

FACULTADES DE LA VÍCTIMA EN MATERIA PROBATORIA¹

JAIRO PARRA QUIJANO

Profesor de la Universidad Externado de Colombia.
Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

SUMARIO:

I. Introducción.- II. El Titular de la acción Penal.- III. La Calidad que la Corte Constitucional dice que tiene la víctima.- IV. Nuestro Concepto.- I. La jurisprudencia de la Corte Constitucional no tiene consistencia Racional.- V. Consecuencias del cesamiento a las facultades probatorias de la víctima.- VI. La manera muy particular como la Corte Constitucional de Colombia concibe el Derecho a la prueba de la víctima.- VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Para poder ubicar el tema se hace necesario que hagamos una enunciación (no un estudio completo), de la participación de la víctima en el proceso penal, haciendo unas abstracciones de cómo puede ser ella.

En los delitos de acción pública, se puede optar por no darle participación a la víctima como interviniente. Pero cuando se concluye que hay que darle participación a la víctima como interviniente, se puede a título de ejemplo utilizar dos sistemas y el sistema por cierto muy especial que prácticamente consagró la Corte Constitucional de Colombia.

- 1) Como coadyuvante del acusador público, es decir, que se puede adherir a la acusación del fiscal. Puede solicitar pruebas y como es apenas obvio participar en la práctica de las pruebas, interrogar testigos, etc. Siendo adhesivo, no puede acusar, recurrir la decisión final, etc. **Es importante que se retenga que puede pedir pruebas y puede participar en el debate probatorio.**
- 2) Como querellante conjunto. Supone plena autonomía: puede acusar y en general realizar todos los actos del monopolizador de la acción pública.²
- 3) La víctima en Colombia, según la interpretación que de la Constitución hace la Corte Constitucional, no es parte, sino interviniente especial y por ello no tiene las mismas facultades del procesado ni de la Fiscalía. Que su participación como "acusador adicional" y distinto al fiscal generaría una desigualdad de armas y una transformación esencial de lo que identifica a un sistema adversarial en la etapa del juicio. En cuanto a las facultades probatorias de la víctima, la Corte Constitucional hace una interpretación que de ninguna manera compartimos, sostiene en últimas, que en las etapas anteriores a la del juicio oral, la víctima tiene todas las

¹ Este sistema lo consagró el Código Modelo para Iberoamérica, redactado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, artículos 269, 339 y 291 y subyacentes.

² El Código de Procedimientos Penales de Costa Rica, artículos 75, 80, 307 y 422. El Código de Procedimientos Penales de Chile, artículo 261. Acusación del querellante (ubicado el artículo dentro del párrafo 2, que se refiere a la audiencia de preparación del juicio oral), dice: "Hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, el querellante, por escrito, podrá:

a) Adherir a la acusación del Ministerio Público o acusar particularmente. En este segundo caso, podrá plantear una directa calificación de los hechos, otras formas de participación del acusado, solicitar otra pena o ampliar la acusación del fiscal, extenderla a hechos o imputados distintos, siempre que hubieren sido objeto de la formalización de la investigación;

b) Señalar las vías formales de que adolece el escrito de acusación, requiriendo su corrección;

c) Ofrecer la prueba que estimare necesaria para sustentar su acusación, la que deberá hacerse en los mismos términos previstos en el artículo 259; y

d) Declarar demanda civil, cuando procediere."

Se debe tener en cuenta que la Ley de Reforma Constitucional 19519, que crea el Ministerio Público, se introduce en el inciso 2 del artículo 80 Código de Procedimientos Especiales que dice: "El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal". En España el artículo 109 de la ley de enjuiciamiento criminal prácticamente ordena asistir a la víctima para que pueda intervenir en el proceso como parte (artículo 109).

facultades probatorias, pero en la etapa del juicio y en cuanto a controvertir los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y evidencia física presentados en la etapa del juicio oral, así como interrogar al testigo y oponerse a las preguntas que se plantean en el juicio oral, existe una razón objetiva que impide que lo pueda hacer, que no son otras que las ya indicadas".² Puede impugnar la sentencia si está en desacuerdo con ella.

Debe quedar claro, que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, la víctima no puede participar en el debate probatorio. Por disposición del artículo 443 de la Ley 906 de 2004, sí puede alegar.

II. EL TITULAR DE LA ACCIÓN PENAL

Se debe tener en cuenta el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia, fundamentalmente en lo siguiente:

- 1) La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y a realizar la investigación de los hechos.
- 2) El numeral 6 del mismo artículo que dice: "Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a las afectados con el delito".
- 3) El numeral 7 que dice: "Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa".

De la anterior transcripción, podemos resaltar que se dice: "**la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal (...)**".

La Constitución no le dio a la intervención de la víctima ningún calificativo. Solo la llamo intervención, porque el que monopoliza la acción penal es la Fiscalía. Es importante entonces buscar dentro de ese contexto lo que significa intervención dentro de un proceso.

Intervención: mostrarse parte en un juicio. También sobrevenir, en una actividad ya formada. Luego si la Acción la monopoliza la Fiscalía, la intervención, significa parte que sobreviene, en este caso la víctima. Una vez que la Fiscalía adelanta el ejercicio de la acción, puede intervenir la víctima, no simplemente como testigo, sino como parte.

Pero siendo la Fiscalía quien monopoliza la acción y quien acusa, la intervención de la víctima es voluntaria, es la de una parte coadyuvante, es decir, que si interviene es para adherirse a la acusación de la Fiscalía. Esta concepción obvia el reproche que hace la Corte Constitucional, esa forma de participación no hace que la víctima se convierta en un acusador adicional y distinto del fiscal, que generaría una desigualdad de armas y una transformación esencial de lo que identifica a un sistema adversarial en la etapa del juicio. La víctima no pretende, hace suya la pretensión del fiscal.³

III. LA CALIDAD QUE LA CORTE CONSTITUCIONAL DICE QUE TIENE LA VÍCTIMA

1) En la sentencia C-454 de 2006 y al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 357 de la Ley 906 de 2004, lo declaró exequible en el entendido que los representantes de las víctimas

² Sentencia C-209 de 21 de marzo de 2007, H. P. Marulanda y J. Cepeda Espinosa.

³ *Ibidem*.

en el proceso penal, pueden realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la Fiscalía.

Y para explicar las razones por las cuales llega a la declaratoria anterior sostiene: "(...) 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 (Constitución Política artículo 229), en cuanto obstruye sus posibilidades de efectiva realización de sus derechos a la verdad, la justicia y a la reparación, y la coloca, de manera injustificada, en una posición de desventaja en relación con otros actores e intervinientes".

Los presupuestos que la Corte Constitucional, tiene en cuenta para sostener la inconstitucionalidad por omisión son:

- i) El artículo 357 de la Ley 906 de 2004, incurre en una omisión al excluir del supuesto fáctico, a un sujeto (la víctima), que se encuentra en las mismas condiciones de la Fiscalía, la defensa y aún del Ministerio Público.
- ii) No existe una razón objetiva y suficiente que excluya a las víctimas. Que el modelo procesal diseñado por la Constitución considera a la víctima como interviniente. Que se le debe garantizar su acceso a la justicia (artículo 229 de la Constitución Política) y de los que de él surgen: la verdad, la justicia y la reparación.
- iii) La omisión genera una desigualdad injustificada.
- iv) La omisión genera el incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una "verdadera intervención", **particularmente en la audiencia preparatoria**. (Será objeto de estudio más adelante).

En la sentencia C-209 de 21 de marzo de 2007, la Corte Constitucional se pronunció sobre el reconocimiento de la víctima como interviniente especial.

Y en esta sentencia en resumen se dijo:

- 2) Refiriéndose al sistema que se consagró en la ley 906 de 2004, se dice que se diseñó un esquema propio para responder a la realidad Colombiana. En otras palabras, dentro del género sistema acusatorio Colombia elaboró una especie.

Y para determinar la forma como puede actuar la víctima en esta especie de sistema acusatorio, sostiene que depende de varios factores:

- 1) El papel asignado a otros participantes, en particular al fiscal;
- 2) Del rol que le reconoce la propia constitución a la víctima;
- 3) Del lugar donde ha previsto su participación;
- 4) De las características de cada una de las etapas del proceso penal y
- 5) Del impacto que esa participación tenga tanto para los derechos de la víctima como para la estructura y formas propias del sistema penal acusatorio.

Y en desarrollo de esos factores sostiene:

- 1) El fiscal es el titular de la acción penal. Al ejercer dicha acción, no solo representa los intereses del Estado, sino también promueve los intereses de la víctima. La Corte recuerda lo que dice el artículo 250 de la Constitución Política sobre las víctimas, y, con relación a la sentencia C-873 de 2003, dice: "Que tempranamente la Corte subrayó que el artículo 250 de la Constitución

no supedita a las víctimas a recibir la protección del fiscal, exclusivamente, sino que reconoce que ellas pueden intervenir en el proceso penal y confiar al legislador desarrollar dicha posibilidad”.

- 2) Con relación al rol que le reconoce la Constitución a la víctima, la Corte cita la sentencia C-591 de 2005, y en ella se dice: “la víctima, a su vez tiene derecho a conocer la verdad, acceder a la administración de justicia, a la reparación integral, así como a obtener medidas judiciales de protección, sin perjuicio de poder acudir ante la jurisdicción civil ordinaria para efectos de obtener la reparación del daño, ocasionado con el delito. **La intervención de la víctima en el proceso penal, constituye otra de las particularidades de nuestro sistema procesal penal**”.
- 3) La Corte cita el artículo 250 de la Constitución y, concretamente los numerales 6 y 7 para referirse al papel que cumple el fiscal frente a las víctimas dentro de esta especie de proceso penal.
- 4) Según la Corte Constitucional, el numeral 7 del artículo 250, esboza los rasgos básicos del rol que cumplen las víctimas dentro del proceso: i) Tienen el carácter de intervinientes; ii) La intervención de las víctimas se ejerce de manera autónoma de las funciones del fiscal; iii) No supedita la norma constitucional la intervención de las víctimas a la actuación del fiscal; iv) El legislador debe decir cómo intervendrán las víctimas en el proceso penal. v) La intervención de las víctimas se da en todo el proceso penal. Pero la Corte agrega: **“Sin embargo, tal posibilidad a de ser armónica con la estructura del proceso acusatorio, su lógica propia y la proyección de la misma en cada etapa del proceso”**.

Además agrega la Corte: “De lo anterior se concluye que la víctima del delito no es un sujeto pasivo de protección por parte de la Fiscalía, sino un interviniente activo, constitucionalmente legitimado para hacer valer sus derechos dentro del proceso penal instaurado por el acto 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004”.

También dice la Corte Constitucional:

“Se resalta, no obstante, que los derechos específicos que se le reconocen a la víctima no le quitan su carácter de interviniente, sino que la proyectan como una figura especial en las distintas etapas del proceso penal de tendencia acusatoria, para que haga valer sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral. 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 citado, y significaría una restricción de sus derechos a la verdad y a la justicia puesto que la víctima participaría activamente no solo a efectos de exigir reparación”.

- 5) Este aparte se podría denominar esquema procesal y la participación de la víctima.

Se hace necesario hacer una cita extensa de lo que dice la Corte Constitucional:

“En este nuevo esquema penal de tendencia acusatoria, el constituyente mantuvo la distinción entre la fase de investigación –encaminada a determinar si hay méritos para acusar– y la fase de juzgamiento y otorgó una clara preponderancia a esta última, constituyéndola en el centro de gravedad del proceso penal bajo el sistema instituido por el acto legislativo”. En el artículo 250, el numeral 4 caracterizó la etapa de juzgamiento y señaló que el juicio sería “público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías”.

“La definición y caracterización de las distintas etapas del proceso penal (investigación, imputación, acusación y juzgamiento), también tienen incidencia en la forma como la víctima puede participar dentro del proceso para asegurar el goce de sus derechos a la

verdad, la justicia y la reparación. Resalta la Corte que solo respecto de la etapa del juicio, el constituyente precisó sus características, enfatizando su carácter adversarial, así no haya seguido un modelo puro en este aspecto. Este hecho tiene incidencia en la forma como pueden actuar las víctimas durante esta etapa. **Como quiera que este carácter adversarial supone la confrontación entre el acusado y el acusador, la posibilidad de actuación directa y separada de las víctimas, al margen del fiscal, se encuentra restringida por el propio texto constitucional que definió los rasgos del juicio”.**

Dice igualmente la Corte:

“Se pregunta entonces la Corte Constitucional, si dado que nuestro sistema penal tiene elementos distintivos tan particulares y propios, la participación de la víctima en cada una de las etapas procesales debe tener las características de un interviniente especial o de una parte procesal como alega el accionante.

En primer lugar, considera esta Corporación que si bien la Constitución previó la participación de la víctima en el proceso penal, no le otorgó la condición de parte, sino de interviniente especial. La asignación de este rol particular determina entonces, que la víctima no tiene las mismas facultades del procesado ni de la Fiscalía, pero sí tiene algunas capacidades especiales que le permiten intervenir activamente en el proceso penal”.

- 6) Este aparte se podría denominar las etapas procesales y el impacto que tendría la participación de la víctima.

La Corte Constitucional dice:

“En segundo lugar, dado que el constituyente definió que la víctima podría intervenir a lo largo del proceso penal, es preciso tener en cuenta los elementos específicos de cada etapa procesal y el impacto que tendría la participación de la víctima en cada una de ellas. En ese contexto, es necesario resaltar que cuando el constituyente definió que la etapa del juicio tuviera un carácter adversarial, enfatizó las especificidades de esa confrontación entre dos partes: El acusador y el acusado, dejando de lado la posibilidad de confrontación de varios acusadores en contra del acusado. La oralidad, la inmediación de pruebas, la contradicción y las garantías del procesado se logran de manera adecuada si se preserva ese carácter adversarial. Por el contrario, la participación de la víctima como acusador adicional y distinto al fiscal generaría una desigualdad de armas y una transformación esencial de lo que identifica un sistema adversarial en la etapa del juicio. Por otra parte, el constituyente no fijó las características de las demás etapas del proceso penal, y por lo tanto, delegó en el legislador la facultad de configurar esas etapas procesales.

De lo anterior, surge entonces que los elementos definitorios de la participación de la víctima como interviniente especial en las diferentes etapas del proceso penal depende de la etapa de que se trató, y, en esa medida, la posibilidad de intervención es mayor en las etapas previas o posteriores al juicio y menor en la etapa del juicio”.

En desarrollo del anterior planteamiento, la Corte Constitucional, se pronunció sobre algunas etapas del proceso:

- i) Las pruebas anticipadas, consagradas en el numeral 2 del artículo 284 de la Ley 906 de 2002. En esa norma se debe tener por incluida a la víctima, como sujeto legítimo para solicitar las pruebas anticipadas. Excluir o pretermitir a la víctima, le impide asegurar el derecho a la

verdad y del derecho de las víctimas consagrado en el literal d) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004, es decir, "A ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas".

- ii) En el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, debe entenderse incluida la víctima como sujeto legitimado para solicitar el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica.
- iii) En el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, debe entenderse incluida la víctima como sujeto legitimado, para 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.
- iv) En el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, se debe tener como sujeto legitimado, para solicitar la exhibición de los elementos materiales de prueba a la víctima.
- v) En el inciso primero del artículo 359 del Código de Procedimiento Penal, debe entenderse incluido como sujeto legitimado a la víctima, para solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba.
- vi) En relación con el artículo 378 y el artículo 391 del Código de Procedimiento Penal, que excluyen a la víctima de los actores procesales que puedan controvertir los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física presentadas en la etapa del juicio oral, así como interrogar al testigo y oponerse a las preguntas que se planteen en el juicio oral;
- vii) Sin embargo, dado que la posibilidad de ejercer estas facultades ocurre en la etapa del juicio oral, si existe una razón objetiva que justifica la limitación de los derechos de la víctima, como quiera que su participación directa en el juicio oral implica una modificación de los rasgos estructurales del sistema penal acusatorio que comporta una alteración sustancial de la igualdad de armas y convierte a la víctima en un segundo acusador o contradictor en desmedro de la dimensión adversarial de dicho proceso.

"Por ello, esta omisión no genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal, sino que busca evitar que la defensa quede en una situación de desventaja en el juicio oral dados sus rasgos esenciales definidos por el propio constituyente; y,

Tampoco supone un incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal, como quiera que la posibilidad de que la víctima (o su apoderada), intervenga para controvertir los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física presentados en la etapa del juicio oral, así como interrogar al testigo y oponerse a las preguntas que se planteen en el juicio oral, se ejercerá a través del fiscal con base en la actividad propia y en la de las víctimas en las etapas previas del proceso, según los derechos que le han sido reconocidos en esta sentencia y en la ley. En efecto, a lo largo del proceso penal, en las etapas previas, la víctima ha podido participar como interviniente especial en la construcción del caso para defender sus derechos, de tal forma, que en el juicio mismo estos se proyectarán mediante la actividad del fiscal".

No obstante, la víctima a través de su abogado, podrá ejercer sus derechos en la etapa del juicio sin convertirse en una parte que pueda presentar y defender su propio caso al margen del fiscal. El conducto para culminar en esta etapa final del proceso el ejercicio de sus derechos es el fiscal, quien debe oír al abogado de la víctima. Así, por ejemplo, este podrá aportar a la fiscalía observaciones para facilitar la contradicción de los elementos probatorios, antes

y durante el juicio oral, pero solo el fiscal tendrá voz en la audiencia en aquellos aspectos regulados por las normas acusadas. En el evento de que la víctima y su abogado estén en desacuerdo con la sentencia podrán ejercer el derecho de impugnarla, de conformidad con el artículo 177 de la Ley 906 de 2004.

IV. NUESTRO CONCEPTO

Para que haya un poco de claridad pretendo sintetizar mis planteamientos en los siguientes puntos:

- i) Es cierto, como lo dice la Corte Constitucional y teniendo en cuenta el numeral 4 del artículo 250 de la Constitución Política que allí se consagró un sistema acusatorio, pero en ninguna parte se consagró un proceso bipolar, competición de dos partes y aún aceptando en vía de hipótesis que ello fuera cierto, no es acertado lo que dice la Corte Constitucional "de modo que la introducción de un tercer actor en un litigio de este tipo puede afectar adversamente los incentivos requeridos para sustentarlo".³ No hay un tercer actor, porque la víctima no involucra una pretensión, sino que hace suya la pretensión de la Fiscalía, con el fin de acceder a la verdad, justicia y reparación. Cosa distinta es que se pretendiera que la víctima pudiera hacer su propia acusación o anexar una acusación a la formulada por la Fiscalía. Solo se pretende que intervenga en la práctica de las pruebas.
- ii) También se debe tener en cuenta que la víctima no es sujeto legitimado para incoar la acción penal, y por tanto, no puede por ejemplo: acusar, etc.
- iii) El numeral 7 del artículo 250 de la Constitución Política, no limita la intervención de las víctimas y menos cuando se tiene claro que ellas no pueden involucrar pretensiones (acusación) distintas a las de la Fiscalía. Se presentan a intervenir en la práctica de las pruebas. La limitación establecida genera una desigualdad injustificada e irrazonable. Es un verdadero desajuste que se le permita a la víctima participar en la producción del caso (en las etapas previas al juicio), pero no en la práctica de las pruebas, que es la verdadera esencia de la prueba. La prueba es dialéctica.
- iv) Siguiendo con el silenciamiento de la víctima para ejercer el derecho de contradicción, se pretende que ésta lo ejerza, haciéndole observaciones al fiscal. El fiscal será el diafragma de la víctima. Esta facultad, si así se puede llamar le resta dignidad a la víctima. (Más adelante se desarrollará este planteamiento).
- v) Al haber el constituyente establecido en el numeral 7 del artículo 250 de la Constitución Política, que "la Ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa". Consagró la intervención de las víctimas. ¿Qué clase de intervención? Respondamos: Una intervención Adhesiva. ¿Por qué adhesiva? Respondamos: Porque al monopolizar el fiscal la acción penal y además al haber radicado la pretensión (acusación) el constituyente en cabeza del fiscal (numeral 4 del artículo 259), la víctima, desde el punto de vista constitucional, no puede pretender (acusar ni separada, ni conjuntamente con fiscal), luego siendo interviniente, puede ayudar a la parte que acusa, mediante una determinada actividad para el mayor éxito de ella. Puede realizar probatoriamente lo permitido a la defensa y a la fiscalía, sin que se pueda negar la intervención en la audiencia oral, donde no enriquece la relación, ya que no acusa, como quedo dicho.

Ahora, en forma separada haremos unas consideraciones sobre algunos aspectos relevantes.

³ DAMASKA, R Mirjan, *Las Coras de la Justicia y el Poder Del Estado*, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 345.

I. **La Jurisprudencia de la Corte Constitucional no tiene consistencia racional**

No es consistente que se le permita a la víctima participar en la audiencia preparatoria y hacer solicitudes probatorias (se debe entender que investigaron fuentes de prueba, entrevistaron testigos), y que luego cuando se trata de la recepción de medios de prueba que tienen fuentes de prueba investigadas y ubicadas por la víctima, esta no pueda intervenir en su recepción y contradicción. Ese cercenamiento a su intervención lo convierte prácticamente en rey de burlas, porque sin dialéctica no hay pruebas.

La víctima, cuando puede intervenir en el juicio oral, se dignifica "y la participación de quienes han sufrido el daño provocado por un delincuente, puede ofrecer la dimensión humana que sensibilice al público hacia los objetivos del Estado, incrementando su poder oficial para implementar políticas mediante el espectáculo del juicio".⁴

El manejo de la audiencia con la presencia de la víctima no tiene ningún problema, por ejemplo: si se trata de la recepción de la declaración de un testigo postulado por la víctima, esta (el apoderado) interrogará, mediante el llamado interrogatorio directo, y después, las demás partes podrán formular los contrainterrogatorios y así sucesivamente con los demás medios de prueba.

Igualmente, con respecto a los demás medios de prueba sobre todo los postulados por la defensa.

V. **CONSECUENCIAS DEL CERCENAMIENTO A LAS FACULTADES PROBATORIAS DE LA VÍCTIMA**

- i) Arriesga el prestigio del fiscal o por lo menos puede dar lugar a rumores sobre su idoneidad. Si el acusado resulta absuelto y la víctima cree que con las fuentes de prueba que tenía hubiera logrado la condena si se le hubiera permitido participar en el debate. El fracaso por decirlo en alguna forma se lo inventarían al fiscal.
- ii) Si la víctima ha entrevistado un testigo, por ejemplo, para postularlo como medio de prueba, eso que percibió la víctima que pueda ser útil para el interrogatorio no es transmisible al fiscal por lo que la Corte Constitucional llama: "observaciones para facilitar la contradicción de los elementos probatorios".

La jurisprudencia de la Corte Constitucional coloca a la víctima en una actividad rogativa y le quita dignidad.

No cabe duda que la víctima, como ya se sostuvo no es parte principal, es como ya se demostró, una parte coadyuvante y si de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional pueden hacer solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, dándosele un trato justo, cuando se le excluye de la facultad de participar en la contradicción de la prueba y se le sustituye por hacer observaciones a la Fiscalía, se le quita la dignidad y no cabe duda que se interpreta mal la Constitución por parte de la Corte Constitucional.

VI. **LA MANERA MUY PARTICULAR COMO LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA CONCIBE EL DERECHO A LA PRUEBA DE LA VÍCTIMA**

Ha dicho la Corte Constitucional:

"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 la justicia resulta inconcebible al margen de una posibilidad

⁴ DAMASKA, Op. Cit., p. 345.

real de incidir probatoriamente en el esclarecimiento de los hechos y en 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”.⁷

Las facultades que se le han otorgado a la víctima, teniendo en cuenta lo que ha sostenido la Corte Constitucional, resultan siendo un simple sedante, si no se le permite participar en la práctica y contradicción de la prueba en la audiencia oral. Con esa prohibición se niega el derecho a la prueba y se contradice lo que dice la misma Corte Constitucional, en lo que aparece transcrito, ya que se le priva del derecho a “incidir en forma plena en el esclarecimiento de los hechos”.

VII. CONCLUSIÓN

El proceso penal colombiano no es bipolar como ya se dijo anteriormente, sino una especie del acusatorio, hasta el punto que el Ministerio Público interviene en el juicio y, en una forma vital, con iniciativa probatoria, como aparece reglado en el inciso 4 del artículo 357 de la Ley 906 de 2004, donde se lee: “Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por estas que pudiera tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica”. Además el Ministerio Público podrá interrogar a los testigos, a los peritos, para el cabal entendimiento del asunto. El Ministerio Público, podrá oponerse a la pregunta del interrogador (artículo 395), etc. No rompe el equilibrio procesal, permitir que la víctima participe en el debate probatorio en el juicio oral. Sin este derecho no hay derecho a la prueba.

⁷ Sentencia C-454 de 2006. M. P. Jaime Córdoba Triviño.