habían sido descubiertas, ni conocidas por el acusado y su defensor y respecto de las cuales no había contado con la oportunidad de solicitar pruebas de descargo. El Tribunal retrotrajo la actuación para que en la audiencia de acusación el apoderado de la víctima descubriera las pruebas que pretendía que se practicaran en el juicio, ellas fueran conocidas por el acusado y la defensa y éstas tuvieran la oportunidad de solicitar pruebas que las controvirtieran. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, auto del 21 de febrero de 2007, radicado 110016000029200500.

Posteriormente, en una segunda edición de su obra, URBANO MARTÍNEZ señala que aunque no existe disposición legal que lo regule, es razonable inferir que del escrito de acusación se debe dar traslado a la defensa, al Ministerio Público y a la víctima antes del inicio de la audiencia de acusación, agregado que si la víctima pretende solicitar pruebas en la audiencia preparatoria, lo cual justifica que oportunamente haya conocido del escrito de acusación, “debe descubrir pruebas en la audiencia de acusación”⁶, aspecto sobre el cual señala más adelante que, a efectos de propiciar un equilibrio entre el derecho que tiene la víctima de solicitar pruebas y el que le asiste a la defensa de conocer esas pruebas con anticipación a la oportunidad con que a la vez ella cuenta para hacer solicitudes probatorias, debe ordenarse a la víctima que “descubra pruebas en la audiencia de acusación”⁷.

DESCUBRIMIENTO PROBATORIO POR PARTE DE LA VÍCTIMA EN LA AUDIENCIA PREPARATORIA

Sea lo primero reiterar que ni la Ley 904 de 2004 previó la posibilidad de que la víctima efectúe descubrimiento probatorio en la audiencia de acusación o en la preparatoria, ni tampoco lo ha precisado la jurisprudencia de las altas Cortes.

Si bien es cierto el artículo 344 de la Ley 906⁸, que alude al *inicio del descubrimiento* probatorio dentro de la audiencia de formulación de acusación, fue declarado exequi-

6 JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ. *La nueva estructura probatoria del proceso penal*, 2ª ed., Bogotá, Nueva Jurídica, 2011, pp. 231-232.

7 *Ibíd.*, p. 246.

8 “Artículo 344. *Inicio del descubrimiento*. Dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba. A este respecto la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento, y el juez ordenará, si es pertinente, descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite, con un plazo máximo de tres (3) días para su cumplimiento.

“La Fiscalía, a su vez, podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer

ble mediante la sentencia C-209 de 2007, “en el entendido de que la víctima también puede solicitar al juez el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica”, también lo es que en dicha providencia en momento alguno se indicó que el descubrimiento probatorio por parte de la víctima estaba limitado única y exclusivamente a la audiencia de acusación.

En todo caso, lo que aquí resulta importante de resaltar es que ante la omisión en que incurrió el legislador al no regular dentro del texto del artículo 344 citado el descubrimiento probatorio por parte de la víctima, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la norma, pero condicionada al entendimiento de que la víctima también lo puede hacer, directamente ante el juez de conocimiento, sin requerir de intermediarios para ello. Así las cosas, si se prescinde de tal entendimiento o condicionamiento, la norma en mención resultaría ser inconstitucional.

En cuanto respecta a los artículos 356⁹ y 357¹⁰ *ibídem*, los cuales se relacionan con las observaciones a los descubrimientos probatorios, la enunciación de las pruebas y

valer en el juicio. Así mismo cuando la defensa piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes entregará a la Fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado. “El juez velará por que el descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación.

“Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba”.

- 9 “Artículo 356. *Desarrollo de la audiencia preparatoria*. En desarrollo de la audiencia el juez dispondrá:
- “1. Que las partes manifiesten sus observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios, en especial, si el efectuado fuera de la sede de la audiencia de formulación de acusación ha quedado completo. Si no lo estuviere, el juez lo rechazará.
 - “2. Que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física.
 - “3. Que la Fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público.
 - “4. Que las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias. En este caso decretará un receso por el término de una (1) hora, al cabo de la cual se reanudará la audiencia para que la Fiscalía y la defensa se manifiesten al respecto.
- “Parágrafo. Se entiende por estipulaciones probatorias los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias.
- “5. Que el acusado manifieste si acepta o no los cargos. En el primer caso se procederá a dictar sentencia reduciendo hasta en la tercera parte la pena a imponer, conforme lo previsto en el artículo 351. En el segundo caso se continuará con el trámite ordinario”.
- 10 “Artículo 357. *Solicitudes probatorias*. Durante la audiencia el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión.
- “El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código.
- “Las partes pueden probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan para que sean debidamente aducidos al proceso.
- “Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere

las solicitudes probatorias, en los cuales tampoco el legislador de 2004 tuvo en cuenta los derechos de las víctimas y por ello omitió cualquier referencia a ellas, fueron también declarados exequibles por medio de las sentencias C-209 de 2007¹¹ y C-454 de 2006¹², respectivamente, pero de manera condicionada al entendimiento de que la víctima también puede presentar observaciones, enunciar pruebas y elevar solicitudes respecto de ellas.

Según lo anterior y al igual que acontece con el artículo 344 y con todas las disposiciones declaradas exequibles pero condicionadamente, los artículos 356 y 357 pueden ser considerados conformes con la Constitución Política si, y solo si, se respeta el condicionamiento de que la víctima también puede ejercitar las actuaciones que reservó el legislador a las *partes*. En su defecto, las normas serían inconstitucionales.

Y si esta es la regulación de la legislación procesal penal con el alcance que le ha dado la Corte Constitucional en las sentencias antes citadas, bien se ve que en parte alguna existe una restricción que imponga la limitación a la víctima para que solo pueda descubrir pruebas en la audiencia de acusación, como tampoco existe restricción para que pueda descubrir, enunciar y efectuar solicitudes probatorias, pues, se itera, lo que tiene dicho la jurisprudencia constitucional, y que por consecuencia se entiende que es lo que dice la Carta Fundamental, es todo lo contrario.

Es verdad que se pregona que entre la Fiscalía y la víctima debe existir una relación cercana mediante la cual aquella procura por la protección y defensa de los derechos de esta, por lo que resultaría innecesario que la víctima pidiera pruebas, pues ello se podría realizar por intermedio de la Fiscalía.

También lo es que el inciso final del artículo 337 de la Ley 906 dispone que al igual que acontece con el acusado y el Ministerio Público, a la víctima debe entregársele copia del escrito de acusación. Sin embargo, en muchas ocasiones acontece que esto, en cuanto a la víctima se refiere, solo tiene lugar momentos antes del inicio de la audiencia de acusación, lo cual, como es obvio, puede terminar sorprendiendo a la víctima puesto que le resultará difícil determinar en ese momento si las pruebas que pretende descubrir

conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por éstas que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica”.

- 11 Corte Constitucional. Sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007, M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA: “Cuarto.- Declarar, por los cargos analizados en esta sentencia, la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA de las siguientes disposiciones de la Ley 906 de 2004: “[...] 5. El artículo 356, en el entendido de que la víctima puede hacer observaciones sobre el descubrimiento de elementos probatorios y de la totalidad de las pruebas que se harán valer en la audiencia del juicio oral”.
- 12 Corte Constitucional. Sentencia C-454 del 7 de junio de 2006, M.P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO: “Tercero: Declarar EXEQUIBLE, en relación con los cargos estudiados, el artículo 357 de la Ley 906 de 2004, en el entendido [de] que los representantes de las víctimas en el proceso penal, pueden realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía”.

la Fiscalía son las suficientes y necesarias, particularmente para un adecuado ejercicio de sus derechos a la verdad y la justicia.

Por eso, si la víctima cuenta con los derechos constitucionales a la reparación, la verdad y la justicia, y para intentar el incidente de reparación integral requiere como presupuesto *sine qua non* que exista sentencia condenatoria ejecutoriada en contra del acusado, bien se ve que si al momento de conocer el descubrimiento probatorio por parte del Fiscalía determina que este no comprende todas las pruebas que se deberían descubrir, se le debería permitir, como en efecto ha ocurrido en múltiples casos conocidos por el Tribunal Superior de Bogotá, que efectuara su descubrimiento en la audiencia preparatoria, eso sí, permitiendo que el acusado y su defensa cuenten con un tiempo y espacio razonables para conocer el descubrimiento adicional, a efectos de resolver si ello los obliga a variar su propio descubrimiento y si ello puede tener incidencia en su teoría del caso.

Como se observa, tal solución no conlleva afectación al procedimiento propio de la Ley 906, ni lo desnaturaliza, pues se cumple con el deber de efectuar descubrimiento probatorio, se efectúa en un momento respecto del cual no existe prohibición alguna y se permite realizar uno de los principios del descubrimiento probatorio, cual es el de *contradicción*, toda vez que las partes tendrán derecho a conocer con antelación las pruebas y a prepararse para su controversia, lo cual resultará perfectamente posible si, como se dijo, se otorga al acusado y su defensor un tiempo razonable para conocer el nuevo descubrimiento y acomodar el suyo.

No aceptar esta posibilidad pretextando que el momento para que la víctima efectúe su descubrimiento es en la audiencia de acusación, particularmente por cuanto a la víctima previamente se le debió entregar copia del escrito de acusación, lo cual le debió permitir conocer oportunamente lo que descubrirá el fiscal, determinaría que en los casos en que la víctima solo concurre al trámite judicial para el momento de la audiencia de acusación, le resultaría vedada la posibilidad de descubrir pruebas.

Sobre este particular ha de precisarse que, así como según los términos del artículo 47 de la Ley 600 la constitución de parte civil puede tener lugar en cualquier momento de la actuación, en la Ley 906 no existe disposición alguna relacionada con la oportunidad en que la víctima puede pretender su reconocimiento de tal, pese a lo cual, por cuenta de los términos del artículo 340, podría entenderse que el momento preclusivo es la audiencia de acusación.

De esta suerte, es evidente que si bien es cierto la víctima tiene derecho a participar en todas las etapas de la actuación judicial, pudiendo incluso adelantar importantes actuaciones en la etapa de investigación, como intervenir en la audiencia de imputación, pedir medidas cautelares, etc., en parte alguna dispone la Ley 906 que para intervenir en el juicio debe haberlo hecho previamente en la investigación, por manera que, dicho de modo diferente, es perfectamente posible que la primera aparición y actuación de

la víctima en su condición de tal tenga lugar en la audiencia de acusación, momento en el que, según lo dispone el artículo 340 citado, solicita se determine y reconozca su condición según los términos del artículo 132.

Y si ello es así, bien podría acontecer que la víctima hiciera su primera aparición, dentro de la actuación procesal, en la audiencia de acusación y que, por consecuencia, fuera en ese momento en el que se enterara de las pruebas descubiertas por la Fiscalía, lo cual le permitiría determinar, si fuere el caso, cuáles pruebas debe ella descubrir, lo cual tendría indefectiblemente que ocurrir en la audiencia preparatoria.

En suma, si a la defensa se le concede un término razonable para que conozca las pruebas que llegare a descubrir la víctima a efectos de que establezca de qué manera afecta ello las pruebas que a su vez puede descubrir y su teoría del caso, no existe óbice ni fundamento legal o constitucional alguno para no permitir que el descubrimiento probatorio por parte de la víctima pueda tener lugar, incluso en la audiencia preparatoria.

LA NUEVA INTERPRETACIÓN DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En decisión del 7 de diciembre de 2011¹³, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronunció de manera diametralmente opuesta a la esbozada en los acápites anteriores, con lo cual, en nuestro respetuoso sentir, terminó desconociendo por entero lo que han sido las decisiones de la Corte Constitucional en punto a los derechos de la víctima dentro del juicio para descubrir, enunciar y solicitar pruebas, al igual que para interponer recursos contra las decisiones que decretan la exclusión, rechazo o inadmisión de los medios de prueba.

En esencia y según se expone a continuación, la Corte considera que siendo la Fiscalía General de la Nación la titular de la acción penal, solo ella –y, por supuesto, la defensa– puede descubrir, enunciar y hacer solicitudes probatorias, por manera que si la víctima, pese a los derechos que le asisten a la reparación, la verdad, la justicia y la no repetición, desea efectuar tales actuaciones, necesariamente debe realizarlo a través del fiscal que elevó la acusación, de donde además surge como corolario que la víctima carecerá de legitimación para interponer recursos contra el auto que excluye, rechaza o inadmite pruebas, por manera que si la Fiscalía no impugna la decisión, quedaría en firme, salvo que fuera recurrida por el Ministerio Público, o por la defensa, si llegara a darse el caso.

En esta cuestionable decisión, la Corporación comienza por recordar que en la sentencia C-209 de 2007 la Corte Constitucional definió que la *víctima* no tiene la condición de

13 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 7 de diciembre de 2011, rad. n.º 37596, M.P.: JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO.

parte, sino la de *interviniente especial*, lo cual la dota de unas características especiales que le permiten participar de manera *activa* en las etapas anteriores y posteriores al juicio oral, al paso que en este su participación es *pasiva*.

La afirmación de que la participación de la víctima en la etapa del juicio oral es *pasiva* contrasta con lo definido por la Corte Constitucional en la sentencia C-454 de 2060¹⁴, donde manifestó:

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

Igualmente, esta postura de la Corte Suprema de Justicia desconoce lo aleccionado por la Corte Constitucional en la sentencia C-209 de 2007¹⁵, donde recordando nuevamente otras decisiones de la corporación en que se indicaba respecto de la Ley 906 de 2004 que “el nuevo diseño no corresponde a un típico proceso adversarial entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones”, donde “intervienen *activamente* en el curso del mismo el Ministerio Público y la víctima”¹⁶, se precisaba que en el numeral 7 del artículo 250 de la Carta se esbozan los rasgos básicos del rol de las víctimas en este sistema de tendencia acusatoria, estableciéndose que la intervención de la víctima “se ejerce de manera autónoma de las funciones del Fiscal”; y que, aunque el Acto Legislativo 03 de 2002 radicó en cabeza de este la función de acusar, “no supedita la intervención de la víctima a la actuación del Fiscal”, agregando que “la intervención de la víctima difiere de la de cualquier otro interviniente, en la medida en que éstas pueden actuar, no solo en una etapa, sino en el proceso penal”.

Y para hacer más clara la disparidad de criterios entre lo resuelto por la Corte Constitucional y la doctrina que ahora entroniza la Corte Suprema de Justicia, se recuerda que en la última sentencia comentada (C-209 de 2007) la guardiana de la Carta desecha cualquier interpretación que lleve a concluir que la participación de la víctima es *pasiva* dentro del juicio oral y solo *activa* antes de este y después de él, en el incidente de reparación integral, pues en su análisis constitucional concluye que “la víctima del delito no es un sujeto pasivo de protección por parte de la Fiscalía, sino un interviniente

14 Sentencia C-454 de 2006, M.P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

15 Sentencia C-209 de 2007, M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

16 Sentencia C-591 de 2005, M.P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

activo, constitucionalmente legitimado para hacer valer sus derechos dentro del proceso penal instaurado por el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004”.

Es verdad que, como lo dijo la propia Corte Constitucional, la intervención directa de la víctima en las etapas anteriores y posteriores al juicio oral es mayor a la que puede desarrollar dentro de este, pero ello en manera alguna permite la afirmación de que el menor grado de intervención en el juicio oral determina que aquí su “participación sea pasiva”, pues “su intervención no se circunscribe a una participación final en el incidente de reparación una vez concluido el juicio, ya que ello no se compadece con lo señalado en el artículo 250 (7) citado, y significaría una restricción de sus derechos a la verdad y a la justicia puesto que la víctima participaría activamente sólo a efectos de exigir reparación”¹⁷.

Así lo anterior, aunque la Corte Constitucional ha precisado que del artículo 250 superior se desprende que la víctima puede intervenir activamente en la etapa del juicio oral, ciertamente con menores facultades que las que puede desarrollar en las etapas que le anteceden y subsiguen, en la nueva interpretación que se presenta con la decisión del 7 de diciembre de 2011 la víctima tiene una intervención pasiva, por cuenta de la cual, en últimas, solo le resultará posible presentar un alegato de cierre, por supuesto sin derecho a réplica, lo cual en momento alguno, según esta interpretación, comportaría limitación de sus derechos.

Bajo la misma línea argumentativa y según se anticipó, entiende la Corte Suprema de Justicia que en el sistema acusatorio oral “la introducción probatoria en el juicio solamente puede darse a través de los dos opositores”, y señala, equivocadamente en nuestro entender, que “lo anterior encuentra respaldo en el artículo 79 procesal, según el cual al delegado de la Fiscalía le está permitido archivar las diligencias, en decisión motivada que debe ser comunicada a la víctima”; indicando seguidamente que en la sentencia C-1154 del 15 de noviembre de 2005 “la Corte Constitucional dejó en claro que la víctima tiene la posibilidad de solicitar la reanudación de la investigación y de aportar elementos probatorios con ese fin”.

Según lo anterior, si lo que la Corte pregonaba es que en el juicio la introducción probatoria (descubrimiento, enunciación y solicitud) solamente puede hacerse a través de los dos opositores, esto es, de la Fiscalía y de la defensa (con lo cual olvida de paso que según el inciso final del artículo 357 de la Ley 906 también, excepcionalmente, el Ministerio Público puede, sin previo descubrimiento, efectuar solicitudes probatorias), no se avizora, en verdad, qué relación tienen con esta conclusión el artículo 79 del Estatuto Procesal y la sentencia C-1154 de 2005 que declaró su exequibilidad condicionada, como que aquel y esta se refieren al archivo de las diligencias, básica-

17 Cfr. Sentencia C-209 de 2007.

mente por atipicidad objetiva de la conducta, sin ocuparse del tema de la introducción de pruebas en el juicio¹⁸.

Frente a la errónea conclusión que se comenta, lo que le correspondía a la Corte Suprema de Justicia en aras de dotar su juicio de un soporte normativo coherente, en verdad relacionado con la temática discutida, era referirse, necesariamente, a las normas que dentro de la Ley 906 se ocupan del tema de la introducción de las pruebas en el juicio, esto es, a las disposiciones que gobiernan el descubrimiento probatorio en la audiencia de acusación (art. 344); observaciones sobre el descubrimiento probatorio, descubrimiento probatorio por parte de la defensa, enunciación probatoria (art. 356); solicitudes probatorias (art. 357) y, finalmente, exclusión, rechazo e inadmisión de los medios de prueba (art. 358).

Pero nada se dijo al respecto, lo cual resulta entendible, mas no así justificado, pues de haber traído a colación las normas antes citadas le habría resultado imperioso a la corporación poner de presente que todas estas disposiciones fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional, aunque condicionadamente al entendimiento común de que la víctima también estaba facultada para efectuar directamente descubrimiento probatorio, presentar observaciones al descubrimiento probatorio, enunciar y solicitar pruebas, y demandar la exclusión, rechazo e inadmisión de los medios de prueba.

Imperioso resulta entonces, para un mejor entendimiento de la cuestión, recordar las conclusiones de la Corte Constitucional omitidas por la Corte Suprema de Justicia, pues teniéndolas en cuenta y entendiendo qué disponen las normas pertinentes de la legislación colombiana según “el alcance dado a ellas por la Corte Constitucional”, con claridad meridiana resultará establecido que la decisión del 7 de diciembre de 2011 que se comenta riñe abiertamente, no solo con la ley, sino particularmente con la Constitución Política, entrañando una grave lesión para los derechos de la víctima, a la cual se le relega, en últimas, simple y llanamente a ser un espectador del juicio.

En cuanto respecta a la constitucionalidad del artículo 344 de la Ley 906, aseveró la Corte Constitucional en la sentencia C-209 de 2007:

Es posible concluir que los derechos de la víctima del delito a la verdad, la justicia y la reparación integral también se encuentran protegidos en el sistema penal con tendencia acusatoria instaurado por la Ley 906 de 2004, pero dicha protección no implica un traslado automático de todas las formas y esquemas de intervención en los que la víctima ejerció sus derechos en el anterior sistema

18 No sobra advertir que en la sentencia C-1154 de 2005, entre otras decisiones, se declaró la exequibilidad de la expresión “La transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir en el juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo”, lo que, como bien se observa, se relaciona con la prueba anticipada y no propiamente con la introducción de pruebas en el juicio, sin ocuparse la Corte, en todo caso, de analizar bajo esta materia quiénes están habilitados para introducir pruebas en el juicio.

procesal penal regulado por la Ley 600 de 2000, sino que el ejercicio de sus derechos deberá hacerse de manera compatible con los rasgos estructurales y las características esenciales de este nuevo sistema procesal, así como con las definiciones que el propio constituyente adoptó al respecto, *v.gr.*, caracterizar a las víctimas como intervinientes especiales a lo largo del proceso penal, *no supeditadas al fiscal*, sino en los términos que autónomamente fije el legislador (art. 250, num. 7 C.P.). [Resaltado fuera de texto.]

[...]

(i) la norma excluye a la víctima de los actores procesales que pueden solicitar el descubrimiento de las pruebas;

(ii) no se observa una razón objetiva que justifique la exclusión de la víctima de esta facultad, como quiera que su participación en esta etapa sólo tiene como finalidad el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica que pretendan hacer valer en juicio, pero no su contradicción, por lo cual esta facultad no conlleva una modificación de los rasgos estructurales del sistema penal con tendencia acusatoria, no altera la igualdad de armas, ni modifica la calidad de la víctima como interviniente especialmente protegido;

(iii) esta omisión genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal en las etapas previas al juicio; y al igual que en el caso de las solicitudes probatorias reguladas por el artículo 357 de la Ley 906 de 2004, impide a la víctima asegurar el esclarecimiento de la verdad;

(iv) esta omisión envuelve un incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal que le impide asegurar el derecho a la verdad. Subraya la Corte que el derecho de las víctimas consagrado en el literal d) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004 a que se les facilite el aporte de pruebas, no se ha proyectado al artículo 344, como lo exige el goce efectivo del derecho de las víctimas a la verdad.

En consecuencia, a la luz del cargo analizado, deberá condicionarse la exequibilidad del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la víctima también puede solicitar el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica.

RESUELVE:

[...]

Cuarto.- Declarar, por los cargos analizados en esta sentencia, la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA de las siguientes disposiciones de la Ley 906 de 2004:

4. El artículo 344, en el entendido de que la víctima también puede solicitar al juez el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica.

En cuanto dice relación con el fallo de exequibilidad condicionada del artículo 356, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-209 de 2007 en los siguientes términos:

(i) la norma excluye a la víctima de los actores procesales que pueden participar en la audiencia preparatoria y hacer observaciones sobre el descubrimiento de elementos probatorios y la totalidad de las pruebas que se harán valer en la audiencia del juicio oral;

(ii) no se observa una razón objetiva que justifique la exclusión de la víctima de esta facultad, como quiera que su participación en esta etapa previa al juicio oral, sólo tiene como finalidad el descubrimiento de elementos probatorios, pero no su contradicción o su práctica, por lo cual no conlleva una modificación de los rasgos estructurales del sistema penal, no altera la igualdad de armas, ni modifica la calidad de la víctima como interviniente especialmente protegido;

(iii) esta omisión genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal en la audiencia preparatoria; e

(iv) implica un incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal que le impide asegurar el derecho a la verdad. Reitera la Corte que el propio código reconoce el derecho de las víctimas “a que se les facilite el aporte de pruebas” (literal d del artículo 11 de la Ley 906 de 2004).

En consecuencia, a la luz del cargo analizado, se declarará la exequibilidad del artículo 356 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la víctima también puede hacer observaciones sobre el descubrimiento de elementos probatorios y de la totalidad de las pruebas que se harán valer en la audiencia del juicio oral.

Respecto de la exequibilidad condicionada del artículo 357, se dijo por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C-454 de 2006:

La efectividad del derecho a acceder a la justicia, en el que se inscriben los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas, se encuentra en una relación directa con el derecho a probar. El derecho a conocer la verdad sobre los hechos que entrañan el agravio a la víctima, está inescindiblemente

vinculado con la posibilidad de probar; el derecho a la justicia resulta inconcebible al margen de una posibilidad real de incidir probatoriamente en el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades; y el derecho a la reparación, cuando se ejerce en el proceso penal, se consolida a partir de la determinación de la responsabilidad por el hecho punible.

La interdependencia de estos derechos conlleva a [sic] que el derecho a aportar y solicitar pruebas en torno al hecho mismo, las circunstancias, la determinación de los autores o partícipes, y la magnitud del daño, se constituya en un presupuesto inexcusable del derecho de las víctimas a acceder efectivamente a la justicia. Resulta inane que se contemple la posibilidad de asistencia de los representantes de las víctimas a la audiencia preparatoria (art. 355 CPP), que se exija que en esa diligencia deba estar asistida por un profesional del derecho o estudiante de consultorio jurídico (art. 137.3 CPP), y paralelamente se le excluya de la posibilidad de realizar solicitudes probatorias, tal como lo establece la norma demandada.

La naturaleza bilateral del derecho a la tutela judicial efectiva, impone que se reconozcan a la víctima garantías de acceso a la justicia similares a las que se reconocen al imputado o acusado. No pretende desconocer la Corte las especificidades del nuevo sistema en el que se asignan a la Fiscalía unas competencias que propugnan por el restablecimiento del derecho y la reparación integral de la víctima (art. 250.6 C.P.), sin embargo ellas no tienen la virtualidad de desplazar a la víctima, cuando en un ejercicio soberano de su derecho de acceso a la justicia, opta por agenciar por su cuenta (a través de su representante) sus intereses dentro del proceso penal.

Tampoco se suple la exclusión de los representantes de las víctimas de la posibilidad de efectuar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, con la facultad excepcional que el inciso final de la disposición acusada confiere al Ministerio Público para solicitar, en el juicio, la práctica de una prueba no solicitada en la audiencia preparatoria, y que pudiere tener esencial incidencia en los resultados del juicio. Los intereses que defiende el Ministerio Público en el proceso penal (el orden jurídico, el patrimonio público, o los derechos y garantías fundamentales, art. 109 CPP), son muy distintos a los intereses que agencia el representante de las víctimas, englobados en los derechos a conocer la verdad, a que se haga justicia en su caso, y a obtener reparación.

Así las cosas, encuentra la Corte que efectivamente la norma demandada incurre en una omisión trascendente para el derecho de acceso de la víctima a la justicia (art. 229 C.P.), en cuanto obstruye sus posibilidades de efectiva realización de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, y la coloca, de manera injustificada, en una posición de desventaja en relación con otros actores e intervinientes procesales. [...]

La inconstitucionalidad de la omisión que se acusa deriva de la ocurrencia de los siguientes presupuestos:

No se vislumbra una razón objetiva y suficiente que justifique la exclusión del representante de las víctimas de la posibilidad de ejercer el derecho a formular solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria. El modelo procesal que la ley configura considera a la víctima como un “interviniente” (Título IV), al que se le deben garantizar todos los derechos que la Constitución le reconoce, como son el derecho a acceder a la justicia (art. 229 C.P.), con sus derivados de acceso a la verdad, a la justicia y a la reparación, a los que se integra de manera inescindible el derecho a probar.

Por carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión genera una desigualdad injustificada entre los diferentes actores del proceso, particularmente entre víctima y acusado, a quienes cobija por igual una concepción bilateral del derecho a la tutela judicial efectiva.

La omisión entraña el incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una verdadera “intervención” de la víctima en el proceso penal, particularmente en la audiencia preparatoria, en los términos que se lo impone el artículo 250.6 de la Carta, en concordancia con los artículos 29, 229 de la misma. [...]

RESUELVE:

[...]

Tercero: Declarar EXEQUIBLE, en relación con los cargos estudiados, el artículo 357 de la Ley 906 de 2004, en el entendido [de] que los representantes de las víctimas en el proceso penal, pueden realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía.

No obstante lo anterior, para la Corte Suprema de Justicia las solicitudes probatorias de la víctima deben necesariamente elevarse a través de la Fiscalía, lo cual no entrañaría para aquella actuar en desigualdad de condiciones respecto de la defensa y la Fiscalía.

Finalmente, al pronunciarse sobre la exequibilidad condicionada del artículo 359, en la sentencia C-209 de 2007 dijo la Corte Constitucional:

- (i) la norma no incluye a la víctima dentro de los actores procesales que pueden solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba;
- (ii) no se observa una razón objetiva que justifique la exclusión de la víctima de esta facultad, ya que su participación en esta etapa permite determinar cuánta

les medios de prueba resultan admisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que no requieran prueba, y asegura la protección de la víctima contra la práctica o admisión de pruebas que vulnere su dignidad, su intimidad, u otro de sus derechos¹⁹;

(iii) esta omisión genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal en la audiencia preparatoria, y le impide a la víctima la protección de sus derechos a la dignidad, a la intimidad y de otros derechos; e

(iv) implica un incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal que le impide asegurar el derecho a la verdad, y la efectividad de los derechos de las víctimas consagrados en el literales b) y d) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004.

En consecuencia, a la luz del cargo analizado se declarará la constitucionalidad del inciso primero del artículo 359 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la víctima también puede solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba.

Resultando incuestionable que entre lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en la decisión del 7 de diciembre de 2011 y lo definido por la Corte Constitucional a través de las sentencias antes citadas existen posiciones encontradas, inconciliables y excluyentes, es del caso recordar que la corporación a la cual se le ha confiado la guarda de la Carta Política tiene dicho que sus sentencias de constitucionalidad ofrecen a los órganos del Estado y, por supuesto, a toda la comunidad, una visión dinámica de lo que la Carta concretamente prescribe, por manera que “la interpretación de la Corte Constitucional, a diferencia de la jurisprudencia de los demás jueces, en cuanto desentraña el significado de la Constitución, no puede tener valor opcional o meramente ilustrativo”.

De esta suerte, los fallos de exequibilidad de la Corte Constitucional no pueden ser considerados como mera jurisprudencia, pues, en esencia, lo que tiene definido la corporación es que lo que ella dice a través de sus sentencias es lo que dice la Carta Fundamental, de donde se sigue que no es dado a ninguna autoridad, ni siquiera a la Corte Suprema de Justicia, ni al propio Congreso de la República, desatender sus decisiones, pues que en caso de así ocurrir, lo que se omite es lo que concretamente prescribe la Constitución Política.

19 “Ver Corte Constitucional, Sentencia T-453 de 2005, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, donde la Corte tuteló el derecho a la intimidad y al debido proceso de una víctima de acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir y ordenó la exclusión de varias pruebas que indagaban sobre la vida íntima y sexual de la víctima para deducir de ella un consentimiento para la relación sexual objeto de investigación”.

Si en el sistema de fuentes las sentencias de la Corte Constitucional –por ser manifestaciones autorizadas y necesarias de la voluntad inequívoca de la Constitución–, prevalecen sobre las leyes, ellas igualmente resultan vinculantes para las distintas autoridades judiciales, que no pueden a su arbitrio sustraerse a la fuerza normativa de la Constitución, la cual se impone y decanta justamente en virtud de la actividad interpretativa de su guardián, tal y como se refleja en sus fallos. [...] Si el texto de la Constitución se divorcia de la interpretación que del mismo haya dado la Corte Constitucional en ejercicio de sus competencias privativas, de suerte que ésta última se convierta en una de las tantas alternativas plausibles de entendimiento, la fragmentación hermenéutica que se propiciaría inexorablemente conduciría a la erosión del valor cierto y vinculante de la Constitución, puesto que entonces habría tantas constituciones como intérpretes²⁰.

No obstante lo anterior y pese a que la Corte Suprema de Justicia en su providencia del 7 de diciembre de 2011 reconoce que la Corte Constitucional a través de sus fallos “introdujo a la víctima” en la redacción de varios artículos de la Ley 906 de 2004, como ocurrió, por ejemplo, con el artículo 357, “facultándola para hacer solicitudes probatorias y advirtió que tal habilitación se daba en ‘igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía’”, estima que esa alusión a la igualdad de condiciones de la víctima, la defensa y la Fiscalía no deja de ser un enunciado teórico que no se puede concretar en la práctica, “pues el estatuto procesal y las decisiones de constitucionalidad exigen que la práctica de las pruebas en el juicio oral corresponde, de manera exclusiva y excluyente, a las partes, esto es, a la Fiscalía y a la defensa”.

En nuestro respetuoso sentir, existe en la argumentación de la Corte Suprema de Justicia una *petición de principio*, lo cual hace que sea inaceptable, como que constituye una de las estratagemas denunciadas por la dialéctica erística para hacerse detentador de la razón.

En efecto, si se analiza la argumentación últimamente expuesta, en la proposición de la Corte Suprema de Justicia se esconde una falacia, sin bien las premisas son verdaderas:

Primera premisa: La Corte Constitucional facultó a la víctima para hacer solicitudes probatorias;

Segunda Premisa: Tal facultad se da en condiciones de igualdad con la defensa y la Fiscalía;

Proposición: Luego, la víctima no puede hacer solicitudes probatorias, porque la ley y las decisiones de constitucionalidad exigen que la práctica de la prueba se haga exclusivamente por las partes.

20 Corte Constitucional. Sentencia SU-640 de 1998, M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Bien miradas las cosas, aquí la corporación pretende hacerse con la razón, presentando unas premisas que si bien es cierto son verdaderas, en momento alguno permiten tener por cierta la proposición.

Seguidamente a esta argumentación, se sostuvo en la providencia mencionada:

... para hacer efectiva la facultad de solicitar pruebas, la situación debe valorarse desde quienes tienen la potestad para intervenir en su práctica. Por tanto, si los llamados a ese procedimiento son exclusivamente la Fiscalía y la defensa, es a tales partes a la cuales se impone exigir la carga del descubrimiento probatorio en las instancias de ley.

En ese contexto, indefectiblemente, en el tema tratado la víctima tiene la carga de hacer causa común con la Fiscalía, en el entendido de que ésta es la titular de la acción penal, la dueña de la acusación (acto que garantiza los derechos de la víctima) y la única llamada a introducir pruebas. Por tanto, las solicitudes probatorias de la víctima deben ser canalizadas por medio del único interlocutor válido que puede allegarlas y controvertirlas en el debate oral.

Así lo anterior, aunque varias disposiciones de la Ley 906 resultaban contrarias a la Constitución por cuanto habían omitido incluir a la víctima dentro de ciertas actuaciones para las cuales solo se facultó a la Fiscalía y a la defensa, y excepcionalmente al Ministerio Público, lo cual llevó a la Corte Constitucional a declararlas exequibles pero a condición de que se entendiera que dichas facultades probatorias también debían reconocerse a la víctima, para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el condicionamiento en que se soporta la exequibilidad realmente no se debe tener en cuenta, recobrando cada norma su tenor literal primigenio, pues la exigencia de igualdad reclamada por la guardiana de la Carta no pasa de ser “mero enunciado teórico”.

Y si ello es así, entonces la Corte Suprema de Justicia, sin facultad constitucional ni legal, ha retirado del ordenamiento jurídico varias sentencias de constitucionalidad y de paso ha revivido la literalidad original de varias normas de la Ley 906 de 2004, pese a que la Corte Constitucional había concluido en que según su contenido lesionaban y desconocían derechos constitucionales de las víctimas.

No podemos omitir recordar que en la desafortunada providencia que se comenta, para rodearse de una mayor argumentación, la Corte señaló que la estructura del proceso de tendencia acusatoria se desdibujaría si, a guisa de ejemplo, se permitiera la intervención de *terceros* que presentaran teorías del caso, postulado que resulta inaceptable, primero, porque aunque se le haya denominado *interviniente sui generis*, se ha aceptado la participación del Ministerio Público en el juicio oral, quien puede incluso, según se ha dicho, efectuar excepcionalmente solicitudes probatorias, pudiendo ser considerado un tercero, como que no ostenta la calidad de *parte*, y segundo, porque de vieja data se ha definido que ni a este ni a la víctima les resuelta permitido formular teoría del caso.

Y si además a la Corte Suprema de Justicia le preocupa el hipotético caso en que la víctima efectuara solicitudes probatorias, con independencia de la Fiscalía, que pudieran negar la teoría del caso de esta, evento en realidad poco o nada probable, puesto que a la víctima le interesa que la acusación se concrete en una condena para poder acceder al trámite del incidente de reparación integral, basta recordar que las partes, entre ellas la Fiscalía, por supuesto, según el artículo 358, pueden solicitar la exclusión, rechazo o inadmisión de medios de prueba, sin olvidar que el juez tiene la potestad de no decretar o de inadmitir pruebas que no se refieran a los hechos de la acusación, luego resulta palmario que como la víctima ni formula acusación alguna ni postula teoría del caso, solo puede efectuar solicitudes probatorias que guarden relación con la acusación de la Fiscalía.

Desafortunada es también la referencia que se encuentra en el auto del 7 de diciembre de 2011 cuando la Corte señala que ni la Constitución ni la ley admiten la intervención de un acusador privado, pues no vemos cómo la víctima podría adquirir esa condición por el simple hecho de descubrir, enunciar y solicitar unos medios probatorios que deben guardar relación con los hechos de la acusación elevada por la Fiscalía, cuando, de otra parte, carece de las facultades para presentar teoría del caso, introducir pruebas, participar en los interrogatorios y contrainterrogatorios, presentar objeciones, como que ello solo se reservó a las partes.

Y aunque es cierto, como lo dice la corporación, que mediante el Acto Legislativo n.º 06 de 2011 se introdujo un párrafo segundo al artículo 250 superior, según el cual en ciertos casos, atendida la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, puede asignársele el ejercicio de la acción penal a la víctima, esta realidad en manera alguna puede tenerse como fundamento para rechazar la participación de la víctima en las solicitudes probatorias, pues en ningún momento el constituyente derivado introdujo esta reforma constitucional con el objeto de evitar que la víctima siguiera, supuestamente, actuando como un acusador privado.

Lo que en realidad se tuvo en cuenta fue la necesidad de descongestionar la administración de justicia:

... la Corporación Excelencia en la Justicia elaboró un estudio en el cual demuestra una tendencia creciente y preocupante de acumulaciones en la etapa de indagación preliminar, existiendo durante los primeros años de implementación del SPA (Sistema Penal Acusatorio) un total de 2.129.990 noticias criminales, muchas de las cuales no han tenido respuesta alguna por parte de la Fiscalía General de la Nación debido a la falta de infraestructura, las falencias de personal y la focalización de los esfuerzos institucionales en la indagación e investigación de delitos de mayor lesividad.

[...]

Cientos de miles de procesos se encuentran actualmente en etapa de indagación sin que la Fiscalía General de la Nación cuente con la infraestructura suficiente para tomar una decisión de fondo sobre su archivo o sobre la necesidad de realizar una formulación de imputación que impulse el proceso, lo cual en la actualidad genera una profunda incertidumbre en las víctimas y en muy poco tiempo producirá la inminente prescripción de muchos de los delitos denunciados, creando una situación insostenible de impunidad y una crisis muy grave de la justicia penal en Colombia.

Esta grave situación ha aumentado la impunidad en Colombia y puede fomentar la existencia de formas de justicia privada agravando la situación de violencia en nuestro país.

Por lo anterior, es evidente que deben adoptarse medidas urgentes para reducir la congestión judicial y evitar el colapso del sistema en la indagación de ciertos delitos, las cuales pueden tomar como modelo las legislaciones de otros países que han buscado alternativas a esta problemática²¹.

No podemos desconocer que desde la entrada en vigencia del Acto Legislativo n.º 03 de 2002, por cuenta de la redacción del numeral 7 del artículo 250, muchos se han dado la licencia de considerar que al legislador se le autorizó a definir los términos en que “podría intervenir” la víctima dentro del proceso penal, facultad que, según ellos, podría llegar incluso a no regular su participación dentro de dicho trámite.

Con independencia de las consideraciones que en otros espacios hemos efectuado sobre el particular, es lo cierto que constitucionalmente se tiene definido que, siendo que el Derecho Penal de vieja data ha abandonado el arcaico y fracasado modelo retributivo para aceptar el paradigma de la reparación, debe tenerse a la víctima como el verdadero protagonista del delito.

Y mientras subsista la actual regulación constitucional, todas las autoridades judiciales, sin que se entienda excluida la Corte Suprema de Justicia, están llamadas a respetar y hacer prevalecer la normatividad constitucional, por lo que resulta inadmisibles que juez de la República alguno desconozca o se aparte de las definiciones hechas por la Corte Constitucional en sus fallos de exequibilidad.

En nuestro criterio, ningún juez del territorio nacional debe considerarse obligado por lo resuelto y argumentado en el auto del 7 de diciembre de 2011, pues esta decisión comporta clara rebeldía respecto de la Constitución Política.

21 Acto Legislativo n.º 06 del 24 de noviembre de 2011, Exposición de motivos.

Sin embargo, es saludable, para la certidumbre jurídica y para no lesionar gravemente los derechos de las víctimas, evitando una nueva victimización por parte del aparato judicial que se niega ahora a permitirles el real ejercicio de sus derechos a reparación, verdad y justicia dentro de los más de dos millones de noticias criminales que existen bajo la vigencia del sistema colombiano de tendencia acusatoria, que la Corte Suprema de Justicia recoja este erróneo precedente y en su lugar haga eco de las múltiples decisiones de constitucionalidad a través de las cuales le ha resultado posible a la víctima, no obstante algunas limitaciones, efectuar descubrimientos y elevar solicitudes probatorias.

En suma, en nuestra opinión y con base en el respaldo constitucional que se encuentra en fallos como el C-454 de 2006 y el C-209 de 2007, la víctima puede directamente, sin la intermediación del fiscal, efectuar descubrimientos probatorios, enunciar y solicitar medios de prueba, presentar observaciones a los primeros y solicitar la exclusión, el rechazo y la inadmisión de medios probatorios.

Correlativamente, está legitimada para interponer los recursos que resulten pertinentes en relación con estas materias.

A más de ello, en ciertos casos, y a condición de que se respete el *derecho a la última palabra* para la defensa, puede efectuar descubrimientos en la audiencia preparatoria, antes de que tenga lugar el de la defensa.

